This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

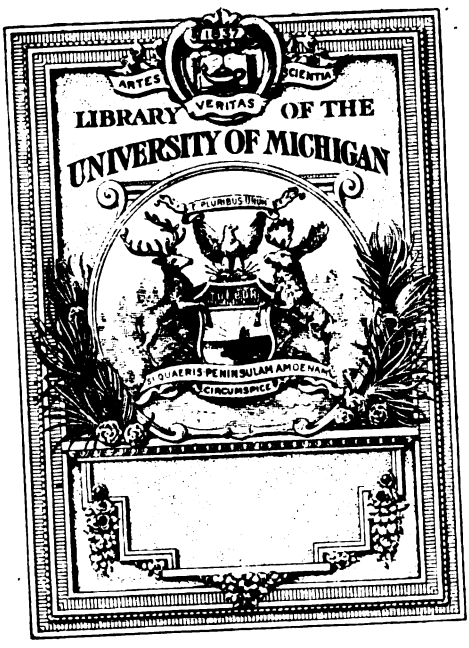
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.


ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
SI QUAERIS PENINSULAM AMOENAM
CIRCUMSPICE

350.937
K18N

RÖMISCHE

RECHTSGESCHICHTE

16446

VON

OTTO KARLOWA,
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT HEIDELBERG.

IN ZWEI BÄNDEN.

ZWEITER BAND.

PRIVATRECHT UND CIVILPROZESS. STRAFRECHT UND STRAFPROZESS.

ERSTER TEIL.

PRIVATRECHT.

LEIPZIG,
VERLAG VON VEIT & COMP.
1901.

Druck von Metzger & Wittig in Leipzig.

Inhalt.

Privatrecht.

Ius civile.

		Seite
§§ 1.	Das Staatsvermögensrecht	1
§§ 2.	Juristische Personen	59
§§ 3.	*Connubium* und *commercium*. Charakter des ältesten römischen Privatrechts	69
§§ 4.	Begriff der *familia pecuniaque*	73

Erste Abteilung.

Die Familienherrschaftsrechte.

§§ 5.	Die *patria potestas*	79
§§ 6.	Begründung, Aufhebung, Schutz derselben	92
§§ 7.	Die *dominica potestas* und *servitus*	100
§§ 8.	Entstehungsgründe der Sklaverei. *Ius postliminii. Redemtio*	114
§§ 9.	Beendigungsgründe der Sklaverei	128
§§ 10.	Der Patronat und die Freigelassenen	142
§§ 11.	Die *manus* und Ehe	151
§§ 12.	Die Formen der Eheschließung und Manusbegründung	154
§§ 13.	Historisches Verhältnis der Manusbegründungsweisen zu einander und Entstehung der Ehe ohne *manus* als eines *matrimonium iustum*	164
§§ 14.	Entstehung und Wesen der *coemtio fiduciaria*	169
§§ 15.	Erfordernisse des *iustum matrimonium* bezw. Ehehindernisse. Verlöbnis. Form der Eheeingehung. *Matrimonium iuris gentium*	172
§§ 16.	Auflösung der Ehe, insbesondere Scheidung	185
§§ 17.	Einfluß der Ehe auf die Vermögensverhältnisse der Ehegatten	190
§§ 18.	Personen *in mancipio*	233
§§ 19.	*Emancipatio* und *in adoptionem datio*	242
§§ 20.	Die *capitis deminutio* und deren Stufen	249
§§ 21.	*Tutela* und *Cura*	269
§§ 22.	Die *tutela*	271
§§ 23.	*Tutela mulierum*	292
§§ 24.	Die civilrechtlichen *curae*	301

Zweite Abteilung.

Das Sachenrecht.

§§ 25.	Der Besitz	310
§§ 26.	Das Eigentum	345
§§ 27.	Die Eigentumserwerbsarten	360
§§ 28.	Die *adquisitiones civiles*	363
§§ 29.	Die *in iure cessio*	381
§§ 30.	Die Usukapion	387
§§ 31.	Die *adiudicatio*	410
§§ 32.	Die *adquisitiones naturales*	411
§§ 33.	Die Tradition	416
§§ 34.	Der Fruchterwerb	419
§§ 35.	Die Spezifikation	427
§§ 36.	Erwerb nach Uferrecht	429
§§ 37.	Verbindungsfälle	434
§§ 38.	Der Schutz des Eigentums	440
§§ 39.	*Actio ad exhibendum*	442
§§ 40.	Teilungsklagen	454
§§ 41.	Die *actio finium regundorum*	459

Seite

§ 42. Rechtsmittel zum Schutz namentlich gegen noch bevorstehende Verletzungen und Eingriffe 465
§ 43. Die *operis novi nuntiatio* 471
§ 44. *Cautio damni infecti* 479
§ 45. Die *actio aquae pluviae arcendae* 482
§ 46. Die Servituten 492
§ 47. Die *servitutes praediorum* 494
§ 48. Die *servitutes urbanae* 514
§ 49. Die *servitutes personarum* 533
§ 50. Begründung und Aufhebung der Servituten 544

Dritte Abteilung.

Die Obligationen und Causae des Vermögensverkehrs.

Erster Titel. Begründung von Obligationen.

§ 51. Verkehrsobligationen 548
§ 52. Die *fiducia* 560
§ 53. Obligationen aus der *nuncupatio* bei der Mancipation (*actio de modo agri*, *actio auctoritatis*) 575
§ 54. *Dotis dictio. Votum* 579
§ 55. Neuere Schicht 584
§ 56. Zweckgaben mit dem Versprechen der Rückgabe (*res creditae*) 591
§ 57. *Res utenda data. Res servanda data. Res pignori data* 601
§ 58. Die entgeltlichen Verträge 611
§ 59. *Locatio conductio* 632
§ 60. Obligationen, welche in Übernahme einer Eigenschaft, einer Stellung in Bezug auf die andere Partei bestehen 651
§ 61. Das *mandatum* 662
§ 62. *Negotiorum gestio* 667
§ 63. Die *actiones contrariae* 679
§ 64. Allgemeiner Charakter der *bonae fidei iudicia* 681
§ 65. Die formalen, abstrakten Vollzugsobligationen 699
§ 66. Die *litterarum obligatio* 746
§ 67. Das *receptum* der Argentarier 758
§ 68. Die *repetitiones* wegen grundloser oder mißbilligter Zuwendungen oder Zugänge aus einem Vermögen in das andere (*condictiones sine causa*) 761
§ 69. Deliktsobligationen 774
§ 70. *Iniuria* 788
§ 71. *Damnum iniuria datum. Lex Aquilia* 793
§ 72. Gesetzliche Damnationen zu Geldstrafen 805
§ 73. Civilrechtlicher Begriff der *obligatio* 806

Zweiter Titel. Obligationstilgungsgründe.

§ 74. *Solutio per aes et libram. Acceptilatio.* Naturalsolution 810
§ 75. *Compensatio. Confusio* 822
§ 76. Untergang der Obligation durch Unmöglichwerden der Leistung 827
§ 77. *Concursus duarum causarum lucrativarum* 835

Vierte Abteilung.

Das Erbrecht.

§ 78. Einleitung 842

Erster Titel. Die Erbfolge.

§ 79. Testamentarische Berufung 847
§ 80. *Testamenti factio* des Testators und *testamenti factio* der zu Erben Einzusetzenden *cum testatore* 857
§ 81. Inhalt des Testaments 863
§ 82. Berufung unmittelbar durch das Gesetz, Intestaterbfolge 879
§ 83. Das alte formelle Noterbenrecht 885
§ 84. Erwerb der Erbschaft 894
§ 85. Die Antretung der Erbschaft 896
§ 86. Wirkung des Erbschaftserwerbs 907
§ 87. Das Anwachsungsrecht 909
§ 88. Die *hereditatis petitio* 911
§ 89. Erbgemeinschaft. *Actio familiae erciscundae* 913

Seite

Zweiter Titel. Das Legat.

§ 90. Begriff und Subjekte . . . 914
§ 91. *Genera legatorum* . . . 915
§ 92. Vom Inhalt der Legate. Einzelne Legate . . . 922
§ 93. Nebenbestimmungen. Substitutionen. Accrescenzrecht . . . 928
§ 94. *Catoniana regula. Ademtio* und *translatio legati* . . . 930
§ 95. *Cessio diei.* Erwerb des Legierten . . . 934
§ 96. Beschränkungen des Maßes der Legate . . . 938

Dritter Titel. Die *mortis causa donatio.*

§ 97. Die *mortis causa donatio* . . . 944

§ 98. Schluß der Darstellung des Civilrechts . . . 948

Ius honorarium.

Erste Abteilung.

Allgemeiner Teil.

§ 99. Rechtsfähigkeit nach *ius honorarium* . . . 960
§ 100. Begriff der *bona* . . . 960
§ 101. *Actio* und *iudicium* . . . 964
§ 102. Verhältnis der *actiones* mit subjektiver Umstellung zu den *actiones utiles* . 968
§ 103. *Actiones poenales.* Unvererblichkeit und zeitliche Beschränkung derselben. Berechnung des *tempus utile* . . . 971
§ 104. Die *actiones populares* . . . 979
§ 105. *Actiones concurrentes* . . . 985
§ 106. Die Exceptionen . . . 995
§ 107. Die Interdikte . . . 1001
§ 108. Einteilung der Interdikte nach der Art des Befehls . . . 1006
§ 109. Einteilung der Interdikte nach den Voraussetzungen des Befehls . . . 1012
§ 110. *Interdicta, quae rei persecutionem continent,* und *interdicta poenalia* . . . 1016
§ 111. Verhältnisse, für welche Interdikte aufgestellt sind . . . 1018
§ 112. Die den Interdikten zu Grunde liegenden leitenden Gedanken . . . 1025
§ 113. Alter der Interdikte . . . 1033
§ 114. Interdikte zum Schutz der *res extra commercium* . . . 1039
§ 115. Die *in integrum restitutio* . . . 1064
§ 116. Die Rechtsmittel aus *dolus* . . . 1068
§ 117. Restitution wegen *minor aetas* . . . 1081
§ 118. Restitution wegen *capitis deminutio* . . . 1084
§ 119. Restitution wegen *absentia* und ähnlicher Gründe . . . 1086
§ 120. Rechtsmittel wegen *alienatio iudicii mutandi causa facta* . . . 1092
§ 121. Restitution wegen Irrtums . . . 1098
§ 122. Allgemeines über den Charakter der *in integrum restitutio* und die Geschichte derselben . . . 1101

Zweite Abteilung.

Die Familienherrschaftsrechte.

§ 123. Väterliche Gewalt und Kindeseigenschaft . . . 1105
§ 124. Die *dominica potestas* . . . 1108
§ 125. Verlust der Freiheit derer, *qui pretii participandi causa se venumdari patiuntur* . . . 1116
§ 126. Patronat. Einschreiten des Edikts gegen das *onerare libertatem* . . . 1118
§ 127. Schutz des *in libertate esse* . . . 1120
§ 128. Klagen gegen den Gewalthaber aus Handlungen der Gewaltunterworfenen . 1121
§ 129. Die *actio de peculio* und die *de in rem verso* . . . 1130
§ 130. Die *tributoria actio* . . . 1159
§ 131. Die *actio quod iussu* . . . 1164
§ 132. Die prätorischen Noxalklagen . . . 1167
§ 133. Klagen bei der Ehe . . . 1179
§ 134. Die *missio dotis servandae causa. Praeiudicium quanta dos sit* . . . 1183
§ 135. *Tutela* und *Cura* . . . 1186
§ 136. Klagen . . . 1190
§ 137. Die *curatores honorarii* . . . 1192

Seite

Dritte Abteilung.

Das Sachenrecht.

§ 138. Besitz. Besitzinterdikte 1200
§ 139. Sogenanntes bonitarisches Eigentum, *bonae fidei possessio* u. a. 1208
§ 140. *Actio communi dividundo utilis* 1225
§ 141. Rechtsmittel zum Schutz namentlich gegen noch bevorstehende Verletzungen und Eingriffe 1225
§ 142. Das *interdictum quod vi aut clam* 1233
§ 143. Die *cautio damni infecti* 1239
§ 144. Die *actio aquae pluviae arcendae* 1255
§ 145. Servituten 1256
§ 146. Die *superficies* 1260
§ 147. Erbpacht 1268
§ 148. *Ager privatus vectigalisque.* Recht an den *praedia stipendiaria et tributaria* 1275
§ 149. Das Pfandrecht. *Interdictum Salvianum. Actio Serviana* und *quasi Serviana* 1278

Vierte Abteilung.

Die Obligationen und Causae des Vermögensverkehrs.

Erster Titel. Begründung von Obligationen.

§ 150. Verkehrsobligationen 1286
§ 151. Der Kauf. *Aedilicium edictum* und *aediliciae actiones* 1288
§ 152. Miete. *Interdictum de migrando* 1301
§ 153. Societät und Mandat 1303
§ 154. *Negotiorum gestio. Actio funeraria* 1304
§ 155. Die *pecunia traiecticia* 1308
§ 156. *Formulae in factum conceptae* aus *Depositum, Commodatum, Pignus* . . . 1310
§ 157. Das *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum* 1315
§ 158. Klagen aus Delikten und Quasidelikten 1322
§ 159. *Iniuria* 1328
§ 160. *Damnum iniuria datum* 1335
§ 161. *Actio de vi hominibus coactis armatisve damno dato. Actio vi bonorum raptorum* 1337
§ 162. *Damnum in turba datum. De incendio ruina naufragio rate nave expugnata* 1343
§ 163. *Servi corrupti actio* 1345
§ 164. *De aleatoribus* 1347
§ 165. Haftung des *iudex, qui litem suam fecit* 1349
§ 166. Haftung des Feldmesser 1351
§ 167. Die Klagen wegen *calumnia* 1352
§ 168. Die *actio de deiectis vel effusis. Actio de posito* 1355
§ 169. Das Edikt der Ädilen *de feris* 1358

Zweiter Titel. Veränderung und Aufhebung der Obligationen.

§ 170. Forderungsübertragung 1358
§ 171. Aufhebung der Obligationen 1364
§ 172. Erfüllungsversprechen. Die *actio de pecunia constituta* 1371
§ 173. *In solutum datio* 1378
§ 174. Novation 1383
§ 175. Das *pactum de non petendo* 1388
§ 176. Kompensation 1392
§ 177. Der Konkurs 1400
§ 178. Das *beneficium competentiae* 1410
§ 179. Die *creditores privilegiarii* 1415

(Die fünfte Abteilung „Erbrecht“ kommt im nächsten Teil.)

Privatrecht.

Das Staatsvermögensrecht.

§ 1. Die moderne Unterscheidung zwischen dem Staat als öffentlichem, politischem Wesen und dem Staat als einem, wenn auch mannigfach privilegierten Privatrechtssubjekt hat sich bei den Römern erst in der Kaiserzeit seit der Entwicklung des *fiscus Caesaris* zu einer Staatskasse allmählich ausgebildet. Dem Recht der Republik ist sie fremd; auch wo der *populus* als Subjekt von Eigentum, Servituten, Forderungen erscheint, wo er durch seine Organe Rechtsgeschäfte mit Privatpersonen vornimmt, ist zwar nicht der *populus* als Inhaber eines *imperium* über die Bürger, aber immer die von den Privatpersonen begrifflich verschiedene *publica persona κατ' ἐξοχήν*, welche in Frage kommt. Es ist noch nicht so lange her, seit den Bearbeitern der römischen Rechtsgeschichte die Erkenntnis davon aufzugehen begonnen hat. So haben Huschke in seinem Recht des Nexum und Bachofen im Pfandrecht ausgesprochen, dass „der Vertrag, durch welchen sich der einzelne Bürger gegenüber dem Volke verpflichtete, eine ganz andere Wirkung hatte, als derjenige, welchen Privatleute unter sich abschließen"[1], daß „hier die Person des Gläubigers schon von selbst stets und notwendig dasselbe sei, wozu den *privatus* nur die publizistische Entstehungsart das *nexum* oder *iudicatum* erhebt".[2] Gefördert wurde dann diese Erkenntnis durch die durch das Stadtrecht von Malaca angeregte Bearbeitung der Lehre von der *cautio praedibus praediisque*. Vor allen Mommsen hob scharf die Eigenartigkeit der von Privaten mit dem Staat abgeschlossenen Rechtsgeschäfte hervor.[3] Andererseits hat die Meinung, der Staat stehe nach der Rechtsanschauung der Republik, auch wo er mit Privaten in Rechtsverkehr trete, ihnen immer als Staat gegenüber, entschiedenen Widerspruch gefunden: so von Göppert, welcher zu zeigen gesucht hat, daß die Rechtsgeschäfte und Forderungen des Ärars keinerlei ausnahmsweise

[1] Bachofen, Pfandrecht S. 220 f. [2] Huschke, Nexum S. 12.

[3] Vgl. Stadtrechte in d. Abhandl. der Leipz. G. d. Wissensch. III, S. 467. H. Zimmermann, de notione et hist. cautionis praedibus praediisque p. 16: *Quamvis enim singuli homines quid haberent publici quid privati cognosci inciperent, nec iam ea, quae ad civem pertinerent, confunderentur cum iis, quae privatae personae essent, tamen permultum adhuc aberat, ut ipsius reipublicae partibus distinctis et separatis, id munus, quo iura facit et facta observanda curat, maxime diversum esse ab eo, quod in bonis et acquirendis et administrandis versatur, intelligeretur. Ut breviter dicam, nondum exploratum erat, rempublicam etiam privatae personae quid habere et ab hac parte iuris privati praecepta sequi.* Vgl. auch Rivier, Untersuch. über d. *cautio praedib. praediisque* S. 20.

Natur gehabt hätten. Und auch Bruns,[1] obgleich er nicht so weit geht, wie Göppert, stimmt doch mit ihm überein in der Opposition gegen jene „etwas phantastische Auffassung der Verträge des Staats mit Privaten und der publizistischen Obligation"; er will den Schwerpunkt der eigentümlichen Behandlung der Staatsobligationen im römischen Recht in der indirekten Einziehung der Forderungen im Gegensatz der direkten finden. Aber auch zwischen denen, welche jene vorher bezeichnete Grundauffassung von der Stellung des *populus* im Verkehr mit Privaten teilen, bestehen doch wesentliche Differenzen in der Durchführung derselben. Soll man sagen, daß der Staat durch seine eigenen Gesetze nicht gebunden sein könne, und als charakteristisches Moment der staatlichen Vermögensgeschäfte ihre Befreiung von jeglichen Formen, die sonst für Privatgeschäfte vorgeschrieben seien, bezeichnen.[2] oder denen zustimmen, nach welchen auch für diese Geschäfte gewisse Formen zu beobachten waren?[3] Soll man den Verträgen des Staats mit Privaten einen legislatorischen Charakter vindizieren[4] oder dieselben für den Verträgen unter Privaten gleichstehende Verträge erklären? Wir haben es hier mit Fragen zu thun, über welche die rechtshistorische Forschung noch zu keinen abgeklärten Resultaten gelangt ist. Es soll versucht werden, das republikanische staatliche Vermögensrecht, insbesondere die Geschäfte des staatlichen Vermögensverkehrs mit Privaten zusammenzustellen. Beginnen wir mit der Betrachtung der staatlichen Vermögensrechte selbst. Keinem Zweifel kann es unterliegen, daß der *populus* im Testament zum Erben eingesetzt, bezw. daß ihm legiert werden konnte. Während noch von Juristen, wie Ulpian, es als Regel ausgesprochen wird, daß Gemeinden (*municipia*) nicht zu Erben eingesetzt werden können, findet sich nirgends eine Andeutung einer Erbeinsetzungsunfähigkeit des *populus*. Man braucht sich nicht darauf zu berufen, daß, wie nach Gell. VII (VI), 7 *quidam tradiderunt, Acca Larentia populum Romanum bonis suis heredem fecit;* es werden andere Fälle von Einsetzungen des *populus* zum Erben berichtet, Einsetzungen, die in Bezug auf einzelne Bürger unmöglich gewesen sein würden. So wurde das römische Volk von auswärtigen Königen, von Attalus von Pergamum, von Nikomedes von Bithynien u. a., zu Erben eingesetzt. Schon Savigny[5] hat darauf hingewiesen, daß kein Zweifel, ob solche Erwerbungen von seiten des *populus* rechtlich möglich seien, begegnet; die beschränkenden Regeln des Civilrechts fanden auf den *populus* offenbar keine Anwendung, wenngleich bei der Einsetzung gleiche Formen beobachtet werden mochten, wie bei Einsetzung von Privaten. Ob Privatrecht und Privatprozeß zur Anwendung gekommen sind, wenn der *populus* nur zum Miterben eingesetzt, bezw. ihm Legate auferlegt waren, bleibt allerdings problematisch. Mommsen[6] äußert, die Konnexität der Erbschaftsregulierung fordere die Gleichstellung der Gemeinden und der Privaten. Auffällig ist aber doch, daß es in l. 9 D. *quod cujuscunque* 3, 4 heißt: *Si tibi cum municipibus hereditas communis erit, familiae erciscundae iudicium inter vos redditur. idemque dicendum est et in finium regundorum et in aquae pluviae arcendae actione.* Hier lag

[1] Zur Gesch. der Cession, in d. *Symbolae Bethmanno-Hollwegio oblatae* S. 26 ff.

[2] Mommsen, Stadtrechte S. 467.

[3] Vgl. die bei Heyrousky, Über d. rechtl. Natur der Leg. contr. bei Rechtsgeschäften zwischen d. röm. Staat u. Privaten S. 16, A. 3 Citierten.

[4] Vgl. jetzt namentl. Heyrousky, a. a. O. nam. S. 61 ff. Gegen ihn Pernice in d. Ztschr. d. Savigny-Stiftung für Rechtsgesch. rom. Abt. S. 111 ff.

[5] System II, S. 362. [6] Staatsr. I[1], S. 194.

es nahe, auch des *populus* zu gedenken, wenn er hier nicht anders, als die *municipes* behandelt wäre. Auch gelten *actio finium regundorum* und *actio aquae pluviae arcendae* dem *populus* gegenüber nicht, wie wir sehen werden.

Um dann zunächst auf das wichtigste Einzelrecht einzugehen, so ist allbekannt die Einteilung der *res publicae* in die *quae publico usui relictae sunt* und in die *quae in pecunia populi sunt*. Diesen beiden Kategorien der *res publicae* ist es in entgegengesetztem Sinn ergangen: die erstere hat man wohl dem Eigentum des Staats ganz entrücken wollen, die letztere betrachtet man als im gewöhnlichen Privateigentum des Staats stehend.[1] Wir haben es hier nur mit den letzteren zu thun. Wäre es richtig, daß die *res publicae quae in pecunia populi sunt* als im gewöhnlichen Privateigentum des Staats stehend aufzufassen seien, so würde die Theorie, daß die republikanische Anschauung zwischen dem Staat als politischem Machthaber und dem Staat als Subjekt gewöhnlicher Privatrechte nicht unterscheide, als hier nicht durchgeführt bezeichnet werden müssen. Gegen die Annahme, daß das Eigentum des Staats ein gewöhnliches privatrechtliches sei, müssen aber schon allgemeine Äußerungen der römischen Juristen mißtrauisch machen, so die des Gaius in l. 1 pr. D. de r. d. 1, 8: — *hae autem res, quae humani iuris sunt, aut publicae sunt aut privatae. quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur: privatae autem sunt, quae singulorum sunt.* Windscheid[2] meint, man dürfe diese Stelle nicht von einem Leugnen des Einzeleigentums gegenüber dem Korporations- oder Staatseigentum verstehen, sondern müsse zugeben, daß dadurch das Eigentum an *res publicae* negiert werden solle, so daß unter den hinzugefügten Worten: *ipsius enim universitatis esse creduntur* eben nur der an diesen Sachen stattfindende Gemeingebrauch zu verstehen sei. Dieser Erklärung gegenüber macht Eisele[3] mit Recht geltend: Da gleich darauf die *res privatae* als diejenigen definiert würden, *quae singulorum* (i. e. *hominum privatorum* im Gegensatz zur *universitas*) *sunt*, so sei klar, daß die *res publicae* nicht nur die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch umfaßten, sondern auch die, welche in *patrimonio populi* seien. Aber wenn das Eigentum des Staats an diesen letzteren Sachen ein rein privatrechtliches ist, wie kommt der Jurist dazu, sie in einer Einteilung zusammen mit den *publicae* im Gemeingebrauch den *res privatae* entgegenzusetzen? Diesen Gegensatz durfte er nur machen, wenn auch das Eigentum des *populus* an den Sachen, welche nicht dem Gemeingebrauch überlassen sind, sich charakteristisch von dem Eigentum der Privaten unterscheidet. Und ich meine, der Nachweis, daß dem so sei, lasse sich führen. Wenn auf dem Lande ein Privatgrundstück und ein im Staatseigentum stehendes aneinander grenzen, so findet auf eine etwaige Verdunkelung der Grenzen das Recht der *actio finium regundorum* keine Anwendung: die Censoren bezw. sonstige Beamte haben nach Verwaltungsrecht die Grenzen zwischen den *loca publica* und den Privatgrundstücken festzusetzen,[4] bezw. zu sichern. Ebensowenig kann, wenn auf einem staatlichen Grundstück ein *opus* vorgenommen wird, durch welches der Lauf des Regenwassers in einer für ein angrenzendes Privatgrundstück gefahrdrohenden Weise abgeändert wird, der gefährdete Privateigentümer sich der *actio aquae pluviae arcendae* bedienen. Mit

[1] Diese Auffassung der *res quae in pecunia populi habentur* teilt auch Eisele, Über d. Rechtsverhältnis der *res publicae in publico usu* nach röm. Recht.

[2] Pandekten I, § 146 A. 16. [3] A. a. O. S. 10 f.

[4] Vgl. Mommsen, Staatsr. II. 1², S. 434 A. 2 u. 3, S. 454 A. 1.

Recht bemerkt Burckhard,[1] daß die diesen Satz aussprechenden Stellen, l. 3 § 3 u. l. 18 pr. D. *de aqua* 39, 3, keineswegs bloß auf *res publicae in publico usu*, sondern auch auf solche, *quae in patrimonio populi* sind, zu beziehen seien. Man kann also die Entscheidung nicht daraus herleiten, daß der *locus publicus* eine *res extra commercium* sei. Burckhard meint: Daß die *actio a. pl. a.* gegen den Staat nicht zulässig sei, erkläre sich einfach daraus, daß gegen den Staat überhaupt keine Klage gegeben werde. Wir wollen es hier ungeprüft lassen, ob diesem Satz ohne Einschränkung zugestimmt werden kann. Meines Erachtens bedürfen wir seiner hier nicht. Man muß sagen, das Recht der *actio a. pl. a.* findet auf den Staat keine Anwendung, es gilt nur für Privateigentümer. Ebenso dürfen wir auch ohne besondere Belege annehmen, daß auch andere gesetzliche Eigentumsbeschränkungen auf *loca publica* keine Anwendung finden, wie die Bestimmungen über den Baumüberhang und die hinübergefallenen Baumfrüchte. Wir können aber weitergehen und behaupten, daß an öffentlichen Sachen, auch solchen, *quae in patrimonio populi sunt*, keine privaten Servitutrechte möglich sind. Nirgends geschieht meines Wissens solcher Erwähnung; auch da nicht, wo man die Erwähnung erwarten dürfte: so wenn die Censoren das private Über- und Einbauen auf öffentlichen Grund oder in öffentliche Gebäude beseitigen, denn dabei handelt es sich gewiß nicht bloß um solche öffentliche Sachen, welche dem Gemeinbrauch aller Bürger überlassen waren.[2] Das dem Staat Eigene kann von keiner schlechtern Beschaffenheit sein, als was *optimo iure privatum* ist. Natürlich konnten an allen Arten von *res publicae* durch Verfügungen der befugten öffentlichen Organe dem einzelnen Bürger besondere Befugnisse eingeräumt werden: von solchen quasiservitutischen Befugnissen ist hier nicht die Rede. Schon diese Freiheit des Staatseigentums von allen gesetzlichen Beschränkungen und privaten Servituten, denen die im Privateigentum stehenden unterliegen bezw. unterliegen können, berechtigte die römischen Juristen, alle *res publicae* den *res singulorum* gegenüberzustellen, ganz abgesehen von der besondern Natur und den besonderen Wirkungen der Rechtsgeschäfte, deren Gegenstand die ersteren sein können. — Auch Servitutrechte können dem *populus* zustehen. Wir erinnern daran, daß in vielen Kolonien nach den Bestimmungen verschiedener Gesetze die Gemeindewege der Benutzung des *populus* unterworfen waren; in dem *liber coloniarum* ist bei den einzelnen Gemeinden bemerkt: *iter populo sicut per viam publicam debetur* oder *iter populo non debetur*.[3] Aber nicht bloß an Gemeindewegen kommt solche Staatsservitut vor: auch an den Grundstücken der Veteranen selbst, welche sich die Fahrwege in ihre Landlose einrechnen lassen mussten, bestand für den Staat die Servitut eines öffentlichen Fahrwegs, so daß die Eigentümer, auch wenn sie Gebäude auf dem *limes* errichteten, dem Staat den Durchgang durch dieselben gestatten mußten.[4] Daß für diese Staatswegegerechtigkeiten nicht die Regeln der Privatwegegerechtigkeiten galten, daß sie nötigenfalls im Verwaltungswege geltend gemacht und geschützt sein werden, bedarf kaum der Bemerkung. Auch Pfand-

[1] D. *actio aq. pl. arcendae* S. 201 ff.

[2] Vgl. die Bd. I, S. 248. Anm. 4 angeführten Stellen. Positive Belege dafür, daß Servituten auch an öffentlichen Grundstücken, die nicht dem Gemeingebrauch überlassen waren, nicht vorkommen konnten, sind schwer beizubringen, doch braucht bei Stellen, wie l. 14 § 2 D. *de servit.* 8, 1 und l. 17 § 2 D. *si serv. vind.* 8, 5, durchaus nicht bloß an dem Gemeingebrauch überlassene *loca publica* gedacht zu werden.

[3] Schriften d. Feldmesser I. 168, 16. 231, 9. 232, 1. 236, 4.

[4] Schriften d. Feldmesser I. 120, 18. 19; 121, 1—6; 158, 15. 16. 22—159, 5.

rechte an Sachen von Privaten und Forderungen aus mit ihnen vorgenommenen Rechtsgeschäften können dem Staat zustehen; auf diese soll aber im Zusammenhange mit den Rechtsgeschäften eingegangen werden.

Die Rechtsgeschäfte des Staats im Verkehr mit Privaten können einseitige oder zweiseitige sein, aber nicht nach dieser wesentlich dogmatischen Einteilung sollen dieselben hier dargestellt werden. Wir wollen beginnen mit der rechtlichen Behandlung der Beute. Die römischen Juristen tragen vor, daß *ea quae ex hostibus capiuntur, naturali ratione* in das Eigentum der Okkupanten fallen[1] oder *iure gentium statim capientium fiunt.*[2] Es scheint das im Widerspruch zu stehen mit den sonstigen Nachrichten, daß die im Kriege gemachte Beute dem römischen Staat zufalle, allein der Widerspruch ist in Wahrheit nicht vorhanden. *Quae ex hostibus capiuntur* und *praeda* sind nicht identisch. Die vom Heer bezw. von den einzelnen Soldaten als Gliedern des Heeres gemachte Beute fällt allerdings nicht den Einzelnen zu, die sich zuerst der betreffenden Sachen bemächtigten, sondern dem Staat. Aber wenn der römische Staat mit einem andern Staat sich im Zustand des *bellum* befindet, so gelten überhaupt Personen und Sachen des feindlichen Staats als rechtlos: Personen oder Sachen der Feinde, deren sich ein römischer Bürger, welcher nicht Soldat ist, bei sich gebender Gelegenheit bemächtigt, fallen *naturali ratione* ihm zu Eigentum zu.[3] Schwierigkeiten ergeben sich aber bezüglich der Behandlung der vom Heere, von den Soldaten gemachten Beute. Mommsen hat in seiner Abhandlung über die Scipionenprozesse[4] die die staatsrechtliche Behandlung des Kriegserwerbes betreffenden Fragen um ein bedeutendes gefördert. Man kann den Satz als durch ihn erwiesen ansehen, daß der Feldherr in alter Zeit nicht in der Weise zur Rechnungslegung über die Verwendung der Beute verpflichtet war, wie er über die Verwendung ihm anvertrauter öffentlicher Gelder Rechenschaft ablegen mußte: eine Anklage auf Veruntreuung öffentlichen Eigentums war gegen ihn wegen der Dispositionen über die Beute nicht möglich. Andere Fragen aber bleiben auch jetzt noch zweifelhaft, so namentlich die, ob ein rechtlicher Unterschied zwischen *praeda* und *manubiae* bestehe. Mommsen acceptiert die von Favorinus bei Gellius XIII, 25 gegebene Erklärung, wonach *manubiae* nicht die *res corporaque ipsa praedae,* sondern die *pecunia ex praeda vendita contracta* bedeutet. Mommsen äußert, für diese Erklärung spreche, daß, wo *manubiae* und *praeda* zusammenstehen, wie bei Cicero an verschiedenen Stellen, jene stets die zweite Stelle einnehme, und daß aus dem Beutegeld gemachte Widmungen stets bezeichnet würden mit der Formel *ex manubiis.* Favorinus führt für seine Erklärung keine Belege an. Er sagt nur § 31: *Est tamen nonnunquam invenire, ita scripsisse quosdam non ignobiles scriptores, ut aut temere aut incuriose ‚praedam' pro ‚manubiis' et ‚manubias' pro ‚praeda' posuerint, aut tropica quadam figura mutationem vocabuli fecerint, quod facere concessum est scite id periteque facientibus.* Diejenigen Schriftsteller aber, welche den technischen Sprachgebrauch festgehalten, *qui proprie atque signate locuti sunt, sicut hoc in loco M. Tullius,* gebrauchen *manubias pro pecunia.* Aber gerade die Stelle Ciceros, welche Favorinus für seine Erklärung citiert, beweist m. E. die Unrichtigkeit derselben. Sie

[1] Gai. II, 69. [2] L. 5 § 7 D. de a. r. d. 41, 1.

[3] Solche Fälle hat Celsus vor Augen, wenn er nach l. 51 § 1 D. *de acq. r. d.* 41, 1 sagt: *Et quae res hostiles apud nos sunt, non publicae, sed occupantium fiunt.* Vgl. auch Czyhlarz, Die Eigentumserwerbsarten S. 164 ff.

[4] Hermes, Ztschr. f. Phil. I, S. 161 ff. (Röm. Forsch. II, S. 417 ff.).

lautet: *Praedam, manubias, sectionem, castra denique Cn. Pompeji sedente imperatore decemviri vendent.* Hier ist also nicht bloß von einem *praedam vendere,* sondern auch von einem *manubias vendere* die Rede: wie wäre das möglich, wenn *manubiae* hier den Gelderlös aus der verkauften Beute bedeutete? Und noch an einer andern Stelle *de lege agrar.* III, 20, 53 sagt Cicero: *An Pompejum non adhibebit? in ejus provincia vendet manubias imperatoris?* Es ist dem Favorinus zuzugeben, daß Cicero in dieser Rede, wo er die *manubiae* neben der *praeda* nennt, das Wort im technischen Sinne gebraucht habe, dann kann er aber nicht den Gelderlös der *praeda* darunter verstanden haben. Danach werden wir denn auch annehmen dürfen, daß Cicero in Verr. III, 80, 186: *Quibus ex hostium spoliis? de qua victoria? qua ex praeda aut manubiis haec abs te donatio constituta est? manubiae* zwar von *praeda* unterscheidet, nicht aber den Gelderlös der *praeda* darunter versteht. Von besonderem Interesse ist eine Äußerung Catos (p. 37 Jordan): *numquam ego praedam neque quod de hostibus captum esset, neque manubias inter pauculos amicos meos divisi* u. s. w. Gewiß ist *praeda* hier der Gattungsbegriff; dessen Arten sollen nach Mommsen die Beutestücke selbst und das aus der Beute gelöste Geld sein. Wären das aber wirklich Arten eines umfassenden Gattungsbegriffes? das *ex hostibus captum* würde wieder die gesamte Beute *in natura, manubiae* in anderer Form dasselbe, in der Umsetzung in Geld, sein. Das aber tritt bei Cato deutlicher noch, als bei Cicero, hervor, daß *manubiae* einen engern Begriff innerhalb des Gesamtbegriffes der *praeda* bildet. Leider scheint von den Sprachforschern über die Etymologie des Worts noch zu wenig ermittelt zu sein, als daß davon für die Feststellung der sachlich technischen Bedeutung Gebrauch gemacht werden könnte; es mangelt aber dafür nicht an anderen Spuren. Als der Konsul P. Cornelius Scipio im Jahre 563 a. u. an den Senat das Ansinnen stellte, ihm Gelder aus dem Ärar zu bewilligen für die Ausrichtung von Spielen, welche er als Prätor in Spanien in einem kritischen Moment der Schlacht gelobt habe, wurde ihm zur Antwort (Liv. 36, 36, 2): *quos ludos inconsulto senatu ex sua unius sententia vovisset, eos uti de manubiis, si quam pecuniam ad id reservasset, vel sua ipse impensa faceret.* Aus Liv. 35, 1, 11 u. 12 wissen wir, daß Scipio mit reicher Beute aus Spanien zurückgekommen war. *Ea omnis ante urbem exposita est potestasque dominis suas res cognoscendi facta; cetera vendenda quaestori data; quod inde refectum est, militi divisum.* Ins Ärar war nichts abgeliefert, und darum verwies der Senat später den Scipio für die Ausrichtung der Spiele auf die *manubiae, si quam pecuniam ad id reservasset.* Hier scheint also *manubiae* die Beute zu sein, worüber dem Feldherrn die freie Verfügung zusteht, im Gegensatze derer, welche er an das Ärar abgeliefert hat, bezw. vielleicht *more maiorum* abzugeben verpflichtet war. Deutlicher tritt das Verhältnis bei Liv. X, 46, 14 hervor. Hier heißt es vom Konsul Carvilius (461 a. u.): *Aeris gravis tulit in aerarium trecenta octoginta millia; reliquo aere aedem Fortis Fortunae de manubiis faciendam locavit.* Ein Teil der Beute wird hier ans Ärar abgeliefert, ein anderer Teil verbleibt der Disposition des Feldherrn, und gerade dieser wird als *manubiae* bezeichnet, wie es denn auch der Feldherr selbst ist, welcher *aedem de manubiis faciendam locavit.*[1] So dürfen wir annehmen, daß die *ex manubiis* errichteten Tempel, Kunstwerke aus dem Teil der Beute, welcher nicht ins Ärar abgeliefert, sondern zur Disposition des Feldherrn geblieben war, hergestellt sind, wie denn ja auch

[1] Vgl. auch Cic. *pro domo* 38, 102: *in qua porticum post aliquanto Q. Catulus de manubiis Cimbricis fecit.*

wohl der Name des Feldherrn zu *manubiae* hinzugefügt wird *(qui manubias sibi tantas ex L. Metelli manubiis fecerit.* Verr. I, 59, 154). Wenn der Senat gestattet, daß aus der an das Ärar abgelieferten Beute etwa von dem, welcher sie abgeliefert hat, Spiele ausgerichtet werden, so werden diese nicht als *ex manubiis* auszurichten bezeichnet, wie Liv. XXVIII, 39, 1. XXXIX, 5, 7 zeigen. Wenn der Senat die Herstellung eines Tempel aus solchem Beuteteil beschließt, so geht die *locatio* nicht vom Feldherrn aus, sondern es werden *duumviri ad aedem locandam* gewählt. Wenn hier die *manubiae* als der zur Disposition des Feldherrn stehende Teil der *praeda* bezeichnet sind, so soll damit nicht gesagt sein, daß es der in sein Privateigentum übergehende Beuteanteil gewesen sei. Es mag sein, daß der Feldherr, wenn er Beute unter die Soldaten und die Offiziere verteilen ließ, auch sich selbst einen entsprechenden Anteil zuweisen durfte. Der Beuteanteil in diesem Sinne sind nicht die *manubiae*: diese sind die Beute, über welche der Feldherr, mit Ausschluß anderer staatlicher Organe, frei zu öffentlichen Zwecken verfügen kann. In der Definition des Pseudo-Ascon. p. 199: *Manubiae autem sunt praeda imperatoris pro portione de hostibus capta* tritt zwar die Beziehung der *manubiae* zum Feldherrn deutlich hervor: unrichtig aber scheinen sie hier als persönlicher Beuteanteil desselben gedacht zu sein. Welchen Teil der Beute konnte aber der Feldherr zu seiner Disposition behalten? War es gänzlich seiner Willkür überlassen, welchen Teil er den Quästoren überliefern, welchen er zu seiner Disposition behalten wollte? Es kam wohl darauf an, auf welche Art die Beute gemacht war. Vielfach konnte ja im feindlichen Land dem römischen Heer reiche Beute ohne irgend welchen Kampf, ohne Schwertstreich zufallen. Solche mühelos erworbene Beute mußte wohl immer nach Brauch der Vorfahren den Quästoren zum Verkauf zu Gunsten des Ärars zugewiesen werden. Dagegen stand es anders mit der in einer Schlacht, bei Erstürmung eines Lagers, Eroberung einer Stadt gemachten Beute, die recht eigentlich durch die Kraftanstrengung und das Blut des Heeres errungen war. Das scheint die Beute zu sein, über welche der Feldherr frei zu disponieren hatte. Bezüglich derselben fragt sich aber, wie weit er sie unter die Soldaten zu verteilen hatte, wie weit er sie für andere Zwecke reservieren konnte? Nur in einem Falle scheint den Soldaten ein Recht auf die ganze Beute zugesprochen zu sein, dann, wenn eine Stadt sich nicht etwa nach vorhergehendem Kampf ergeben hatte, sondern die Stadt, das Lager geradezu erobert war. Geradezu ausgesprochen findet man es erst spät, bei Tac. *hist.* 3, 19: *quodsi lucem opperiantur — — — pro labore ac vulneribus clementiam et gloriam, inania, laturos: sed opes Cremonensium in sinu praefectorum legatorumque fore. expugnatae urbis praedam ad militem, deditae ad duces pertinere.* Der hier ausgesprochene Satz ist aber gewiß ein viel älterer: meistens liegt, wo von einer Verteilung der Beute unter die Soldaten berichtet wird, der Fall einer eroberten Stadt oder eines eroberten Lagers war.[1] Das Eigentum an den dem einzelnen Soldaten

[1] Liv. 6, 13: *Capta quoque ac direpta eodem die castra Volscorum praedaque omnis praeter libera corpora militi concessa est.* 9, 32, 5: *Ibi, quia haud tantum irarum erat, spe praedae milites accensi oppido potiuntur. Minus itaque saevitum in hostes est, praedae plus paene quam ex omni Samnio unquam egestum, benigneque omnis militi concessa.* 10, 20, 15. 16. 27, 19, 2: *Scipio castris hostium potitus, quum praeter libera capita omnem praedam militibus concessisset.* 5, 21, 17: *Atque ille dies caede hostium ac direptione urbis opulentissimae est consumptus; postero die libera corpora dictator sub corona vendidit.* 6, 4: *— locusque invadendi urbem Romanis datus est. Publicari praedam tribunis placebat; sed*

zugestandenen Beutestücken erwirbt derselbe nicht durch Okkupation, sondern durch die *concessio*, die *datio* von seiten des Feldherrn. Es kam auch vor, daß der Feldherr durch Edikt den Soldaten, um ihren Eifer anzufeuern, die zu machende Beute im voraus versprach. Fast immer werden aber bei solcher Beuteverteilung die *libera capita*, welche gefangen genommen sind, ausgenommen. Über sie behält sich der Feldherr die Disposition vor. Er kann natürlich auf die Disposition über die durch *labores* und *vulnera* errungene Beute verzichten und dem Senat dieselbe überlassen, bezw. dieselbe zu Gunsten des Arars verkaufen lassen, dann verzichtet er aber auf etwas, was eigentlich *sui arbitrii* ist. Wenn nun auch nach altem Brauch der Feldherr als verpflichtet gegolten haben wird, die Beute, welche nicht zu den *manubiae* gerechnet werden konnte, an das Ärar abzuliefern, und andererseits als berechtigt galt, die *manubiae* zu eigener Disposition zu behalten, so handelte es sich dabei doch um Gesichtspunkte, von denen wir nicht sagen können, daß sie sich zu festen Rechtssätzen gestaltet hätten. Auch mögen vielfach Fälle vorgekommen sein, in denen man zweifeln konnte, ob die Beute zu den *manubiae* zu rechnen sei. Der Feldherr wird sich einer Aufklärung darüber auf Anfragen im Senat nicht haben entziehen können. Wenn bei Gelegenheit der Agitationen gegenüber den Scipionen bezüglich der im Kriege gegen Antiochus gemachten Beute die dem L. Scipio günstigen Tribunen nach Liv. 38, 54, 5: *senatum quaerere de pecunia non relata in publicum, ita ut antea semper factum esset, aequum censebant*, so ist diese Angabe höchstwahrscheinlich richtig. Dem Senat konnte nicht wohl eine Auskunft darüber verweigert werden, warum die Beute oder ein Teil derselben nicht dem Ärar überwiesen sei. Wenn also nach Gell. IV, 18 zwei Tribunen im Senat verlangten, *ut pecuniae Antiochinae praedaeque in eo bello captae rationem redderet*, so verstieß das wohl, wenn auch vielleicht in der Form, doch in der Sache nicht gegen den Brauch. Schon der von Scipio mitgebrachte *liber*, von dem er bemerkt, *rationes in eo scriptas esse omnis pecuniae omnisque praedae*, daß er mitgebracht sei, *ut palam recitaretur et ad aerarium deferretur*, weist auf diesen Brauch hin. Durch das Verweigern jeder Auskunft setzte sich der stolze Sieger von Zama ins Unrecht.

Die Unterscheidung der *manubiae* von der dem Ärar überwiesenen *praeda* führt m. E. auch zur Aufklärung des *sub corona vendere* der Kriegsgefangenen und des *sub hasta vendere*. Der Verkauf *sub hasta* ist ein Verkauf namens des *populus* durch einen denselben repräsentierenden Beamten, beim Beuteverkauf durch die städtischen Quästoren, zu Gunsten des *aerarium populi*. Wie bei

imperium quam consilium segnius fuit; dum cunctantur, jam militum praeda erat nec nisi per invidiam adimi poterat. 7, 27, 7: *quum — caperetur urbs, ad quattuor millia militum praeter multitudinem imbellem sese dedidere. Oppidum dirutum ac incensum; — — praeda omnis militi data. Extra praedam quattuor millia deditorum habita; eos vinctos consul ante currum triumphans egit; venditis deinde magnam pecuniam in aerarium redegit.* 10, 31, 3, 4: *— cepit ad mille septingentos quadraginta, qui redempti singuli aeris trecentis decem; praeda alia omnis militibus concessa.* 10, 45, 11, 14: *— obsidendoque vi atque operibus urbem expugnavit. — — septem millia quadraginta caesi, capta minus tria millia hominum. Praeda quae plurima fuit — — militi concessa est.* 24, 16, 5: *Praeda omnis praeterquam hominum captorum, militi concessa est; et pecus exceptum est, quod inter dies triginta domini cognovissent.* 7, 24. 37. 9, 23, 17: *Castra hostium capta direptaque, quorum praeda onustum militem in Romana castra dictator reducit.* 23, 15, 6. 24, 40, 15. 27, 1, 2. 30, 7, 2: *Duae subinde urbes captae direptaeque. Ea praeda et quae castris incensis ex igne rapta erat, militi concessa est.* 31, 27, 3: *— vi atque armis adortus expugnavit, puberibusque interfectis, praeda omni militibus concessa, diruit muros atque urbem incendit.* 45, 34.

anderen Verkäufen *sub hasta*, wurden auch hier in der Regel nicht die einzelnen Gegenstände, sondern die *praeda* insgesamt an Publikanen verkauft, welche dann als *sectores* die erstandene *praeda* im einzelnen veräußerten. Diese Veräußerung insgesamt an *sectores* hieß, entsprechend der Ausdrucksweise in anderen derartigen Fällen, *praedae sectionem venire*, die Veräußerung im einzelnen durch den *sector: praedae sectio* (Cic. *de invent.* 1, 45 § 84 sq.). Kriegsgefangene jedenfalls wurden aber einzeln verkauft. Das zeigt Plaut. *capt.* 1, 2, 110 sq.: — *istos captivos duos, heri quos emi de praeda a quaestoribus.* Vgl. 2, 3. 453. Die Zusprechung *sub hasta* übertrug dem *sector* quiritisches Eigentum, er war also imstande, den Einzelkäufern selbst wieder quiritisches Eigentum zu übertragen. Unter der zum Verkauf bestimmten Beute konnten sich Gegenstände befinden, welche früher römischen Bürgern gehört hatten und nun dem Feinde wieder abgenommen waren. Verschiedentlich wird berichtet, daß die Beute zunächst ausgestellt wurde, um den alten Eigentümern Gelegenheit zu geben, ihre Sachen herauszufinden und an sich zu nehmen. Wenn die etwaigen Rechte binnen bestimmter angesetzter Frist (2, 3, 30 Tage) nicht geltend gemacht waren, so erfolgte der Verkauf durch die Quästoren.[1] Es ist zu fragen, wie solcher Vorgang juristisch aufzufassen sei. Ein kurzer Ausspruch Labeos in l. 28 D. *de capt.* 49, 15 besagt: *Si quid bello captum est, in praeda est, non postliminio redit.* Danach würde das in der *praeda* befindliche frühere Eigentum römischer Bürger dem Schicksal der übrigen *praeda* unterliegen, die betreffenden Sachen würden nicht *iure postliminii* in jener Bürger Eigentum zurückfallen. Schließen aber nicht die Berichte des Livius, wonach die bisherigen Eigentümer binnen einer durch Edikt angeordneten Frist ihre Sachen rekognoszieren und wieder an sich nehmen konnten, eine solche Auffassung aus? Meines Erachtens nicht. Wäre an Anwendung des *ius postliminii* gedacht, so würde wohl nicht durch einfaches Edikt eine so kurze Frist, wie von 2, 3, 30 Tagen, zur Geltendmachung dieses Rechts gegeben sein. Es handelt sich vielmehr um eine Konzession des Feldherrn bezw. des Staats dem frühern Eigentümer gegenüber: nicht *iure postliminii*, sondern durch diese Konzession erhalten sie das Eigentum zurück, wie denn das Edikt sich ja auch nicht bloß auf solche Sachen, auf welche das *ius postliminii* anwendbar war, sondern auch auf andere in der *praeda* befindliche, früher römischen Bürgern gehörige und in die Gewalt der Feinde geratene Sachen bezog. Neben dem Verkauf *sub hasta* wird nun aber noch ein Erwerb *e praeda sub corona*, ein *sub corona venire* erwähnt. Es ist das keineswegs als eine Unterart des *sub hasta vendere* anzusehen. Unter dem *vendere sub corona* ist der *imperatorio iure* namens des Feldherrn, nicht namens des *populus*, von den jenen vertretenden Offizieren oder Beamten vorgenommene Verkauf aus den zur Disposition des Feldherrn stehenden *manubiae* zu verstehen. Wie die *hasta* das Symbol des *populus*, so ist die *corona* das Zeichen des siegreichen Feldherrn, der unter diesem Zeichen bewerkstelligte Verkauf ist der *imperatorio iure* vorgenommene. Es stimmt zu dieser Erklärung, daß bei Eroberungen von Städten, Lagern etc. von der Verteilung der Beute die *libera capita* ausgenommen wurden, welche dann gewiß häufig *sub corona* verkauft wurden. Der Verkauf *sub corona* wird nur bei Kriegsgefangenen, nicht bei anderen Sachen erwähnt. Die überlieferten Fälle von *venire sub corona* betreffen sämtlich eroberte Städte oder solche, welche der

[1] Liv. 35, 1, 11. 12. 5, 16. 24, 16. 10, 20.

expugnatio nur durch schleunige *deditio* entgangen sind.[1] Hier konnte der Anführer des siegenden Heeres *iure imperatorio* gegen die Bewohner verfahren. Von besonderem Interesse ist der Bericht des Livius VIII, 37. Der *tribunus plebis M. Flavius* hatte den Antrag ans Volk gestellt, *ut in Tusculanos animadverteretur, quod eorum ope ac consilio Veliterni Privernatesque populo Romano bellum fecissent.* Dann heißt es: *Tribus omnes praeter Polliam antiquarunt legem. Polliae sententia fuit, puberes verberatos necari, conjuges liberosque sub corona lege belli venire.* Hier ist es recht deutlich ausgesprochen, daß das *sub corona venire* in besonderem Sinne ein *iure belli venire* ist. Es gilt als etwas besonders Hartes. Und da liegt die Frage nahe, ob die Lage der *sub corona* verkauften Kriegsgefangenen etwa eine schlechtere war, als die der in gewöhnlicher Weise durch die Quästoren *sub hasta* verkauften. Es läßt sich vermuten, daß beim Verkauf *sub corona* dem Käufer besondere für den Verkauften harte Bedingungen auferlegt wurden. Wissen wir doch, daß noch von Augustus beim Verkauf gefangener Rebellen als Bedingung auferlegt wurde: *Ne in vicina regione servirent neve intra trigesimum annum liberarentur.*[2] — Das *sub corona venire* scheint schon in der spätern Zeit der Republik selten vorgekommen zu sein. Caelius Sabinus bei Gellius sagt: *antiquitus mancipia iure belli capta coronis induta veniebant.* In der Kaiserzeit verlor sich sogar die Kenntnis des Begriffs. Das zeigt die Erklärung bei Festus: *Sub corona venire dicuntur, quia captivi coronati solent venire. — Id autem signum est nihil praestari a populo, quod etiam Plautus significat: — Praeco ibi adsit cum corona, quique liceat veneat.* Ist der *populus* der Verkäufer, so kann überhaupt keine Eviktionsfurcht vorkommen; wer vom *populus* kauft, ist schon dadurch gegen jeden Ediktionsanspruch gesichert. Aber auch die Stelle des Plautus ist von dem Citierenden mißverstanden worden, sie bezieht sich auf den Verkauf *sub hasta*, und die *corona* bedeutet die den *praeco* umstehende Menge, aus deren Mitte die Gebote erfolgen. Eine andere von Gellius referierte Erklärung des *sub corona venire* ist: *quod milites costodiae causa captivorum venalium greges circumstarent eaque circumstatio militum ‚corona' appellata sit.* Sie ist natürlich falsch, denn ein Verkauf der von solcher *corona* umgebenen Gefangenen könnte doch nicht als ein *sub corona venire* bezeichnet werden, aber daß in dieser Erklärung die *milites* erwähnt werden, welche *custodiae causa* die zu verkaufenden Gefangenen umgaben, erinnert daran, daß es sich bei dem *sub corona venire* nicht um den Verkauf in der bürgerlichen Umgebung der Stadt, sondern um den *iure imperatorio* im Lager vorgenommenen handelt. Jene falsche Erklärung rührt nicht von M. Cato her, welcher natürlich den wahren Begriff des *sub corona venire* noch kennen mußte, aber aus dessen bei Gellius citierten Worten: *Ut populus sua opera potius ob rem bene gestam coronatus supplicatum eat, quam re male gesta coronatus veniat* sich nichts weiter entnehmen läßt, als daß dieses *coronatum venire* nach einer Niederlage *(re male gesta)* stattfand. Die Erklärung des Caelius Sabinus, daß die *corona erat signum captivorum venalium,* ist nichtssagend.

Von dem *praedae sectionem vendere* richtet sich der Blick von selbst auf die an den *populus* gefallenen Vermögen, bezüglich deren auch ein *sectionem vendere* vorkam.[3]

[1] Caes. B. G. III, 16. Liv. II, 17. IV, 34. V, 22. IX, 42. XXIV, 42. Curt. 9, 8 § 15. Flor. ed. Jahn, p. 122, 1.

[2] Suet. Oct. 21. Dio Cass. 53, 25.

[3] Vgl. Huschke, Nexum S. 87 ff. Bruns, Z. Gesch. d. Cession S. 62 ff. Pernice, Labeo I, S. 352 ff.

Gaius definiert die *sectores* als die, *qui publice bona mercantur.*[1] Nach dieser Definition möchte es scheinen, als ob jeder Verkauf von an den Staat gefallenen Gütern von seiten des Staats an einen Privatmann gegen einen Pauschpreis als ein *sectionem vendere* bezeichnet sei. Und sicher ist, daß die Ausdrücke *sectio, sector* nicht bei der privatrechtlichen *bonorum emtio* zur Anwendung kommen. Nach Stieber[2] u. a. soll auch der Verkauf von an das Ärar gefallenen Erbschaften unter den Begriff des *sectionem vendere* gefallen sein, und es läßt sich nicht leugnen. daß auch die Käufer solcher Erbschaft unter Gaius' Definition der *sectores* fallen würden. Aber nachweisen läßt sich die Anwendung jener Ausdrücke auf diesen Fall nicht, und es müßte sich der Begriff des *sectionem vendere* erst sehr verflüchtigt haben, ehe er darauf Anwendung finden konnte. Den alten echten Begriff der *sectio*, des *sectionem vendere* kann man nur ermitteln, wenn man von an den *populus* gefallenen *bona damnatorum* oder *proscriptorum* ausgeht. Wir müssen uns dabei, soweit es in diesen Zusammenhang gehört, das Wesen des alten Vermögenspublikationen vergegenwärtigen. Die als Strafe vollzogene Vernichtung des *caput* zog notwendig die Einziehung des Vermögens nach sich. Es ist ganz richtig, daß das alte Recht den Satz nicht kannte, daß ein zum Tode Verurteilter in dem Moment, wo das Urteil rechtskräftig wurde, eine *capitis diminutio maxima* erlitt. Aber der Vollzug der vom Volk verhängten Todesstrafe vernichtete nicht allein das Leben, sondern die rechtliche Existenz des Hingerichteten, er wird nicht beerbt, seine *bona* sind *publica.*[3] Am deutlichsten tritt diese als Strafe vollzogene Zerstörung der ganzen Existenz des Schuldigen in den Berichten über die Strafen der wegen *perduellio* oder *proditio* Verurteilten hervor: sie werden nicht bloß getötet, sondern ihr Haus wird dem Erdboden gleichgemacht, ihre Güter werden für das Ärar verkauft. Das ist das vom Staat vorgenommene *secare* des Verbrechers. Die privatrechtliche *sectio* von seiten der Gläubiger dem verurteilten wortbrüchigen Schuldner gegenüber beruht auf demselben Gedanken: sie ist vorwiegend Strafvollzug. der Gläubiger darf den Schuldner töten oder *trans Tiberim* verkaufen und nach der Vernichtung des *caput* das etwa noch vorhandene Vermögen sich aneignen. Sind mehrere Gläubiger da, so sind sie alle zu dem Strafvollzug berechtigt, das *secare* wird dann zu einem *partes secare.* Da es sich aber bei den *partes secare* mehr um Strafvollzug, als um Geltendmachung eines Vermögensrechts handelt. so soll es *se fraude* sein, wenn etwa der einzelne Gläubiger bei der Teilung zu viel oder zu wenig bekommen hat.[4] Ferner liegt

[1] J. IV, 146. [2] *De bonorum emptione.*

[3] Aus Cic. *de invent.* 2, 50 u. *ad Herenn.* I, 13 ergiebt sich, daß der Publicius Malleolus, an welchem die von den Vorfahren überlieferte Strafe des Muttermordes vollzogen wurde (Liv. ep. 68), beerbt wurde, wenngleich darüber gestritten wurde, ob sein Testament gültig sei. Daraus nun zu entnehmen, daß die Vollziehung der Todesstrafe keine *capitis diminutio* bewirkte, wie es neulich Heyrovsky, a. a. O. S. 27, im Anschluß an Cohn, Beiträge S. 59 A. 1, gethan, geht viel zu weit. Man könnte höchstens sagen, daß nur in gewissen Fällen der Todesstrafe, wegen *perduellio* namentlich, die alte Strenge beibehalten sei. Wahrscheinlicher ist es mir, daß die Möglichkeit der Beerbung des Malleolus in der Eigentümlichkeit der Strafe ihren Grund hat. Es ist keine Todesstrafe, das *caput* des Muttermörders wird nicht durch den Staat vernichtet, so daß das *secare* sich auch auf das Vermögen erstrecken könnte. Er wird lebend in einen Sack eingenäht und ins Meer geworfen. Nicht der Staat nimmt ihm unmittelbar das Leben, sein Tod ist also nicht mit einer Vernichtung des *caput* verbunden. Vgl. Cic. pro Rosc. Am. 25, 70: — *insui voluerunt in culleum vivos atque ita in flumen dejici.* 26, 72: — *Ita vivunt, dum possunt, ut ducere animam de caelo non queant: ita moriuntur, ut eorum ossa terra non tangat* etc.

[4] Durch die Vorschrift: *si plus minusve secuerunt, se fraude esto* soll nicht die Berück-

in der *sectio* der Begriff der zur Strafe vollzogenen Zerstörung einer Person mit aller ihrer Habe. Vielleicht fällt auch die *praedae sectio* unter diesen Gesichtspunkt. Auch der Krieg ist Rechtsverfolgung, die *praedae sectio* die Zersplitterung der Habe des überwundenen Feindes. Auch das *caput* dessen, welcher sich vor der Verurteilung bezw. der Vollziehung der Todesstrafe selbst den Tod gegeben, wurde als vernichtet betrachtet, und seine Habe unterlag der *publicatio*. Ebenso konnte mit der Erleidung einer *capitis diminutio media* Einziehung des Vermögens des *capite deminutus* und Verkauf desselben verbunden sein. Eine besondere Kategorie von Fällen bildeten die der *consecratio capitis*. Schon in den *leges regiae* ist in einer Anzahl von Fällen für gewisse Vergehen die Strafe des *sacer esto* ausgesprochen. Das Vermögen des zum *homo sacer* Gewordenen wurde auch eingezogen: es war ursprünglich wohl immer dem Gott anheimgefallen, welchem der Verbrecher verfallen war. Man hat wohl angenommen, daß nach den *leges regiae* die *familia pecuniaque* des Verbrechers nicht verfallen sei, weil sich in ihnen der Zusatz „*cum familia pecuniaque*" nicht finde. Ja, daraus, daß das Gesetz Numas verordnet haben solle, *eum qui terminum exarasset, et ipsum et boves sacros esse*, gehe hervor, daß es nicht schon im Begriff des *homo sacer* liege, daß auch sein Vermögen dem Gott anheimgefallen sei, denn sonst würde die besondere Hervorhebung der *boves* abgeschmackt sein. Allein die *boves*, die Gehilfen bei dem *exarare*, sollten in demselben Sinn *sacri* sein, wie der Thäter selbst; sie sollten auch von jedem straflos getötet werden können. In diesem Sinn ist die *familia pecuniaque* nicht *sacra*. Sie ist, wie die *bona publica* Vermögen des *populus*, nun Vermögen des Gottes als einer juristischen Person, eines besondern Vermögenssubjekts; denn daß das, was einem der *dii publici*, der einheimischen, vom römischen Volk anerkannten Staatsgötter gehörte, damit als direkt dem *populus* angehörend angesehen sei, bezweifle ich, wenn man es auch als mittelbares Staatsgut bezeichnen mag. Der Staat hatte, wenn das Vermögen der Götter selbst nicht ausreichte oder keines vorhanden war, aus seinem Vermögen die Bedürfnisse des gottesdienstlichen Kultus zu bestreiten. Es ist daher begreiflich, daß, je mehr der religiöse Sinn der Römer abnahm, desto mehr das Göttergut mit dem Staatsgut identifiziert wurde. In dem Sinn, in welchem das Göttergut als öffentliches Gut bezeichnet werden darf, kann auch die *familia pecuniaque* des *homo sacer* öffentliches Gut genannt werden. Der Erlös aus dem Verkauf floß in die Kasse des Gottes, bezw. wenn die Kultusbedürfnisse dieses Gottes aus dem Ärar bestritten wurden, in das Ärar, mit der Zweckbestimmung, für den Kultus dieses Gottes verwandt zu werden. Im letztern Fall konnte genau richtig gesagt werden, wie bei Isidor 5, 27, 3 — *qui ita damnatur, ut bona eius consecrentur et in publico redigantur*. Erst die aus dem Erlös der verkauften Güter des *homo sacer* angeschafften und durch förmlichen Konsekrationsakt dem unmittelbaren Dienst der Gottheit gewidmeten Sachen waren *res sacrae* und dem menschlichen *commercium* entzogen.[1] Daß die *familia pecuniaque* des *homo sacer* der Gottheit zufielen, welcher der Ver-

---

sichtigung der Höhe der Forderungen ausgeschlossen, sondern jede nachträgliche Klage eines Gläubigers deswegen, daß er bei der Teilung von anderen dolos übervorteilt worden sei, abgeschnitten werden. Irriges bei Münderloh, i. d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XVI, S. 197 ff.

[1] Es ist eine verkehrte Vorstellung Heyrouskys a. a. O. S. 32, daß der Erlös solchen Güterverkaufs nicht mehr heiliges Gut, sondern profanes, und zwar näher Staatsgut sei. Der Erlös solcher Güter hat keinen andern Charakter, als die verkauften Sachen selbst: er ist in demselben Sinne öffentliches Gut, wie es die verkauften Sachen selbst waren.

brecher verfallen war, brauchte nicht besonders ausgesprochen zu werden. Wohl aber war ein solcher Ausspruch nötig, wenn durch das betreffende Vergehen verschiedene Gottheiten als verletzt und an der Strafverfolgung als beteiligt schienen; dann mußte gesagt werden, wem das Haupt des Verbrechers verfallen sein solle, wem die *familiae pecuniaque* zu gute kommen solle. So war nach Liv. 3, 55, 7 dem Verletzer der Beamten der Plebs angedroht: *ut — ejus caput Jovi sacrum esset, familia ad aedem Cereris Liberi Liberaeque venum iret* (gleichsam ein *partes secare* der Götter). Wenn eine Gottheit und ein Mensch durch die betreffende That zugleich beleidigt sind, so kann, auch wenn der Thäter nicht *homo sacer* wird, sondern nur zur Strafe eine *capitis diminutio media* erleidet, bestimmt werden, daß ein Teil der *familia pecuniaque* der Gottheit, ein Teil dem Menschen zufallen solle. So verordnete eine *lex regia* nach Plutarch Rom. 22: *εἰ δ' ἄλλως τις ἀποπέμψαιτο, τῆς οὐσίας αὐτοῦ τὸ μὲν τῆς γυναικὸς εἶναι, τὸ δὲ τῆς Δήμητρος ἱερὸν κελεύων.* Um keine Zweifel zu lassen, scheint in den zur Wahrung der Rechte des *populus* und der *plebs* zustande gekommenen *leges sacratae* immer auch besonders der *familia pecuniaque* Erwähnung geschehen zu sein (Liv. 2, 8. 3, 55). Daß nach allgemeinem Gesetz eine *consecratio* nicht der Person, sondern nur der *familia pecuniaque* oder ohne Todesstrafe nur eine *publicatio* derselben angenommen wäre, läßt sich wohl nicht nachweisen. Die Person nicht in ihrer ganzen Existenz, sondern nur in ihrem vermögensrechtlichen Bestande zu vernichten, ist der ältesten Anschauung fremd. Es scheint eine solche überhaupt nur infolge eines vor den 12 Tafeln möglichen Privilegiums vorgekommen zu sein, in der Weise, daß die Tribunen, statt gegen den Verbrecher auf die strenge Durchführung der Sazertät oder der Todesstrafe zu bestehen, einen gelindern Weg einschlugen und nur auf Durchführung eines Teils der streng genommen weitergehenden gesetzlichen Strafe antrugen. Aus Zweckmäßigkeitsgründen wurde von den *tribuni plebis* im Jahre 290 a. u. gegen die Cloelii, Postumii, Sempronii dieses Verfahren eingeschlagen.[1] Ob in solchem Fall ein besonderer Weiheakt bezüglich der *bona* vorgenommen ist, steht dahin. Einen sichern Schluß gewähren die in später republikanischer Zeit von *tribuni plebis* mehrfach vorgenommenen *consecrationes bonorum* kaum. Nach Ciceros Äußerungen muß man annehmen, daß diese späten *consecrationes bonorum* nichts weiter, als eine rechtlich wirkungslose Komödie waren. Aus dem Bedingungssatz bei Cic. *pro domo* 47, 123 sq. — *sin ista consecratio legitima est* — kann man nicht entnehmen, daß solche *consecratio bonorum* auf einem Gesetz beruhte. Ebenso scheint in Fällen, wo von Sazertät nicht die Rede sein konnte, statt eines Antrags auf Verhängung der Todesstrafe, woran sich dann die *publicatio bonorum* angeschlossen haben würde, hier und da nur eine *rogatio de publicandis bonis* gestellt zu sein, so nach Liv. 4, 21, 3 von dem Tribunen Sp. Maelius gegen den Servilius Ahala. Das Verbot des *privilegia irrogare* durch die 12 Tafeln machte solches Herausnehmen eines Teils der gesetzlich angedrohten Strafen unmöglich, bis in spät republikanischer Zeit einzelne Tribunen, wie es scheint erfolglos, solche Vermögenseinziehungen wieder aufzuwärmen suchten.

Der Verkauf des an den Staat (bezw. die Gottheit) gefallenen Vermögens erfolgte in der Zeit, aus welcher uns Nachrichten erhalten sind, nicht in der

[1] Dion. 10, 42: *τίμημα δ' ἐφάνη ταῖς δίκαις ὁρίσαι μήτε θάνατον, μήτε φυγήν, μήτ' ἄλλο ἐπίφθονον μηδέν, ἵνα μὴ τοῦτ' αὐτοῖς γένηται σωτηρίας αἴτιον, ἀλλὰ τὰς οὐσίας αὐτῶν ἱερὰς εἶναι Δήμητρος, τὸ μετριώτατον ἐκλεξαμένοις τοῦ νόμου μέρος.*

Weise, daß die einzelnen Vermögensstücke von den Quästoren veräußert wurden, sondern im ganzen gegen einen Pauschpreis. Das wird nicht von jeher so gewesen sein, sondern erst, seitdem sich Spekulanten fanden, die aus solchem Ankauf ein Gewerbe machten. Wie weit dies zurückreicht, liegt im Dunkeln. Doch dürften von allen Arten der von Privaten mit dem Staat abgeschlossenen Geschäften die der *sectores* die ältesten sein, denn Vermögenseinziehungen kamen seit uralter Zeit vor, und bezüglich ihrer mußte der Staat am frühesten das Bedürfnis, sich des Verkaufs der Güter im einzelnen entledigen zu können, empfinden. Bei Cicero erscheinen die *sectores* nicht als Käufer von *bona publica* schlechthin, sondern immer als Käufer von *bona* Verurteilter und Proskribierter, denn die letzteren standen den ersteren ganz gleich. So finden wir denn auch eine dem ursprünglichen Wesen der *sectores* besser, als die des Gaius, entsprechende Definition derselben bei Ps.-Asconius in Verr. II, 1 § 52: *Sectorem dicit aestimatorem redemptoremque bonorum damnati atque proscripti, qui spem sectans lucri sui, i. e. secutus spem aestimationis suae, bona omnia auctione vendit, et semel infert pecuniam vel aerario vel sociis*, und in Bezug auf einzelne Punkte deutlicher § 62: *Sectores dicti sunt, qui spem lucri sui secuti bona condemnatorum semel autionabantur, proque his pecunias pensitabant (populo) singulis postea pro compendio suo singulas quasque res pecunia vendituri.* Danach kauft der *sector*, neben welchem *socii* erwähnt werden, und bezüglich dessen Gaius das auf gewerbsmäßiges Kaufen hinweisende Wort *mercari* gebraucht, in der Hoffnung auf Gewinn, also in Spekulationsabsicht, die *bona* Verurteilter oder Proskribierter vom Ärar als dem nunmehrigen Berechtigten. Er wird als *aestimator* dieser *bona* bezeichnet, weil er sie abschätzen muß, um danach sein Angebot zu bemessen, der Kauf geschieht im Wege der Steigerung. Der *sector* kauft nicht die einzelnen Vermögensstücke, sondern die *bona* im ganzen *(bona semel auctionabantur)*, er zahlt also dem Ärar nur einen Preis für das Ganze *(semel infert pecuniam aerario — proque his sc. bonis pensitabant)*; er selbst aber will, um Gewinn zu machen, später die einzelnen zu diesen *bona* gehörigen Stücke an einzelne Privatleute verkaufen. Der Staat verkauft nicht etwa als Pfandgläubiger, sondern als Eigentümer, die betreffende *familia pecuniaque* ist an ihn als nunmehrigen Vollberechtigten gefallen, und diese *bona* werden dem *sector* durch den den Staat vertretenden Beamten addiciert. Daß nicht die einzelnen Stücke, sondern die *bona* als Ganzes dem Käufer addiciert werden und ihm damit das Recht gegeben wird, das *secare* der *familia pecuniaque*, welches sonst der Staat selbst vornehmen müßte, seinerseits vorzunehmen, also diese *bona* zu zerteilen, im einzelnen zu verkaufen, erklärt die Ausdrücke: *sectionem vendere, venire, sectores.* Mit Unrecht sagen Stieber u. a.: *sectio* sei die *bonorum proscripti alicujus iudiciove publico damnati — — publica per aversionem venditio.* Die *venditio praedae*, die *venditio bonorum* ist nicht die *sectio*, sondern der Magistrat verkauft *praedae sectionem* oder *sectionem Pompeji* d. i. der *bonorum Pompeji*; d. h. er überträgt dem Käufer das Recht, die *praeda* oder die *bona* zu zerteilen, d. h. im einzelnen zu verwerten; der *sector* schuldet dem *aerarium* das Geld *pro sectione*, jenes ihm übertragene Recht, das Recht des Einzelverkaufs, bezw. der Einzelverkauf ist die *sectio*. Da dem *sector* das Recht des Einzelverkaufs vom Staat übertragen ist, so ist der von ihm vorgenommene Einzelverkauf auch kein gewöhnlicher Privatverkauf,[1] sondern ein *publice venire*. Danach sind die Worte Varros de r. r. 2, 10 zu verstehen: *tumve cum in bonis sectioneve cuius publice*

[1] So unrichtig Bruns, Z. Gesch. d. Cession S. 65 A. 5.

venit: es kann ein Sklave *in bonis,* als ein Bestandteil der *bona,* welche im ganzen verkauft werden, oder *in sectione cuius,* bei dem Einzelverkauf der *bona,* deren Bestandteil er ist, erworben werden. — Der Verkauf der *bona* geschah *sub hasta,* dem Symbol des Ärars, von welchem demnächst noch näher zu reden sein wird. In Bezug auf keine Versteigerungen des Staats an Private geschieht dieses Symbols so häufig Erwähnung, als gerade in Bezug auf die Verkäufe von *bona damnatorum* oder *proscriptorum* an *sectores.* Die Wirkung der *addictio* der betreffenden *bona* an den *sector* war der Übergang des quiritischen Eigentums an den einzelnen, zu diesen *bona* bezw. der verkauften *praeda* gehörigen Sachen auf den *sector,* wie dies schon an sich anzunehmen wäre, aber auch ausdrücklich durch die vorher angeführte Äußerung Varros bestätigt wird. Besitzer dieser Sachen ist der *sector* durch die *addictio sub hasta* noch nicht geworden. Damit er aber nicht etwa jede einzelne Sache zu vindizieren brauche, ist ihm ein dem *interdictum quorum bonorum* ähnliches *interdictum adipiscendae possessionis,* ein *interdictum sectorium,*[1] auf Herausgabe alles dessen, was der Implorat von den dem *sector* zugesprochenen *bona* besitze, gegeben. Seinerseits konnte der *sector* bei dem Einzelverkauf auf den Käufer wieder quiritisches Eigentum übertragen, und diese Übertragung erfolgte auch durch einfachen Zuspruch des *sector* an den Privaten, dem dazu durch den *populus* das Recht übertragen ist (den Erwerb *in sectione cujus* führt Varro als einen besondern, dem *in bonis* gleichstehenden Erwerbsmodus an). Von besonderem Interesse ist die Frage, ob der Verkauf der *bona* an den *sector* eine Universalsuccession in dem Sinne der klassischen Juristen, also auch einen Übergang der Forderungen und Schulden des *damnatus* u. s. w. auf den *sector* herbeiführte. Namentlich Bruns[2] hat es verteidigt, daß eine solche Universalsuccession stattgefunden habe, indem er sich darauf beruft, daß die Sakrationen und Publikationen des Vermögens auf Grund von *leges* stattfanden, und daß diese Gesetze als Gegenstand der Sakrationen bezw. Publikationen und des Verkaufs die *familia pecuniaque* bezeichneten, was nichts anderes als ganz direkt das Vermögen in seiner Einheit, also mit Universalsuccession, bedeuten könne. Indessen der Begriff der Universalsuccession in der Ausbildung, wie ihn die spätere Zeit kennt, dürfte der Zeit der 12 Tafeln, geschweige einer noch frühern fremd gewesen sein. Auch jene Zeit, dürfen wir annehmen, hat zwar die *familia pecuniaque* als eine rechtliche Einheit angesehen; aber daß sie Forderungen und Schulden, soweit es deren damals schon gab, als Bestandteile derselben betrachtet, sowie sie später als Bestandteile der *hereditas* bezw. der *bona* angesehen wurden, ist nicht anzunehmen. Das alte *iudicium familiae erciscundae* bezog sich auf Forderungen und Schulden nicht. Damit soll nicht geleugnet werden, daß der, welcher die *familia pecuniaque* als *heres* bekam, nicht auch die Forderungen des frühern Subjekts der *familia pecuniaque* habe geltend machen können, bezw. für die Schulden aufzukommen gehabt; aber die Vorstellung war wohl, daß dieselben, wie die Verpflichtung zur Prästation der *sacra,* an der *familia pecuniaque* hafteten, mit derselben verknüpft, nicht aber Bestandteile derselben waren. Die notwendige Folge solcher Auffassung war, daß, wenn das *caput* Vernichtung traf, damit auch der Zusammenhang zwischen demselben und der *familia pecuniaque* vernichtet, zerschnitten, die letztere selbst in ihre einzelnen Bestandteile aufgelöst wurde und die an der Einheit der

[1] Gai. IV, 146. [2] Zur Gesch. der Cession S. 63 ff.

bisherigen *familia pecuniaque* haftenden Schulden untergingen. Daß dem so war, kann mit Bestimmtheit aus dem entnommen werden, was in l. 2 pr. l. 7 § 3 D. *de capite minutis* 4, 5 über die Klagerechte gesagt wird, welche gegen die begründet waren, die von einer *capitis diminutio maxima* oder *media* betroffen wurden, insbesondere über die gegen den ins Exil gegangenen: *Non possunt hi penitus conveniri.* Keinen Beweis für die Unversehrtheit der Forderungen und Schulden des *condemnatus,* dessen *bona publice* verkauft waren, gewährt es, daß nach dem Bericht des Asconius beim Verkauf des im Jahre 702 a. u. vom Staat eingezogenen Vermögens des T. Annius Milo der Käufer auch die Schulden übernehmen mußte: *bona ejus propter aeris alieni multitudinem semuncia venierunt.* Die Nachrichten, welche die vorher citierten Stellen über das Schicksal insbesondere der *actiones* gegen den ins Exil gegangenen geben, zeigen genugsam, wie jener Bericht des Asconius aufzufassen ist. Der Satz des Civilrechts, daß Forderungen und Schulden eines, dessen *caput* vernichtet war, untergingen, mußte der spätern Zeit als ein harter erscheinen. Der Prätor hat auch hier geholfen: *dabitur plane actio adversus eos, ad quos bona pervenerunt eorum.* Daß hier nicht von einem civilrechtlichen Übergange der Schulden auf den *bonorum emtor,* sondern nur von Gewährung prätorischer Klagen gegen ihn die Rede ist, bedarf kaum der Bemerkung, und es erledigen sich dadurch neuere Versuche, den behaupteten civilrechtlichen Übergang zu demonstrieren.[1]

Nicht immer sind aber die *bona,* zu deren Verkauf durch den Staat es kommt, dem Staat gleich zu eigen zugefallen, so daß sofort die *venditio* derselben durch den kompetenten Beamten hätte erfolgen können. Ist jemand in einem *judicium publicum* zu einer Geldstrafe condemniert, oder ist ihm vom Magistrat eine Mult auferlegt, so kann er die sofortige Exekution durch Stellung von *praedes* vermeiden. Stellt er diese aber nicht in befriedigender Weise, so kann sofort gegen ihn die Exekution eingeleitet werden. Es werden zunächst die Quästoren als Vertreter des forderungsberechtigten *populus* auf ihren Antrag, sei es durch den *praetor urbanus,* sei es durch den *praetor,* welcher die Leitung der Quästio hatte, was hier dahingestellt bleiben kann, in den Besitz der *bona* des *condemnatus* eingewiesen, und darauf erfolgte erst, natürlich nach entsprechender Frist, die *venditio bonorum.* Hier hat der Staat nur ein pfandartiges Recht an den *bona,* in deren Besitz der Quästor immittiert ist; im Fall der Zahlung der Strafsumme vor erfolgter *venditio* wird die Beschlagnahme aufgehoben. Es liegt hier also wohl ein *publice vendere bona,* aber nicht ein *vendere* von *publica bona* vor. Es wird daher der Ausdruck *publicatio bonorum* nicht gebraucht, und auch die Ausdrücke *sector, sectio* lassen sich für diese Fälle nicht nachweisen.

Indem wir bezüglich gewisser Verkäufe von *bona,* nämlich der *praedum venditio,* auf die zusammenhängende Darstellung der Lehre von der *cautio praedibus praediisque* verweisen, soll hier zunächst auf Veräußerung einzelner Staatsgrundstücke an Private eingegangen werden. Übertragung des vollen quiritischen Eigentums an einem dem *populus* gehörigen Grundstück kann nur mit unmittelbarer Zustimmung des Eigentümers, des *populus,* geschehen, also nur von durch eine eigene *lex* bevollmächtigten Beamten ausgehen, mag es sich um eine Koloniegründung oder nur um andere Landanweisungen an Bürger handeln. Die Übertragung des Eigentums geschieht hier nicht durch einen Vertrag, sondern durch einen einseitigen, im Namen des *populus* von dem betreffenden

[1] Pernice, Labeo I, S. 357. Heyrousky a. a. O. S. 41.

den Beamten vorgenommenen Akt: die *datio assignatio*. Der Name *assignatio* für diesen Akt mag sich daraus erklären, daß vielleicht, ähnlich wie die früher betrachteten Veräußerungen *sub hasta* oder *corona*, so diese unter der Fahne, dem *vexillum*, dem *signum*, dem Zeichen der Koloniededuktion, geschah. Diese Landassignationen geschahen stets unentgeltlich. Verkäufe von Staatsländereien durch Censoren und auch Quästoren kamen vor, aber solche Verkäufe übertrugen auf den Käufer nie das volle quiritische Eigentum: dieses verblieb dem *populus*. Da diese Kaufäcker in den Schriften der Feldmesser ständig *quaestorii agri* genannt werden, so ist danach anzunehmen, daß, wenn Verkäufe von Staatsländereien vorkamen, diese in der Regel von den Quästoren vorgenommen wurden. Es werden solche auch seitens der Censoren erwähnt, aber nicht gerade häufig. Bekanntlich werden mehrfach, als aus dem *ager ex hostibus captus* hervorgegangen, drei Arten von Ländereien erwähnt: der *ager divisus et assignatus*, der *in publico relictus*, denen als eine dritte Art der *ager qui veniit* zur Seite gesetzt wird.[1] Schon aus dieser Nebeneinanderstellung ist die rechtliche Verschiedenheit zu entnehmen, welche nicht vorhanden wäre, wenn der *ager qui veniit*, ebenso wie der *ager assignatus*, in das quiritische Eigentum des Käufers übergegangen wäre. Er ist ins Privateigentum übergegangen und steht insofern dem *assignatus* näher, als dem in *publico relictus*, von welchem er sich auch insofern unterscheidet, daß eine gewisse Vermessung bei ihm stattgefunden hat,[2] so daß das *jus alluvionis* auf ihn ebensowenig Anwendung findet, wie auf den *ager limitatus*.[3] Er steht aber trotz des Privateigentums des Käufers bezw. seines Nachfolgers immer noch im quiritischen Eigentum des *populus*, kenntlich gemacht durch das dem *populus* nach der beim Verkauf auferlegten *lex* zu entrichtende *vectigal*. Im Laufe der Zeit verlor sich die künstliche Art der Begrenzung dieser *agri quaestorii*, und sie wurden dadurch meistens den *agri occupatorii* fast gleich.[4] Das ihnen auferlegte *vectigal* scheint sehr mäßig gewesen zu sein. Nirgends wird gesagt, daß die Erhebung an Publikanen verpachtet gewesen sei; es wird vielmehr gesagt, daß es vielfach nicht mehr entrichtet sei. Privateigentum des Käufers bezw. seines Successor und doch daneben quiritisches Eigentum eines Anderen, das läßt sich nur denken, wenn dieser Andere der *populus* ist, für welchen die Regeln des gewöhnlichen Privatrechts nicht gelten. Die *agri quaestorii* dürften übrigens eine Art von Ländereien sein, deren Alter kein so hohes ist, wie das des *ager divisus* und *assignatus* und des *in publico relictus*. Diese beiden letzteren Kategorieen sind so alt, möchte man sagen, wie der römische Staat selbst, und auch später waren Assignationen von Ländereien mit und ohne Deduktion von Kolonieen etwas ständig Wiederkehrendes. Das Verkaufen von Staatsländereien kam zwar auch schon früh vor, scheint aber in den ursprünglichen Einrichtungen der Römer nicht vorgesehen zu sein. Namentlich durch Geldmangel des Arars hat man sich dazu genötigt gesehen, und auch, als es einmal aufgekommen war, scheint man nur ausnahmsweise dazu geschritten zu sein, bei Ebbe im Ärar und wenn ohne Assignationen der Plebs ein Teil des öffentlichen Landes zugewiesen werden sollte, denn nach Liv. IV, 48, 3 hatte *quod agri ab hostibus capti venisset adsig-*

[1] Vgl. l. 16 D. de a. r. d. 41, 1. Cicero de leg. agr. III, 2, 7. III, 3, 12.
[2] Vgl. Rudorff, in d. Schr. der Feldmesser II. S. 287. Meine Rechtsg. I. S. 93 f.
[3] Hygini de gen. contr. p. 125, 19 bis 126, 2. Rudorff, a. a. O. S. 452 A. 563.
[4] Sic. Fl. de cond. agror., p. 152, 28 bis 153, 5. 154, 5. Hygini de cond. ag. p. 116, 1—4.

natumve publice esset die Plebs in Händen. Als Akt voller Eigentumsübertragung gestaltete sich der Verkauf auch dann nicht: dazu hätte nach feststehendem Satz unmittelbare Einwilligung des *populus* gehört, diese hat man nur bei (unentgeltlichen) Assignationen eingeholt. Die Verkäufe von Staatsland sind nur vorübergehende, ausnahmsweise eintretende Maßregeln geblieben,[1] zu denen die Autorisation des Senats eingeholt wurde. Dann musste aber, wenn auch materiell das Eigentum definitiv und unwiderruflich auf die Käufer übertragen wurde, doch formell das Obereigentum des *populus* durch Auflegung eines, wenn auch nur geringen, *vectigal* gewahrt werden. — Wenn man festhält, daß es keinen andern eigentümlichen Modus, um Staatsländereien in quiritisches Eigentum des Privatmanns zu bringen, als den des *dare assignare* gab, so hat man wenigstens eine der Voraussetzungen, welche den Vorgang erklärlich machen, von welchem Vitruv 1, 4, 12 berichtet: *Item in Apulia oppidum Salpia vetus — ex quo incolae quotannis aegrotando laborantes aliquando pervenerunt ad M. Hostilium, ab eoque publice petentes impetraverunt uti his idoneum locum ad moenia transferenda conquireret eligeretque. tunc is — secundum mare mercatus est possessionem loco salubri, ab senatu populoque R. petiit uti liceret transferre oppidum, constituitque moenia et areas divisit nummoque sestertio singulis municipibus mancipio dedit.* Warum, fragt man, hat der römische Staat, wenn auch von Neugründung einer Kolonie hier nicht die Rede sein konnte, sich nicht zu einem *viritim dividere et assignare* der betreffenden Plätze an die einzelnen *municipes* entschlossen? Warum greift er hier zu dem im Privatverkehr vorkommenden *mancipio dare sestertio nummo?* Die Antwort geben die Worte Ciceros *de leg. agrar.* II, 25, 65: *Hic ego jam illud, quod expeditissimum sit, ne disputo quidem, Quirites, non esse hanc vobis a majoribus relictam consuetudinem, ut emantur agri a privatis, quo plebs publice deducatur: omnibus legibus agris publicis privatos esse deductos.* Landanweisungen, wenn sie auch nicht mit Deduktion einer Kolonie verbunden sind, setzen doch immer ein Gesetz und auch eine Art Deduktion der Landempfänger voraus, sie erfolgen nur aus dem vorhandenen *ager publicus* (*ex hostibus captus*). Land aufzukaufen von Privaten zum Zweck von Landanweisungen widersprach der *consuetudo a majoribus relicta.* In dem Fall, von welchem Vitruv berichtet, trafen die Erfordernisse der Landassignationen nicht zu. Auch an Landverkauf war in diesem Falle nicht zu denken, schon weil volles quiritisches Eigentum übertragen werden sollte. Daher griff man zu dem Auskunftsmittel, den M. Hostilius, welchem die Mittel dazu vom Senat gewährt sein werden, Land kaufen und nach geschehener Teilung Stücke desselben an die einzelnen *municipes* durch *mancipatio sestertio nummo* zu vollem quiritischen Eigentum übertragen zu lassen.

Ganz ständige, periodisch wiederkehrende vermögensrechtliche Geschäfte des *populus* mit Privaten waren die censorischen *locationes* der Vektigalien und der *ultrotributa.* Der *populus* zieht die ihm von Privaten für die Benutzung von Staatseigentum geschuldeten Zinsen und Abgaben regelmäßig nicht direkt durch irgend welche Beamte ein und läßt andererseits die im öffentlichen Interesse erforderlichen Bauten, Neubauten und Reparaturarbeiten nicht durch unmittelbare Anordnungen seiner Beamten herstellen, kauft die für die Bedürfnisse des Heeres erforderlichen Sachen nicht unmittelbar u. dgl., sondern er zieht jene Abgaben indirekt ein durch Übertragung seiner Forderungen derselben an Privatleute für ihm zu zahlende Pauschsummen, und giebt die Herstellung der

[1] Vgl. Liv. 28, 46. 31, 13, 5. Orosius 5, 18. Cic. de lege agr. 2, 14, 36.

Bauten, die Lieferungen u. dgl. an Privatunternehmer in Akkord für seinerseits denselben zu entrichtende Pauschsummen. Abgesehen zunächst davon, wann dieses System indirekter Finanzverwaltung bei den Römern aufgekommen sei, ist zu fragen, ob es nur Gründe der Politik, der Zweckmäßigkeit gewesen seien, welche die Römer zur Annahme desselben bewogen, oder ob auch Rechtsanschauungen dabei mitgewirkt haben. Zweifellos haben Zweckmäßigkeitserwägungen bei der Einführung und Beibehaltung jenes Systems, nämlich Vermeidung eines weitläufigen Organismus von Unterbeamten, Vereinfachung der Verwaltung u. s. w. eine wichtige Rolle gespielt. Aber warum haben die Römer nicht auch die Erhebung des *tributum* an Publikanen verpachtet? Dafür sind meines Erachtens entschieden Rechtsanschauungen mit ausschlaggebend gewesen. Über die Vektigalien disponiert der *populus* als Eigentümer, und es hat rechtlich nichts Anstößiges, daß er ein auf seinem Grundeigentum beruhendes Vermögensrecht durch staatliches Vermögensrechtsgeschäft einem Privaten überträgt. Die Auferlegung des *tributum* an die Bürger dagegen erfolgt mittels des *imperium*: daß der Staat den durch das *imperium* begründeten Anspruch gegen die Bürger gegen Entgelt auf Private übertrage, wird den Römern nicht bloß als anstößig, sondern kaum als möglich erschienen sein. Nur durch Beamte, Behörden (die *tribuni aerarii*) wird solcher Anspruch beigetrieben. — Auf die vorher schon bezeichnete Frage, wann das System indirekter Finanzverwaltung bei den Römern aufgekommen sei, ist in neuerer Zeit mehrfach die Antwort gegeben, daß es schon in der römischen Königszeit aufgekommen sein müsse.[1] Diese Vermutung scheint indessen sehr schwach begründet zu sein. Daß schon in der Königszeit von den Besitzern des *ager publicus* ein *vectigal* an die Staatskasse gezahlt sei, ist nicht bloß nicht bezeugt, sondern auch innerlich unwahrscheinlich, da in dem *occupare* und *possidere* von Stücken des Gemeindelandes durch die dazu berechtigten Glieder des *populus* eine Nutzung von seiten des Eigentümers selbst, des *populus*, gesehen wurde, wofür natürlich keine Abgabe zu entrichten war. Das einzige *vectigal*, welches in der Königszeit schon entrichtet wurde, scheinen die *portoria*, die Hafenzölle gewesen zu sein. Diese trafen den einzelnen nicht als Glied des *populus*, sondern als Privaten, wie daraus hervorgeht, daß sich die außerhalb des *populus* im alten, engen Sinne, des *populus* der Altbürger stehenden Plebejer dadurch besonders gedrückt fühlten und eine der nach der Vertreibung der Könige getroffenen volksfreundlichen Maßregeln die Herabsetzung (oder Abschaffung?) dieser Hafenzölle war. Die Mittel zur Ausführung ihrer großartigen Bauten können den Tarquiniern neben den eignen Landerträgen Einkünfte aus der Beute, aus Vermögenspublikationen sowie Auflagen hoher *tributa* gewährt haben. Livius II, 96: *portoriisque et tributo plebes liberata* spricht auch von einer Befreiung vom *tributum* nach Vertreibung der Könige. Mögen aber auch einzelne Stücke des *ager publicus* an Plebejer gegen Erlegung eines *vectigal* ausgethan sein, so geschah das gewiß nicht in einem Umfange, daß nicht die *quaestores parricidii*, welche die wegen gewisser Kapitalverbrechen stattfindenden Vermögenspublikationen zu realisieren und auch wohl schon damals die daraus herfließenden Einnahmen des Staats zu verwalten hatten, mit Hilfe des ihnen untergebenen Personals jene Vektigalien unmittelbar hätten einziehen können. Auch eine Verdingung von Bauten u. dgl. an

[1] Dietrich, Beiträge z. Kenntnis d. röm. Staatspächtersystems S. 9. Hahn, De censorum locationibus. p. 4 sq. Vgl. auch Mommsen, Röm. Gesch. (4. Aufl.) I. S. 269.

Unternehmer dürfte in der Königszeit noch nichts Regelmäßiges gewesen sein. In jener alten Zeit spielten in Rom selbst, wie später in der Kaiserzeit in dem Munizipalleben, die *munera* der Bürger eine Rolle: der König konnte vermöge seines *imperium* die Bürger zu Arbeiten im Dienste des Gemeinwesens heranziehen, und daß von dieser Befugnis gegen Schluß der Königszeit ein drückender Gebrauch gemacht sein muß, zeigen die Berichte.

In republikanischer Zeit wurden die Verhältnisse andere. Um mit dem letztberührten Punkte zu beginnen, so scheinen die herrschenden Geschlechter den Plebejern auch darin eine sie erleichternde Konzession gemacht zu haben, daß dieselben zu Fronden nicht mehr regelmäßig herangezogen wurden. Im republikanischen Rom ist von den in den Städten zur Kaiserzeit eine so große Rolle spielenden *munera* nicht mehr die Rede: die Verdingung der Bauten und Lieferungen an Unternehmer für Pauschsummen trat an die Stelle. Gerade im Gegensatz der *munera* erscheinen diese Arbeiten und Lieferungen als *ultrotributa*, d. h. Auflagen infolge freiwilligen Erbietens dessen, dem die Auflage gemacht wird. Das gehörig angesagte *munus* mußte der Pflichtige übernehmen, wenn er nicht davon dispensiert wurde. Das *ultrotributum* übernimmt und leistet er freiwillig, wenn auch für eine Vergeltung. Es kamen in republikanischer Zeit aber noch andere Umstände hinzu, welche die Annahme des Systems indirekter Finanzverwaltung, das auch bei anderen Völkern des Altertums, namentlich in den griechischen Staaten, üblich war, empfahlen. Der Umfang der gegen Entrichtung eines *vectigal* ausgethanen Staatsländereien vergrößerte sich, so daß die unmittelbare Einziehung der Vektigalien mehr Beamtenkräfte und Zeit in Anspruch genommen haben würde; ebenso stieg die Zahl und der Umfang der Neubauten, Reparaturarbeiten etc. Bei dem republikanischen Prinzip der Annuität der Magistratur und der Abneigung gegen eine Vermehrung der ordentlichen Beamtenzahl mußte es sich bald als undurchführbar erweisen, an der unmittelbaren Einziehung der Vektigalien sowie der Herstellung der Bauten durch unmittelbar vom Staat angestellte Werkleute festzuhalten. Mag also auch die allgemeine Idee indirekter Finanzverwaltung den Römern von anderen Völkern her zugekommen sein, bei welchen sie bereits bestand, etwa von den Griechen, so ergaben sich jedenfalls treibende Gründe für dieselbe aus ihren eigenen Verhältnissen, und die Art der Durchführung derselben ist so eigentümlich römisch, daß sie als eine originale, nicht von außen recipierte bezeichnet werden muß, wofür auch spricht, daß kein einziger der auf die Verpachtung der *vectigalia* und *ultrotributa* bezüglichen Ausdrücke aus dem Griechischen entlehnt ist. Hand in Hand mit der Durchführung des Systems indirekter Finanzverwaltung ging die Ausbildung eines eigenen Standes von Geldmännern, des *ordo publicanorum*, aus dessen Mitte die bei den *locationes* als Unternehmer, Gesellschafter u. s. w. beteiligten Personen hervorgingen. Zeugnisse für die Existenz der Publikanen können als ebensolche für das Bestehen des bereits ausgebildeten Systems indirekter Einziehung der Vektigalien und umgekehrt Zeugnisse für die Verpachtung der *vectigalia* und *ultrotributa* als solche für das Bestehen jener angesehen werden. Verpachtung von Vektigalien an Publikanen findet sich bei Livius 39, 44 erst aus dem Jahre 570 a. u. (184 v. Chr.) erwähnt, Verdingung von *ultrotributa* 23, 49 an *publicani* aus dem Jahre 539 a. u. (215 v. Chr.). Indessen berichtet Livius schon, ohne dabei die Publikanen besonders zu erwähnen, in der Zeit vor dem zweiten punischen Kriege verschiedentlich über die Verdingung öffentlicher Bauten, so

V, 23, VI, 32 u. a. a. St. Unbedenklich können wir aber die erste Ausbildung des Systems der Verpachtung der *vectigalia* und *ultrotributa* in noch ältere Zeit verlegen. Plautus erwähnt in seinem Truculentus I, 2, 42 f. 47 f. des *arvus* und des *pascuus ager*, der *scriptura*, des Pfändungsrechts des *publicanus*, der verschiedenen Arten derselben in einer Weise, daß man deutlich sieht, er rede von alteingebürgerten, jedem bekannten Verhältnissen. Die Anfänge dürften in die Zeit vor Einführung der Censur zurückreichen, aber die volle Ausbildung hat meines Erachtens erst nach der Einführung dieses Amts stattgefunden. Die Consuln müssen, bevor diese Geschäfte zu großem Umfange angewachsen waren, dieselben bereits an die Censoren abgegeben haben: mit anderen Geschäften überhäuft und noch keine Prätoren als Kollegen habend, denen sie allenfalls solche Geschäfte hätten überlassen können, hätten sie solche umfänglichen finanziellen Geschäfte, deren Erledigung viel Überlegung und Zeitaufwand verlangte, nicht bewältigen können. Der *publicanus* wird gewöhnlich definiert als derjenige, welcher im Genuß eines *publicum* sich befindet, d. h. eines *publicum vectigal*, als ein solcher, welcher ein *vectigal populi Romani* gepachtet hat. Ohne Zweifel wurden aber so auch die Pächter der *ultrotributa* genannt, denn es waren dies auch dem Stande der *publicani* angehörende Personen; es wird aber auch ausdrücklich die Übernahme eines solchen *ultrotributum*, nämlich einer Lieferung für das Heer bei Liv. 23, 49 als ein *in eo publico esse* bezeichnet. Endlich wurden auch die aus jenem Stande hervorgehenden, welche dem Staat gehörige Seen, Bergwerke, Kreidegruben zu unmittelbarer Ausbeutung pachteten. *publicani* genannt. L. 13 pr. D. *de publicanis* 39, 4: *Sed et hi, qui salinas et cretifodinas et metalla habent, publicanorum loco sunt* könnte man dahin verstehen wollen, daß diese Pächter keine eigentlichen *publicani* seien; allein aus dieser Ausdrucksweise läßt sich nur entnehmen, daß bei den *publicani*, von welchen das in l. 1 pr. D. h. t. angeführte Edikt redet, zunächst nicht an jene Pächter der *salinae*, *metalla* u. s. w. gedacht sei. Als *publicanus* wird jemand aber nicht in Bezug auf den einzelnen Kontrakt gegenüber der andern Partei, dem *populus*, bezeichnet, sondern einmal als Angehöriger des Standes, welcher diese Geschäfte mit dem *populus* gewerbsmäßig betrieb, sodann aber auch im Verhältnis zu den unmittelbaren Nutzern der Staatsgüter, welche zufolge des auf den Pächter übertragenen Rechts des *populus* auf die *vectigalia* dieselben an ihn zu zahlen hatten, sowie überhaupt im Verhältnis zu Dritten. Der *publicanus* ist kein Beamter, er hat keine obrigkeitliche Stellung: er ist ein Privatmann, der aber infolge der *locatio* oder *venditio* auf ihn übergegangene Rechte des *populus* gegen die unmittelbaren Nutzer der Staatsländereien auszuüben hat und dafür mit besondern durch die *lex censoria* ihm eingeräumten Zwangsmitteln ausgestattet ist.

Das Geschäft, welches der den *populus* vertretende Beamte mit den Publikanen abschließt, wird als ein *locare* oder *vendere*, oder auch in Zusammenstellung beider Ausdrücke als ein *locare vendere*, *locare vendereve* bezeichnet; während von dem mit dem *populus* kontrahierenden Privaten *emere*, *redimere*, *conducere* gesagt wird. Die Auffassung als *venditio* scheint in älterer Zeit, die als *locatio* später überwogen zu haben (vgl. Fest. p. 376: *venditiones dicebantur olim censorum locationes, quod velut fructus publicorum locorum venibant.* Wenn Festus oder sein Gewährsmann wirklich, wie man gewöhnlich annimmt, damit die *venditio* als einen Verkauf der Früchte der öffentlichen Ländereien, also als Verkauf einer *res futura* erklärt haben wollte, so würde sehr fraglich sein, ob er richtig

erklärt habe. Natürlicher scheint es zu sein, das „*vectigalia vendere*", „*decumas vendere*" als Verkauf von etwas bereits Bestehendem aufzufassen. Noch zur Zeit des Gaius war der Zweifel nicht beseitigt, ob, wenn *praedia municipum in perpetuum* verpachtet seien, dies als eine *emptio venditio* oder als eine *locatio conductio* anzusehen. Insofern dem Pächter ein durch eine *in rem actio* geschütztes Recht an dem *ager vectigalis* eingeräumt wurde, konnte man geneigt sein, das Geschäft als eine *emtio venditio* zu bezeichnen; insofern ihm gegen einen jährlichen Zins der Fruchtgenuß des Grundstücks überlassen wurde, konnte man es als eine *locatio conductio* ansehen. Ähnliche Zweifel können schon in alter Zeit bezüglich der Pachtung der von Staatsgrundstücken zu entrichtenden *vectigalia publica* bestanden haben. Ist das Recht, welches der Staat dem *publicanus* einräumt, dinglicher Natur, so kann der Vertrag für eine *emtio venditio* gelten; und daß in der That das *ius vectigalis* eine dingliche Natur hat, wird später zu zeigen sein. Sieht man aber darauf, daß das Recht des *populus* an den Privaten zur Nutzung oder zum Untereigentum überlassenen Grundstücken etwas Dauerndes, sich über die Zeit des Kontrakts mit dem *publicanus* Hinauserstreckendes sei, so erscheint das Geschäft als eine Genußüberlassung für eine bestimmte Zeit, also als ein *locare conducere*. Warum nun die Auffassung als *venditio* in alter Zeit überwog, ist schwer zu sagen; vielleicht lag der Grund in Folgendem. Es giebt in Bezug auf fruchttragende Grundstücke zwei Arten der Vektigalienverpachtung. Es können die betreffenden Ländereien dauernd Privaten zum Genuß überlassen sein, welchen durch eine *lex* ein *vectigal* auferlegt war, dessen Erhebung für ein *lustrum* an Publikanen verpachtet wird. Für diese Art der Vektigalienverdingung ist die Auffassung als *locatio* wohl die am natürlichsten sich darbietende. Aus den Feldmessern wissen wir aber, daß es noch eine andere Art gab, wonach den *mancipes* von Ländereien, welche nicht etwa nach einer allgemeinen *lex* zur Nutzung gegen *vectigal* ausgethan waren, gegen Pauschsummen das Recht für ein *lustrum* übertragen wird, diese Ländereien parzellenweise an einzelne Nutzer gegen ein *vectigal* auszuthun. Ausdrücklich wird das Geschäft des *manceps* als ein *emere*, und zwar als ein *emere ius vectigalis* bezeichnet und der Ausdruck *conducere* mit einem *id est* nur zur Erklärung beigefügt.[1] Wollte man dieses Geschäft als ein *locare* bezw. *conducere* auffassen, so könnte es nur als ein *agrum fruendum locare*, nicht als ein *vectigalia fruenda locare* bezeichnet werden, denn in dem Austhun gegen ein *vectigal* bezw. ein Beziehen desselben lag wohl ein *frui agro*, nicht aber ein *frui* von bereits durch eine *lex* dauernd auferlegten Vektigalverpflichtungen. Welche Art von Vektigalien war nun die ältere: die durch eine *lex* auferlegten oder die von Publikanen für die Dauer eines *lustrum* vermöge des ihnen eingeräumten *ius vectigalis* auferlegten? Wenn man der Ansicht ist, daß die vermöge staatlicher Erlaubnis okkupierten Stücke des *ager publicus*, die *agri occupatorii*, nach gesetzlicher Bestimmung einem je nach der Art der Kultivierung des Grundstückes verschiedenen *vectigal* unterlagen, so muß man wohl die auf einer *lex* beruhenden Vektigalien für die älteren erklären. Appian[2] berichtet nun zwar, daß das Edikt, welches zur Okkupation eroberten verödeten Landes aufgefordert, diese gestattet habe gegen eine Abgabe vom jährlichen Ertrage (*επὶ τέλει τῶν ἐτησίων καρπῶν*), nämlich des Zehnten vom Saatlande, des Fünften von Weingärten und Baumpflanzungen. Schon an an-

[1] Hyg. de cond. agr. p. 116, 11 ff.; 21 ff. [2] B. C. 1, 7.

derer Stelle habe ich meine Zweifel an der Richtigkeit dieses Berichtes geäußert.[1] Wie kann den Okkupanten öder, unbebauter, also erst urbar zu machender Ländereien ein Zins vom Saatland, Weingärten, Baumpflanzungen schon auferlegt werden? Solche Bestimmung könnte nur den Sinn einer Ankündigung haben: wenn Ihr aus zu okkupierenden Ländereien Saatfelder, Weingüter, Baumpflanzungen gemacht haben werdet, soll Euch eine Abgabe vom Ertrag in der Höhe auferlegt werden. Eine solche Ankündigung wäre aber unnötig gewesen, denn da der Staat die Okkupation nur auf Widerruf gestattete, so hatte er es auch ohne dieselbe in der Hand, demnächst den Okkupanten ein solches *vectigal* aufzuerlegen. Nirgends aber wird berichtet, daß ein solches *vectigal* von den Okkupanten von Strecken des *ager publicus* bezw. ihren Nachfolgern wirklich entrichtet sei. Dionysius[2] erzählt, bei den Beratungen des cassischen Ackergesetzes (268 a. u.) habe Appius Claudius dem Senat vorgeschlagen, den *ager publicus* auf je fünf Jahre zu verpachten und den Erlös daraus zu Soldzahlungen zu verwenden. Dabei ist wohl an jenen Verkauf des *ius vectigalis* auf fünf Jahre an Publikanen gedacht. Daß es damals wirklich zur Ausführung dieses angeblichen Vorschlags gekommen sei, wird nicht gesagt. Dann erzählt Livius,[3] im Jahre 330 seien von einigen Bewerbern um das Konsulartribunat der Plebs verschiedene ihr günstige Maßregeln in Aussicht gestellt: *agri publici dividendi ostentatae spes, et vectigali possessoribus agrorum imposito in stipendium militum erogandi aeris,* aber daß es wirklich zur Auferlegung dieses *vectigal* gekommen sei, wird nicht gesagt. Man pflegt das anzunehmen, aber ohne Beweis. Meines Erachtens haben die einmal seit alter Zeit im Genuß befindlichen Possessoren von Stücken des *ager publicus* bezw. ihre Nachfolger bis zur Zeit der Gracchen hin kein *vectigal* entrichtet. Wenn die Plebs wirklich ein Gesetz durchgesetzt hätte, wonach die Possessoren jenes *vectigal* hätten entrichten müssen, dann würden wir, falls dasselbe nicht ausgeführt wäre, doch von Beschwerden über die Nichtausführung, von Agitationen für die Ausführung hören. Vielfach wird geklagt über den *possessus per injuriam ager publicus*, keineswegs aber über die Nichtentrichtung eines gesetzlich auferlegten *vectigal*. Zu dieser Auffassung stimmt es, daß die *scriptura,* das Hutgeld, das älteste *vectigal* gewesen sein soll: nach Plinius H. N. XVIII, 3 § 11 *etiam nunc in tabulis censoriis pascua dicuntur omnia ex quibus populus reditus habet, quia diu hoc solum vectigal fuerat.* Zur Zeit aber, als in den *tabulae* dieser Beamten die Rubrik *pascua* aufkam, kann von den Possessoren des *ager publicus* kein *vectigal* entrichtet sein. Das stimmt völlig zu jenen Berichten des Dionysius und Livius. Wohl aber mag früher und später das im Kriege eroberte, nicht verödete, sondern angebaute Land, soweit es nicht zu Koloniededuktionen, Landassignationen oder zum Verkauf benutzt wurde, Vektigalien unterworfen sein. Appian würde dann der Vorwurf treffen, daß er die zur Okkupation überlassenen Ländereien mit den Vektigalien unterworfenen konfundiert habe. Die Art der Vektigalienauferlegung wird dann jene mittelbare gewesen sein, wonach der Staat Publikanen das *ius vectigalis* auf ein *lustrum* verkaufte, so daß sie das betreffende Gebiet in kleineren Parzellen an einzelne Nutzer gegen ein *vectigal* austhun konnten. Diese Art der mittelbaren, durch *mancipes* zu bewirkenden Vektigalienauferlegung wird der Aristokratie genehmer gewesen sein, als die durch eine dauernde *lex* zu bewerkstelligende; denn man band sich doch nur für ein

[1] Vgl. Bd. I, S. 96. [2] VIII, 73. VIII, 76. [3] IV, 36.

lustrum. Kamen günstigere Zeiten, so konnte man die Verpachtung auch wieder unterlassen. Wäre diese Auffassung richtig, so wäre es begreiflich, daß die *censoriae locationes* früher vorwiegend als *venditiones* aufgefaßt wurden.

Vectigal ist, mag die etymologische Ableitung des Worts auch noch dunkel sein, die von dem im Eigentum oder Obereigentum des *populus* stehenden Boden dem *populus* vom Untereigentümer oder dem Benutzer zu entrichtende Abgabe. *Vectigal* ist also die Abgabe, welche der Eigentümer des *ager quaestorius*, sowie des *ager redditus*, also des *ager privatus vectigalisque* dem Staat zu entrichten hat. *Vectigal* ist ferner die Abgabe, welche der bloße Nutzer oder Pächter von Gemeinweiden, Äckern, Wein- und Baumpflanzungen, sei es nach einer *lex publica*, sei es zufolge der dem *publicanus* durch die *lex censoria* gestatteten Verpachtung dem *populus* oder *publicanus* zu entrichten hat. Das *vectigal* kann in einem Teile der Früchte selbst oder in Geld bestehen. *Vectigal* ist also auch die in Geld bestehende Gegenleistung, welche für die Benutzung öffentlicher Wasserleitungen, Brücken, Wege, sowie die Abgabe, welche für den Eintritt von Waren in, bezw. die Durchführung solcher über öffentliches Gebiet entrichtet werden muß.[1] Das *vectigal*, welches etwa für Benutzung öffentlicher Wasserleitung entrichtet werden muß,[2] darf nicht verwechselt werden mit dem Betrag, welchen etwa angrenzende Grundeigentümer *pro aquae forma*, d. h. für die Reinigung und Ausbesserung der öffentlichen Wasserleitung, zu bezahlen haben;[3] ebensowenig, wie das *vectigal* für die Benutzung eines öffentlichen Weges zu verwechseln ist mit dem Geldbeitrag, welchen die pflichtigen Grundeigentümer zur Wegeinstandhaltung zu leisten haben.[4] Solche Geldleistung, welche die Naturalleistung ersetzt oder etwa neben derselben vorkommt, ist ein *munus publicum*; sie wird, soviel ich sehe, nie als *vectigal* bezeichnet, wenn auch wohl neben wirklichem *vectigal* genannt. Auch das *vectigal*, welches Cicero der Stadt Tusculum *pro aqua Crabra* zu zahlen hatte, war kein Beitrag für Reinigung und Ausbesserung der Wasserleitung: es wurde nicht *pro aquae forma* oder *aquae-ductu*, sondern *pro aqua*, d. h. für den Wassergebrauch gezahlt.[6] *Vectigal* ist auch, was von den Publikanen als Pächtern der dem Staat gehörigen Bergwerke, sowie der Pechhütten in den Staatswaldungen und der Salinen an Pachtzins entrichtet wurde. Es kann wohl nicht bezweifelt werden, daß manche dieser

[1] Daß auch die Hafenabgabe auf dem Staatseigentum am Boden beruht, zeigen deutlich die Worte des Sc. de Oropiis: *τῆς πόλεως καὶ τῆς χώρας λιμένων τε τῶν' Ωραπίων τὰς προσόδους ἁπάσας* (Bruns-Mommsen, Fontes p. 166). Vgl. Mommsen im Hermes XX, S. 275 A. 3.

[2] Frontinus de aq. u. R. l. II, 94: — *et haec ipsa non in alium usum quam in balnearum aut fullonicarum dabatur, eratque vectigalis statuta mercede quae in publicum penderetur*. Vgl. Ed. Venafr. l. 37 (Bruns, Fontes[5] p. 223). Vitruv. 8, 6, 2.

[3] Davon reden L. 27 §. 3 D. de usufr. 7, 1. L. 39 §. 5 de leg. I (30). L. 41 D. de act. e. v. 19, 1. Feldmesser p. 349, 6 sqq. Die *vectigalium reditus ad ius aquarum pertinentium*, welche nach Frontin II, 118 mit zur Bestreitung des Unterhalts des Wasserleitungsgesindes verwendet wurden, waren nicht das aus Beiträgen *pro aquae forma* Einkommende, sondern: *ea constant aut ex locis aedificiisve quae sunt circa ductus et castella aut munera aut lacus. quem reditum — — — nostra sedulitas ad certam regulam redegit, ut constaret quae essent ad hoc vectigal pertinentia loca.*

[4] L. 60 §. 8 D. locati 19, 2. L. 21 pr. D. de don. int. v. e. u. 24, 1. Seneca dial. 2, 14, 2.

[5] L. 27 §. 3 D. de usufr. 7, 1. L. 13 §. 6 D. de a. e. v. 19, 1. L. 2 §. 22 D. ne quid in l. p. 43, 8. L. 14 §. 2 D. de mun. 50, 4. L. 11 D. de vacat. 50, 5. L. 6 C. de pignor. 8, 13 (14).

[6] Diese *aqua Crabra* gehörte der Stadt Tusculum. Frontin de aquis I, 9. Cic. de lege agaria 3, 9; pro Balbo 20, 45; ad fam. 16, 18, 2. Ob die Bürger von Tusculum die Benutzung der *aqua Crabra* unentgeltlich gehabt haben, kann hier dahingestellt bleiben. Wäre

metalla, lacus u. s. w. von den Publikanen, welche sie gepachtet, in unmittelbarem Betrieb ausgebeutet wurden. Dies zeigen klar Stellen, wie Plin. N. H. 33. 4, 21 (§ 78). 33, 78. Vitruv 7, 9, 4. L. 1 § 7 D. ut in flumine 43, 14. Valer. Max. 9, 1, 1. Aber immer scheint dies nicht der Fall gewesen zu sein. Darauf läßt die allerdings erst der Kaiserzeit angehörige *lex metalli Vipascensis* schließen. Wir finden in dieser Urkunde kaiserliche Verwaltung und Verpachtung nebeneinander, wie denn auch in Bezug auf andere Bergwerke *conductores* und kaiserliche Prokuratoren mit einem ihnen untergebenen Beamtenpersonal nebeneinander nachgewiesen sind. Nach jener *lex metalli* verkauft jedenfalls der kaiserliche *procurator* Schachte an Privatleute, welche auch die Schachte, um ihr Recht zu wahren, in Besitz nehmen. Verschiedene Ansichten finden sich darüber, was denn die *conductores* pachteten. Nach Wilmanns[1] Auffassung hatten sie mit dem eigentlichen Bergbau gar nichts zu thun. Verpachtet seien ihnen nur die Abgaben, sozusagen die Gewerbesteuer, welche die Schachtbesitzer und ebenso die Unternehmer, welche sich nicht mit dem Zu-Tage-Fördern des Materials, sondern mit seiner Bearbeitung befaßten, zu zahlen hatten. Anders lautet die Darstellung Hübners.[2] Danach soll der kaiserliche Prokurator als Vertreter des eigentlichen Besitzers zunächst den Betrieb im allgemeinen an die Pächtergesellschaft verpachtet haben. Daneben habe er aber auch einzelne Schachte zur Bearbeitung direkt an Private aus freier Hand verkaufen oder auch verauktionieren können. Die Pächter hätten neben dem kaiserlichen Prokurator das ausschließliche Recht besessen, Mutungen und bergmännischen Betrieb überhaupt zu gestatten. Sie hätten verschiedene Gebühren teils für die Bodenbenutzung, teils für jeden der verwendeten Arbeiter monatlich eine bestimmte Summe erheben dürfen. Mir scheint die Auffassung Wilmanns die innerlich glaubwürdigere. Hätten *procurator metallorum* und Pächtergesellschaft nebeneinander das Recht besessen, Schachte zu verkaufen, wie wäre da die Pächtergesellschaft irgendwie dagegen gesichert gewesen, daß ihr konkurrierendes Recht nicht durch zu zahlreiche Verkäufe von seiten des *procurator metallorum* stark beeinträchtigt werden würde? Wie dem nun auch sein mag, denken wir uns die erst unter dem Prinzipat aufgekommene direkte Verwaltung des Bergbaues weg, so bleibt übrig, daß auch in republikanischer Zeit die *conductores* nicht immer durch eigene Arbeiter den Bergbau betrieben, sondern Schachte zur Bearbeitung an Private verkauft haben werden. Bei welchen *metalla* in republikanischer Zeit unmittelbarer Betrieb durch die Publikanen, bei welchen dieses andere System in Anwendung gekommen ist, läßt sich nicht sagen. Das letztere bot den Publikanen die Möglichkeit, die wohl regelmäßig der heimischen Bevölkerung der betreffenden Provinz angehörigen Privatunternehmer zu bedrücken. An diese möchte auch gedacht sein bei der Schließung der macedonischen Bergwerke, welche bei der Errichtung der Provinz erfolgte. Der von Livius 45, 18, 3 angeführte Grund: *Nam neque sine publicano exerceri posse, et ubi publicanus esset, ibi aut ius publicum vanum aut libertatem sociis nullam esse* paßt wenigstens nur auf sie, nicht auf unmittelbaren Betrieb durch die *publicani*, da nicht einzusehen ist, wie sie dabei die Freiheit der *socii* beeinträchtigen konnten.

es der Fall gewesen, so wäre damit noch keineswegs gesagt, daß sämtliche Bewohner des Gebiets von Tusculum an solcher unentgeltlichen Benutzung partizipiert hätten.

[1] Zeitschr. f. Bergrecht XIX, S. 220.

[2] Römische Bergwerksverwaltung, in d. Deutsch. Rundschau, herausgeg. von J. Rodenberg III. 11. 1877. S. 211 f.

Welcher Erweiterung der dargelegte Begriff des *vectigal* fähig war, wird erst recht durch die Bestimmungen des *lex metalli Vipascensis* aus dem ersten Jahrhundert der Kaiserzeit klar. Die Betreibung jedes beliebigen Gewerbes auf dem Boden des *fiscus*, bezw. dem des *populus* konnte als ein Gebrauch dieses Bodens angesehen werden, welchen der Eigentümer, also der *populus* oder *fiscus*, verbieten oder auch für eine Vergütung, welche sich als eine solche für den Gebrauch öffentlichen Bodens, als ein *vectigal* darstellte, gestatten bezw. ausschließlich gestatten konnte. So gestaltete sich die entgeltliche Einräumung des Rechts, auf dem fiskalischen Boden unter Ausschluß anderer Auktionen abzuhalten, die Funktion des Aufrufers auszuüben, Bäder zu halten, das Barbier-, Schuster-, Schneiderhandwerk u. s. w. zu betreiben, zu einer *locatio vectigaliuum*. Nicht überall wird man soweit in der Ausdehnung der Ausbeutung des Gebrauchs öffentlichen Bodens gegangen sein. Meistens wird man solche Gewerbe auf öffentlichem Boden zu betreiben entweder jedem verboten oder jedem gestattet haben. Besondere Gründe führten in dem abgelegenen Bergwerksdistrikt dazu, nur einem Unternehmer bezw. seinen Gesellschaftern unter Ausschließung aller übrigen Konkurrenten die Ausübung des betreffenden Gewerbes, dann aber gegen eine Pachtsumme, zu gestatten.[1]

[1] Kurz will ich hier meine Auffassung einiger bestrittener Punkte in den beiden ersten erhaltenen Abschnitten der Bergwerksordnung von Vipasca (die mit den Rubriken: *Centesimae argentariae* und *scripturae praeconii*) angeben. Die *argentaria stipulatio* ist meines Erachtens nicht die Stipulation des *argentarius*, welcher eine Auktion abgehalten, mit dem Käufer, sondern die des erstern mit dem Auktionsherrn, durch welche er dem letztern den Erlös der Auktion, die im Auktionswege erlösten Preise, promittierte. Von diesen *venditiones*, d. h. dem Erlös derselben, also von dem Betrage jener *argentaria stipulatio*, in welche jener Erlös deduziert wurde, war dem Auktionator eine *centesima* zu leisten (*centesimae argentariae stipulationis* sind die *centesimae* von den in diese *stipulatio* deduzierten *pretia* der einzelnen *venditiones*). Möglicherweise kann die *centesima* eine einzige sein, nämlich dann, wenn sämtliche Auktionsgegenstände *universaliter*, d. h. in Bausch und Bogen, *en bloc* um einen einzigen Bauschpreis verkauft sind. Von solchem Verkauf *en bloc* kann aber ein einzelner Gegenstand ausgenommen sein, welcher besonders verauktioniert, für den also ein besonderer Preis versprochen ist: auch von solcher *summa*, *quae excepta in auctione erit*, soll eine *centesima* dem Auktionator zu leisten sein. Die ihm gebührenden *centesimae* zog der Auktionator regelmäßig in der *argentoria stipulatio* von dem Betrage der dem Auktionsherrn zu versprechenden *pretia* ab, wie er auch nach den Pompejanischen Auktionstafeln *mercede minus* versprach. Aber wenn der *conductor*, bezw. sein *socius* oder *actor*, es vorzieht, kann er die *centesima* sich vom Auktionsherrn durch Stipulation versprechen lassen (*si volet stipulari* u. s. w.). — Nach Demelius (Zeitschr. d. Savignystiftung, rom. Abt. IV, S. 36) soll der kaiserliche Prokurator selbst, d. h. durch seine eigenen Organe verauktioniert haben; allein aus den Worten: *exceptis iis, quas proc(urator) metallorum in[ssu imp(eratoris) faciet centesimam a venditor]e accipito* ergiebt sich doch wohl, daß der *procurator metallorum* durch den *conductor* verauktionieren ließ, denn sonst würde das *exceptis* nicht passen. Der *conductor* konnte von allen Auktionsherren, welche durch ihn verauktionieren ließen, die *centesimae* fordern, außer vom *procurator metallorum*. Für diesen mußte er verauktionieren, ohne jenen Lohn beanspruchen zu können. Nur vom Preis der Schachte, welche der *procurator* durch ihn verauktionieren ließ, konnte er die *centesimae* beanspruchen, nämlich vom Käufer. Der Unterschied erklärt sich daher, daß bei den gewöhnlichen Verkäufen der *procurator* als Verkäufer materiell doch die *centesimae* zu tragen gehabt haben würde, da die Kauflustigen danach ihre Gebote eingerichtet haben würden. Beim Verauktionieren der Schachte mag der Zudrang der Kauflustigen so groß gewesen sein, daß solche Befürchtung nicht vorlag. Ebenso muß der *conductor praeconii* den *praeco* für die Verkäufe des *procurator metallorum* stellen, und dabei wird ebenso unterschieden: für die übrigen Verkäufe muß er ihn unentgeltlich stellen, bei den Verkäufen der *putei* muß der Käufer die *centesima* vom *pretium* zahlen.

Das Wort *vectigal* haben wir bisher in dem Sinne des Zinses genommen, welcher für irgend welchen Gebrauch öffentlichen Landes von dem Nutzer dem *populus* bezw. dem *publicanus* entrichtet werden mußte. Es kommt aber auch in dem Sinne des dem Volk solchen Ertrag abwerfenden Guts selbst vor. In diesem Sinne ist das Wort z. B. genommen, wenn es bei Cic. de leg. agrar. I, 7, 21 von dem *ager Campanus,* dem *caput patrimonii publici,* der *pulcherrima populi Romani possessio* heißt: *solum hoc in republica vectigal esse, quod, omissis aliis remaneat, intermissis non requiescat* u. s. w., wenn bei Livius 45, 18, 3 das *metallum Macedonicum* als ein *ingens vectigal* bezeichnet wird, wenn Cic. ad fam. XIII, 11, 1 sagt: (*Arpinatium*) *omnia commoda omnesque facultates, quibus et sacra conficere et sarta tecta aedium sacrarum locorumque communium tueri possint, consistunt in his vectigalibus quae habent in provincia Gallia* u. a. St. m. Da man wußte, *vectigalia nervos esse reipublicae,* daß sie seien: *subsidia belli, ornamenta pacis,* so ist es begreiflich, daß man bei steigenden Bedürfnissen des Staates, zumal die Auflage eines *tributum* immer etwas Unpopuläres war, die Zahl solcher dem Ärar Ertrag abwerfenden Objekte zu vermehren suchte. So erklärt sich die Ausdehnung des Begriffes *vectigal* über die ursprünglichen Grenzen hinaus. Als das römische Volk Provinzen, Unterthanenländer zu erwerben begann, bedurfte es freilich zunächst des Suchens nach andern Vektigalien nicht mehr, aber vorher ist einmal ein Zeitpunkt eingetreten (397), in welchem durch einen Tribusbeschluß ein bis dahin unerhörtes *vectigal* eingeführt wurde: die *vicesima manumissionum* oder *libertatis,* d. h. fünf Prozent vom Wert der freizulassenden Sklaven. Mit dem alten Begriff des *vectigal* hat dieses jedenfalls nur einen losen Zusammenhang: es ist hier nichts im Eigentum des *populus* Stehendes vorhanden, als dessen Ertrag diese *vicesima* betrachtet werden könnte. Die Vorstellung mag dabei die gewesen sein, daß auch der *populus* durch die Aufnahme der bisherigen Sklaven unter die Zahl der Bürger, wenn auch schlechtesten Rechts, zu deren *libertas* etwas beitrage und somit berechtigt sei, dafür einige Prozente des Wertes des bisherigen Sklaven von ihm als nun Freien sich zahlen zu lassen, denn dieser hatte wohl dem Gesetz nach die *vicesima* zu entrichten. Unentschieden kann diese Frage, wer sie zu entrichten habe, vom Gesetzgeber nicht gelassen sein, und eine etwaige Privatabmachung konnte die Frage, an wen der *populus* bezw. der *publicanus* sich wegen der *vicesima* halten könne, nicht beeinflussen, *ius publicum privatorum pactis mutari non potest.* Die Gleichstellung dieser Abgabe mit den *vectigalia* hatte zur Folge, daß sie bezüglich der indirekten Erhebung denselben gleich behandelt wurde: auch die *vicesima* wurde an Publikanen verpachtet. Da man durch das praktische Bedürfnis nicht genötigt wurde, so ist man in republikanischer Zeit auf diesem Wege der Ausdehnung des Begriffes der Vektigalien nicht weiter gegangen, jedenfalls nicht mit dauerndem Erfolge: erst der Kaiserzeit war es vorbehalten, vermittelst der Erbschaftssteuer und anderer, den veränderten Verhältnissen entsprechend, auch die italische Bevölkerung abgabepflichtig zu machen.

Sehen wir jetzt, wie das bei den *locationes* der *vectigalia* zu beobachtende Verfahren gestaltet und wie die Wirkungen derselben waren. Die *locatio* der *vectigalia publica* mußte in Rom selbst auf dem *forum* geschehen,[1] widrigenfalls sie nichtig gewesen sein würde. Ausnahmsweise war die Verpachtung der von

[1] Cic. de lege agrar. I, 3, 7. 2, 21, 55. in Verr. 1, 54, 141.

den *agri decumani* in Sicilien zu entrichtenden *decuma* an Ort und Stelle durch die Provinzialquästoren gestattet.[1] Die Vorschrift der Verpachtung in Rom selbst war eine formale, aber das Motiv, wenn auch nicht der ersten Einführung, so doch der zähen Festhaltung derselben, war offenbar das, den Publikanengesellschaften in Rom keine unbequeme Konkurrenz aufkommen zu lassen. Zur Pacht fähig waren nur römische Bürger, und faktisch befähigt in Rom dazu waren nur die zu Gesellschaften vereinigten Publikanen, da außer den Senatoren ihnen allein die erforderlichen Mittel dazu zu Gebote standen, den Senatoren es aber im allgemeinen verboten war, *vectigalia publica* zu pachten. Nach einer Angabe des Macrobius sat. I, 12, 7 fand die Verpachtung der Vektigalien im Monat März statt. Dabei liegt aber eine Verwechselung des Termins, von welchem an die Pacht für die folgende Periode in Wirksamkeit trat (*vectigalia consistunt* ist dafür der Ausdruck der *lex agraria* Z. 17. 18), des 15. März,[2] mit dem Tage der Verpachtung selbst zu Grunde. Nicht so sicher läßt sich dieser letztere bestimmen. Die Verpachtung sämtlicher Vektigalien und *ultrotributa* wird wohl eine ganze Reihe von Kalendertagen in Anspruch genommen haben. Ob sie in einem Zuge vorgenommen oder durch andere Geschäfte unterbrochen wurde, welches letztere wahrscheinlich ist, darüber wissen wir nichts Sicheres. In der *lex agraria* Z. 21 wird eine am 20. September geschehene Lokation erwähnt. Nach Livius'[3] Berichten über die Censur 585/586 müssen die Lokationen im wesentlichen bereits im Anfang des September, vielleicht schon im August geschehen sein. Nicht unwahrscheinlich ist es, daß bei diesen Verpachtungen ein *certus ordo*, eine feste herkömmliche Reihenfolge beobachtet wurde, aber bekannt ist darüber nichts weiter, als daß mit gewissen Verpachtungen *boni ominis gratia* der Anfang gemacht wurde.[4] — Über die Dauer, für welche die censorischen Lokationen abgeschlossen wurden, hat Mommsen[5] folgende Ansicht geäußert. Wenn von den Censoren ein Vertrag auf das Lustrum abgeschlossen sei, so habe sich wohl die Zeit der darunter jedesmal zu verstehenden Jahre, ebenso wie bei den Listen, durch das Eintreten der nächsten Censoren bestimmt, so daß die Kontrakte bald mehr bald weniger Jahre hätten in Kraft bleiben und die Gemeinde durch Veranstaltung der Censorenwahlen jederzeit die Aufhebung aller ihrer laufenden Verträge hätte herbeiführen können: der Amtsantritt der neuen Censoren sei praktisch herausgekommen auf eine allgemeine Kündigung der bestehenden Kontrakte der Gemeinde, die von diesen neuen Censoren abgeschlossenen Verträge seien dann vom nächsten 15. März an in Kraft getreten. Gegen diese Ansicht scheinen nur folgende Bedenken zu sprechen. Mommsen nimmt selbst an, daß die censorischen Lokationen keineswegs ein Bestandteil des eigentlichen Censusgeschäfts, der das Lustrum vorbereitenden Geschäfte gebildet hätten, daß die Gültigkeit der Lokationen keineswegs durch das Lustrum bedingt gewesen sei. Er selbst spricht es aus, daß die Vornahme der Lokationen kein ausschließlich censorisches Geschäft gewesen sei, daß in den Pausen der Censur die Lokationen, welche zunächst den Censoren oblagen, durch die Konsuln oder in Abwesenheit derselben durch einen der Prätoren, gewöhnlich den *praetor urbanus* vorgenommen wurden. Warum müssen denn nun die

[1] Vgl. die Bd. I, S. 334, A. 2 citierten Stellen.
[2] Vgl. noch l. 15 D. de public. 39, 4. [3] Liv. 43, 16, 2. 6. 7; 43, 16, 12; 44, 16, 8.
[4] Fest. ep. p. 121. Plin. h. n. 10, 22, 51. 33, 7, 111. Plutarch q. R. 98.
[5] Staatsr. II, 1². S. 335.

Lokationen auf eine unbestimmte Dauer bis zum Eintritt neuer Censoren abgeschlossen sein? Was für die censorischen Listen gilt, braucht ja nicht für die Lokationen zu gelten. Für die Pächter konnte es ja auch unmöglich gleichgültig sein, zu wissen, für welche Anzahl von Jahren sie im Genuß des betreffenden Vektigal sein würden. Welche ungerechte Begünstigung hätte dann im großen eintreten können, welche sich im kleinen bezüglich der Schaltung und der dadurch bewirkten Verlängerung des einzelnen Jahres zeigte! Wenn nun das Lustrum, das zeitliche Intervall zwischen zwei aufeinander folgenden Censuren, als eine der Absicht nach gleiche Zeitfrist gefaßt wird, so, daß die Schätzung *quinto quoque anno* stattfinden sollte, so mag diese Zeitfrist für die eigentlich censorischen Geschäfte durch unordentliche Handhabung ungleich geworden sein: daß sie es auch für die Lokationen geworden sei, folgt daraus nicht, denn diese konnten ja bei fehlenden Censoren von Konsuln bezw. Prätoren vorgenommen werden, und wurden es. Es scheint demnach durchaus begründet zu sein, den Ausspruch Varros de l. l. 6, 93: *lustrum nominatum tempus quinquennale a luendo, id est solvendo, quod quinto quoque anno vectigalia et ultrotributa per censores solvebantur* nicht bloß für den Ausdruck einer Theorie, sondern einer praktischen Wahrheit zu halten und also das im Recht der Kaiserzeit namentlich für die kaiserlichen Verpachtungen geltende *lustrum* von fünf Jahren als ein nicht bloß der Theorie nach, sondern aus der Praxis der Republik überkommenes anzusehen.

Die Lokationen geschahen *sub hasta*. Es fragt sich, welche Bedeutung dieselbe hatte. Die *hasta* ist auch hier das Symbol des echten Eigentums; sie ist vor allem das Symbol des Eigentums des Staates selbst. Überall, wo es sich um einen Akt der Ausübung dieses Eigentums des *populus* (mit Ausnahme von bloßen Geldzahlungen) handelt, also bei allen Verkäufen, Verpachtungen von dem Staat gehörigen, bezw. ihm angefallenen Sachen, auch wenn es sich nicht um eine völlige Übertragung dieses Eigentums, sondern nur um eine Gebrauchsüberlassung handelt, geschieht der Akt *sub hasta*.[1] Nichts kann unrichtiger sein, als die Meinung, daß diese Veräußerungen, Verpachtungen von seiten des Staats ohne Garantie erfolgten. Der *populus* als Verkäufer ist der beste Garant, den es giebt: wer von ihm kauft oder pachtet, kauft oder pachtet ohne alle Gefahr einer Eviktion der Sache von seiten eines Privaten. Die *hasta* als Zeichen des Eigentums des *populus* ist zugleich das äußere Zeichen dafür, daß das *sub hasta* Gekaufte oder Gepachtete sicher gekauft oder gepachtet ist. Selbst wenn der *populus* eine ihm nicht gehörige Sache verkauft hätte, so wäre der bisherige Eigentümer damit expropriiert und könnte keinen Eigentumsanspruch gegen den Käufer geltend machen. Natürlich könnte ein solcher materiell ungerechter Akt etwa durch den Senat oder durch die Volksversammlung reszindiert werden. Alle Verkäufe und Verpachtungen *sub hasta* geschahen im Wege öffentlicher Versteigerung. Man darf wohl annehmen, daß in Bezug auf Verkäufe, Verdingungen, Verpachtungen von Staatsgut der Weg

[1] Die *hasta* kommt vor bei dem Verkauf der *praeda*, dem *sectionem vendere*, überhaupt allen Verkäufen von *bona* seitens des *populus*, bei den Lokationen der Vektigalien und *ultrotributa* u. dgl. Cic. Philipp. 8, 3, 9; 2, 26, 64. 2, 40, 103. de off. 2, 8, 27; 2, 23, 83. ad fam. 15, 17. de leg. agrar. 1, 2, 6. ad Att. 12, 3. Valer. Max. 6, 3, 4; 9, 12, 7; 6, 5, 1. Macrob. sat. 2, 2. Seneca de ira 1, 2. Juvenal sat. III, v. 33. Florus ep. rer. R. 2, 6, 47. 48. Acron ad Her. serm. 1, 1, 86. Fest. s. v. hastae. Seneca de consol. c. 20. Liv. 24, 18, 11. 39, 44, 8. 43, 16, 2. Ovid ex Ponto 4, 5, 19. 4, 9, 45 f. Corn. Nep. vit. Attici 6, 3.

der Lizitation an den Meistbietenden oder Mindestfordernden nicht bloß Maxime der Staatsverwaltung, sondern fest vorgeschrieben war, aber doch nur für solche Geschäfte, bei welchen Lizitation denkbar war. Daß überhaupt Verträge auf Leistung für eine Gegenleistung von den Censoren nur im Wege der Lizitation hätten abgeschlossen werden dürfen, wie Mommsen annimmt, ist schwer glaublich. Mommsen geht so weit, zu behaupten,[1] auch der Ankauf z. B. von einzelnen Sklaven habe, um der gesetzlichen Bedingung der Lizitation Genüge zu leisten, vermittelst Arbeitsmiete geschehen müssen, in der Weise, daß ein *manceps* das Geschäft übernommen habe, einen kontraktsmäßigen Sklaven für die Gemeinde auszusuchen gegen Erstattung seiner Auslagen und Vergütung seines Dienstes. Aber dadurch hätte man ja keine Konkurrenz der Verkaufslustigen in Bezug auf das anzukaufende Objekt, sondern nur in Bezug auf die Vermittelung des Geschäfts herbeigeführt. Der Sinn der gesetzlichen Vorschrift der Lizitation war doch nicht der, Käufe aus erster Hand zu verhindern und überall die Zuziehung eines Geschäftsvermittlers notwendig zu machen, sondern der, in Bezug auf das, was bei dem beabsichtigten Geschäft an den *populus* oder von ihm zu leisten sei, die Konkurrenz herbeizuführen. Wo man diese irgend herbeiführen konnte, hat man es allerdings gethan. Handelt es sich z. B. darum, für einen Gast der Republik ein Gebäude mit Ausstattung zu miethen, so geschah das im Wege der Lizitation an den Mindestfordernden (vgl. Liv. 42, 19, 6: *Decreverunt, ut Cn. Sicinius praetor aedes instructas locaret, ubi filius regis comitesque eius habitare recte possent*). Doch wurde auch wohl direkt ein Privathaus für einen Gast gemietet (Liv. 45, 44, 7: *et aedes, quae ipsum comitesque eius benigne reciperent, conductae*). Auch wird Ankauf bestimmter Gebäude unmittelbar durch einen Censor berichtet (Liv. 44, 16, 10: — *Ti. Sempronius ex ea pecunia, quae ipsi adtributa erat, aedes P. Africani pone Veteres ad Vortumni signum, lanienasque et tabernas coniunctas in publicum emit, basilicamque faciendam curavit* etc.). Um dem durch diese Stelle bezeugten direkten Abschluß der Käufe durch den Censor zu entgehen, muß Mommsen ein sehr unnatürliches Verfahren konstruieren, welches doch nicht weiter führt, als eine Lizitation *pro forma* zu ermöglichen, bei welcher thatsächlich nur der Bauunternehmer, welcher vorher mit dem Censor faktisch einig geworden ist und mit den Privateigentümern die Punktationen abgeschlossen hat, imstande ist, zu bieten.

Die Abhaltung der betreffenden Versteigerung wurde vorher durch ein Edikt des Beamten, der dieselbe abhalten wollte, angesagt. In diesem wurden wohl auch schon die Bedingungen, unter denen sie geschehen sollte, vorher bekannt gemacht. Die Censoren sahen sich auch als befugt an, in demselben bestimmte an sich fähige Personen auszuschließen, d. h. sie erklärten im voraus, daß sie mit diesen die betreffenden Kontrakte nicht abschließen würden.[2] Als Bieter traten nicht etwa sämtliche *socii* der betreffenden Publikanengesellschaft auf, sondern einer, der im Fall des Zuschlags das Geschäft auf seinen Namen abschloß und dem *populus* als Hauptschuldner haftete. Er wurde *manceps* genannt. Diese Bezeichnung soll daher rühren, daß, wer bieten wollte, den Finger erhob.[3] Wie dem auch sein mag, erklärt wird der *manceps* als der,

[1] Staatsr. II, 1², S. 440 A. 3.
[2] Civ. Verr. 1, 54. Liv. 39, 44, 8. 43, 16.
[3] Cic. Verr. I, 54, 141.

welcher *quid a populo emit conducitve*, als der *auctor emtionis*.[1] Wie er als Hauptverpflichteter dem *populus* gegenüber dasteht, so ist er andererseits der, auf welchen vor allen die betreffenden Rechte des *populus* Dritten gegenüber übertragen werden. Doch sollen die Personen, welche die Gefahr des Geschäftes als *socii* mit ihm teilen und als *praedes* oder *cognitores* direkt dem Staat haften, wegen ihrer Ansprüche auf Beteiligung an den Rechten und Vorteilen nicht etwa bloß an ihn gewiesen sein: nach *lex Malacit.* c. 65 sollen die *praedes socii*, d. h. nicht die *praedes* und *socii*, sondern die mit dem *manceps* in Sozietät stehenden *praedes* (vgl. auch Cic. pro domo 18: *praedem socium*), ebenso wie der *manceps de is rebus agere easque res petere persequi* können. Ferner wird am Schluß der *lex parieti f. Puteol.*, nachdem der Name des *manceps*, welcher den Bau unternommen und die Summe, zu welcher er sie übernommen, angegeben sind, durch die Worte *idem praes* mit nachfolgenden Namen der *praedes* auch der *praes* (*socius*) auf dieselbe Summe als der Gemeinde gegenüber forderungsberechtigt bezeichnet. Und in der Bergwerksordnung von Vipasca wird ständig neben dem *conductor* auch der *socius* (sowie der *actor*) als auf dieselbe Summe forderungsberechtigt, sowie zum *pignus capere* befugt genannt. Das Ausrufen der zu versteigernden Objekte sowie der gethanen Gebote wurde im Auftrag des Magistrats durch einen *praeco publicus* besorgt.[2] Die Censoren waren nicht genötigt, zu dem höchsten zu erlangenden Gebot die *vectigalia* zu verpachten. Es wird ein Fall berichtet,[3] in welchem die Censoren die *vectigalia summis pretiis*, die *ultratributa infimis* verpachtet hatten, aber der Senat, auf Drängen der Publikanen, diese Lokationen rescindierte. Daraus scheint doch hervorzugehen, daß die Censoren nicht bis zu dem äußersten zu Erlangenden zu gehen brauchten, sondern auf einen gebotenen, ihnen annehmbar dünkenden Preis zuschlagen konnten. Perfekt wurde das Geschäft durch *addictio*, Zuspruch von seiten des Magistrats. Ob dabei irgend eine Formalität beobachtet wurde, wird nicht berichtet.

Bei dem vom Magistrat mit dem Privaten abgeschlossenen Geschäft wird nun noch unterschieden zwischen dem Geschäft selbst seinem wesentlichen Inhalt nach, der *locatio*, *venditio* und der *lex locationi* oder *venditioni dicta*, d. h. den außer den durch das Geschäft selbst schon gegebenen Hauptpunkten festgesetzten Einzelnbestimmungen und Modalitäten des Vertragsinhalts. Nirgends deutlicher wird zwischen Beidem unterschieden, als in der *lex Malacitana*, schon in der Rubrik des c. 63: *De locationibus legibusque locationum proponendis et in tabulas municipi referendis*, sodann in den Worten: *Quasque locationes fecerit quasque leges dixerit*, sodann in c. 64: *Eosque praedes eaque praedia eosque cognitores — II viris — vendere legemque his vendundis dicere ius potestasque esto* u. s. w. — Damit stimmt, was uns über den Inhalt solcher *leges locationis* im einzelnen erhalten ist: nie ist darin die Hauptleistung von beiden Seiten, also das zum Gebrauch zu überlassende *vectigal*, das zu übernehmende *ultrotributum*, sowie die dafür zu gewährende Geldleistung erwähnt, sondern immer nur Modalitäten dieser Hauptleistungen, oder Nebenleistungen. So wird z. B. in der *lex censoria* bestimmt, daß die Pächter des Bergwerks nicht mehr als eine bestimmte Zahl von Arbeitern in demselben beschäftigen sollen,[4] daß der Verkaufspreis des aus den Zinnobergruben gewonnenen Zinnobers für die *libra* nicht eine fest-

[1] Fest. v. manceps p. 151 M. Vgl. noch Hygin de cond. agr. p. 116 L. Corn. Nep. vita Attic. 6, 3.

[2] Vgl. z. B. Cic. Verr. 3, 16, 40. Plut. Popl. 19. [3] Liv. 39, 44, 8.

[4] Plinius, N. H. 33, 4, 78.

gesetzte Höhe überschreiten dürfe,[1] daß von den Verpachtungen der *agri rectigales* des betreffenden Bezirks die *agri deorum immortalium* ausgenommen seien,[2] daß dem Pächter der Vektigalien gegen die Vektigalschuldner die *pignoris capio* zustehe;[3] daß dem Pächter der Hafenzölle für die Sklaven, welche jemand zu seinem eigenen Gebrauch nach Hause bringe, er keinen Hafenzoll zu entrichten brauche,[4] daß der Preis für das *ultrotributum* sofort baar bezahlt werden, oder daß die eine Hälfte nach der Subsignation von *praedia,* die andere nach Vollendung und Billigung des *opus* bezahlt werden solle[5] u. dgl. m. Die Festsetzung bezw. Formulierung der *leges locationis* geschah durch den die Verpachtung vornehmenden Magistrat, welcher aber ohne Zweifel dabei vom Senat abhängig war, auch vor der Festsetzung nicht selten ein *consilium* zuziehen mochte. Daß die Formulierung von dem betreffenden Magistrat ausging, zeigt recht deutlich der so häufig vorkommende Ausdruck: *leges censoriae.* Da die *leges* vorher bekannt gemacht wurden, so mochten die Publikanen, welche bieten wollten, vorher den Versuch machen, eine Abänderung durch den Magistrat zu erreichen, aber das mußte jedenfalls vor der Versteigerung geschehen.[6] Bei der Verpachtung selbst konnten die Publikanen nur einfach auf die gestellten Bedingungen hin bieten, ein Verhandeln über diese fand dann nicht mehr statt. Die *leges censoriae* für die verschiedenen *locationes* hatten aber einen stehenden Inhalt, welcher immer wieder in die bei der Neuverpachtung aufzustellenden *leges* aufgenommen wurde, so daß, wann einmal neue Censoren einen Zusatz zu dem tralaticischen Inhalt vornahmen, sie als Urheber dieses Zusatzes in den *leges* sich besonders nannten.[7] Für einzelne Bestimmungen läßt es sich noch wahrscheinlich machen, wann dieselben zuerst aufgenommen und dann tralaticisch geworden sind. So wissen wir, daß zu Ciceros Zeit durch eine Bestimmung der *lex censoria* selbst geschützt war, *qui frui publico non potuit per hostem* (Cic. de prov. cons. 5, 12). Früher scheint es lediglich vom Ermessen des Senats abgehangen zu haben, ob er für solchen Fall den Publikanen einen Nachlaß vom Pachtzins gewähren wollte oder nicht. Um die Macht des Senats zu beschränken, scheint dann zuerst die *lex Sempronia* für die Provinz Asien die Bestimmung getroffen zu haben, daß wegen des durch *hostilis incursio* verursachten Schadens den Publikanen ein Nachlaß bewilligt werden solle, wenngleich die Berechnung des Schadens und der Betrag der Entschädigung in einer nicht näher bekannten Weise noch dem Senat überlassen blieb (Schol. Bob. ad Cic. pro Plancio 13, 31 p. 259 Or.). Später erst scheint dann jene Klausel in die *leges censoriae* aufgenommen und tralaticisch geworden zu sein. Von den Wirkungen der *locatio* bezw. der *leges censoriae* wollen wir zunächst die dadurch dem *conductor* eingeräumten Rechte ins Auge fassen. Von einer besondern Einweisung in das *frui* der gepachteten *vectigal* ist nirgends die Rede. War der Termin, zu welchem die *locatio* in Wirksamkeit treten sollte, herangekommen, so konnte der *conductor* wohl ohne weiteres sich in dieses *frui* einsetzen, bezw. die dazu erforderlichen vorbereitenden Handlungen vornehmen. Einzelne dieser vorbereitenden Handlungen konnten bezw. mußten

[1] Plinius, N. H. 33, 7, 118.

[2] Cic. de natura deor. 3, 19, 49. Sc. de Oropiis a. 681, bei Bruns-Mommsen, Fontes p. 163 sq.

[3] Gai. 4, 28. [4] L. 200 D. de verb. s. 50, 16.

[5] Lex p. f. Puteol., bei Bruns-Mommsen p. 273. [6] Cic. in Verr. 3, 7.

[7] Cic. in Verr. 1, 55.

schon vorgenommen werden, bevor der Termin kam, an welchem die *locatio* in Wirksamkeit trat. War nämlich dem Publikanen das *ius vectigalis* an Grundstücken, welche noch nicht an einzelne Nutzer gegen ein gesetzlich zu entrichtendes *vectigal* ausgethan waren, verliehen, so konnte bezw. mußte er schon vor Beginn des *lustrum*, für welches ihm jenes *ius* eingeräumt war, die Pachtkontrakte mit einzelnen Pächtern abschließen. Ohne Zweifel durften die Publikanen mit ihrer Dienerschaft die Grundstücke, deren Vektigalien ihnen zum Genuß überlassen waren, betreten, um sich durch unmittelbaren Augenschein von dem Maß dessen, was ihnen in dem betreffenden Jahr von dem einzelnen Vektigalschuldner zu entrichten war, überzeugen zu können. Namentlich, wenn der *conductor vectigalium* einen Teil des Fruchtertrags zu beanspruchen hatte, erwies sich das, um Defraudationen der Vektigalschuldner verhindern zu können, als notwendig. Zu welchen Handlungen der *conductor* zur Wahrung seines Rechts und zur Ausübung der Kontrolle befugt war, vermögen wir nicht mehr im einzelnen nachzuweisen. Die Nutzer mußten, um eine Grundlage für die vom *publicanus* zu stellende Forderung zu gewinnen, ihre *professiones* bei demselben machen,[1] welche in seine Bücher eingetragen wurden; bei Ackergrundstücken z. B. die Zahl der *iugera* derselben angeben, bei den Gemeinweiden die Zahl des auf die Weide zu treibenden Viehes. Auf Grund dieser *professiones* und auf Grund der dann wirklich gemachten Ernte war der Betrag der Forderung des Pächters gegen den einzelnen Pflichtigen in jedem Jahre festzustellen. In der Regel aber scheinen sich auf Grund jener *professiones publicanus* und Vektigalpflichtiger bei den in einer Quote des Fruchtertrags bestehenden Vektigalien über den zu leistenden Betrag schon vor der Ernte, auf Grund des Durchschnittsertrags, geeinigt zu haben. War die *pactio* für den Vektigalpflichtigen ungerecht ausgefallen, so konnte der Magistrat, welchem die Kognition über die Streitigkeiten zwischen Publikanen und Vektigalpflichtigen oblag, dieselbe vernichten (*rescindere*). Welche Quote der Früchte der Vektigalpflichtige zu entrichten habe, stand zwar durch irgend ein Gesetz fest, und sollte der Publikane selbst erst Parzellen des ihm verpachteten Distrikts austhun, so war ihm gewiß in der *lex censoria* ein höchster Betrag, über welchen er nicht hinausgehen konnte, vorgeschrieben (Cic. in Verr. 5, 21, 53: *Qui publicos agros arant, certum est, quid ex lege censoria dare debeant*); Cicero selbst spricht aber einmal aus, daß bei dem Abschluß der *pactiones* die Publikanen sich nicht ausschließlich an die *lex censoria* halten könnten, *sed spectare potius commoditatem conficiendi negotii et liberationem molestiae*. Es kam darauf an, innerhalb des durch die *lex censoria* gegebenen Rahmens eine Übereinkunft zwischen beiden Teilen herzustellen, je nach den Umständen und den Ernteaussichten. Für beide Teile war eine solche *pactio* wünschenswert, einmal um von den Plackereien befreit zu sein, welche für sie durch die Kontrolle und etwaige Defraudeversuche herbeigeführt wurden, sodann damit jeder bestimmt wisse, was er zu fordern, was zu leisten habe. Durch die *locatio* wird dem Vektigalienpächter vom Staat das Recht übertragen, die während der Pachtzeit fällig werdenden *vectigalia* einzuziehen oder die betreffenden Ländereien gegen ein *vectigal* auszuthun. Im letztern Fall entsteht das Recht auf das von ihm erst mit dem einzelnen Nutzer verabredete *vectigal* erst in seiner Person. Im erstern Fall bedarf es nicht erst einer besondern *attributio:* die Steuerpflichtigen brauchen nicht

[1] Cic. Verr. 3, 21, 53. 3, 43, 102. 3, 47, 112.

erst angewiesen zu werden, ihm zu zahlen. Auf irgend eine Weise werden sie in Kenntnis gesetzt sein, welcher Publikane ihr Gläubiger geworden sei, aber für den Übergang des Rechts auf den Publikanen bezw. die Geltendmachung desselben wird nirgends eine besondere *attributio* verlangt. Keinem Zweifel kann es auch unterliegen, daß das Recht auf die einzelnen jährlich fällig werdenden Vektigalien völlig auf den *conductor* überging, die Vektigalpflichtigen wurden direkt, *ipso iure,* seine Schuldner. Der Grund davon liegt darin, daß der Magistrat als Vertreter des *populus,* also mit gesetzgleicher Kraft, die Übertragung vorgenommen hat. Wie bei dem *praedae* oder *bonorum sectionem vendere* quiritisches Eigentum auf den *sector* übergeht, so ist die Wirkung der *locatio* oder *venditio vectigalium* eine volle und direkte. Privatrechtliche Begriffe, wie den der Cession, zum Vergleich herbeizuziehen, ist schief. Keineswegs ist damit gesagt, daß der *publicanus* dem Steuerpflichtigen gegenüber dieselbe Stellung erhalte, wie der *populus.* Der *populus* könnte sich der besonderen Mittel, welche ihm zur Geltendmachung seiner Forderungen gegen Private zustehen, nicht entäußern: der *publicanus* ist immer ein Privatmann, kein Magistrat. Besondere Zwangsmittel sind aber allerdings dem *conductor vectigalium* durch die *lex censoria* zugestanden, vor allem ein Pfändungsrecht. Doch ist diese Einräumung des Pfändungsrechts nicht als eine Überlassung des der Disziplinargewalt der Obrigkeit zu Gebote stehenden Koercitionsmittels der *pignoris captio* anzusehen. Diese hat den Charakter einer Disziplinarstrafe, deren Verhängung von der obrigkeitlichen Gewalt nicht losgelöst und einem Privaten übertragen werden kann. Das Pfändungsrecht der Publikanen dagegen ist, wie das anderer Privatleute, ein ohne Angehung des Magistrats durchzuführendes Rechtsverfolgungsmittel. Nicht überall ist den Publikanen dieses Pfändungsrecht belassen worden. Gaius berichtet zunächst (4, 29), daß *lege censoria* den Pächtern der *vectigalia publica populi Romani* die *pignoris capio* gegen die Vektigalschuldner gegeben sei. Später ist diese *legis actio per pignoris capionem* jedenfalls in Anwendung auf diesen Fall, sei es durch die *lex Aebutia,* sei es erst durch die *leges Iuliae* abgeschafft worden; an die Stelle derselben trat eine *formula* mit der *fictio, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is, a quo captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemnetur.* Wahrscheinlich ist diese Änderung bereits durch die *lex Aebutia* erfolgt, denn das Ackergesetz weiß, wie es scheint, von einem Pfändungsrecht der Publikanen wegen ihrer Steuerforderungen in Italien nichts mehr. Immer aber sorgte auch sie noch für eine rasche und wirksame Justiz in den Prozessen der Publikanen mit den Steuerschuldnern; sie ordnete Niedersetzung von Rekuperatorengerichten an, wie sie auch sonst für Prozesse öffentlichrechtlicher Natur vorkamen. Ob dieses Verfahren der *lex agraria* eigentümlich war oder mit der von Gaius erwähnten *actio ficticia* zusammenfiel, ist nicht zu erkennen. Wenn auch die *legis actio per pignoris capionem* beseitigt war, so wird doch ein Pfändungsrecht der Publikanen später noch erwähnt. Die Bergwerksordnung von Vipasca zeigt uns, daß noch gegen das Ende des ersten Jahrhunderts n. Chr. dem *conductor vectigalium* in einer Provinz das Pfändungsrecht zugestanden wurde, und es liegt keine Veranlassung vor, darin etwas jener *lex metalli* Eigentümliches zu sehen. Aus der Äußerung Ciceros Verr. III, 11, 23: *Cum omnibus in aliis vectigalibus Asiae, Macedoniae, Hispaniae, Galliae, Africae, Sardiniae, ipsius Italiae, quae vectigalia sunt, cum in his, inquam, rebus omnibus publicanus petitor aut pignerator, non ereptor atque possessor soleat esse tu etc.* geht unstreitig hervor, daß zu Ciceros

Zeit noch in einzelnen Provinzen dem *publicanus* ein Pfändungsrecht zustand.[1] Zu prüfen ist, wie sich das mit der Aufhebung der *legis actio per pignoris capionem* reimt. Als *legis actio* war dieselbe nur unter römischen Bürgern, nicht zwischen Peregrinen bezw. zwischen römischen Bürgern und Peregrinen zulässig. Vielleicht war sie sogar als *legis actio* auf Provinzialboden überhaupt nicht zulässig; doch würde das in diesem Zusammenhange zu untersuchen zu weit abführen. Schon aus jenem ersten Grunde war sie für die Publikanen in der Provinz im allgemeinen unbrauchbar, da die meisten Vektigalschuldner Peregrinen gewesen sein werden. Das dem Publikanen in den Provinzen gegen die Vektigalschuldner zustehende Pfändungsrecht war nie die *legis actio per pignoris capionem* gewesen und wurde daher auch durch deren Aufhebung nicht betroffen. Bestätigt wird dies durch das, was Justinians Digesten uns über die prätorischen Publikanenedikte erhalten haben, sowie es andererseits zur Aufklärung der dieselben betreffenden Fragen dient. Obwohl es also an sich über den Bereich des *ius civile*, mit dessen Betrachtung wir hier beschäftigt sind, hinausreicht, scheint es zweckmäßig, doch darauf schon hier einzugehen. Cohn[2] hat richtig erkannt, daß es zwei Edikte über rechtswidrige Handlungen, Entwendungen, Beschädigungen der Publikanen und ihrer Gehilfen gab, daß aber in der in Justinians Digesten erhaltenen Fassung irgend welche Verschmelzung derselben stattgefunden hat. Soweit kann ihm zugestimmt werden. Im übrigen weicht die im folgenden gegebene Darstellung von der Cohns wesentlich ab. Es ist davon auszugehen, daß Gaius von den auf die Publikanen bezüglichen Ediktsbestimmungen einmal *ad edictum praetoris urbani titulo de publicanis* (l. 5 D. de publicanis 39, 4), sodann im Kommentar zum *edictum provinciale* (l. 2 und l. 13 D. eod. tit.) gehandelt hat. Dies enthält den bedeutsamen Fingerzeig für uns, daß das Edikt des *praetor urbanus* noch besondere, in das *edictum provinciale* nicht aufgenommene Bestimmungen über Vergehungen der Publikanen enthielt, zumal auch sonst Gaius in besonderen Büchern dem *edictum urbanum* eigentümliche Materien behandelt hat. Das in l. 1 pr. D. de publicanis 39, 4 mitgeteilte Edikt ist nun in dem ersten Passus: *Quod publicanus eius publici nomine vi ademerit quodve familia publicanorum, si id restitutum non erit, in duplum aut, si post annum agetur, in simplum iudicium dabo* ein dem *edictum urbanum* eigentümliches, wie denn auch Gaius in der aus seinem Traktat *ad edictum praetoris urbani titulo de publicanis* entlehnten l. 5 h. t. gerade jenen Passus erörtert. Erst des Cuiacius Konjektur, welcher statt *eius publicani nomine* den Basiliken (*ὀνόματι τοῦ τέλους*) entsprechend *eius publici nomine* setzt, macht das richtige Verständnis dieser Ediktsbestimmung möglich. Sie wollte den nach Aufhebung der *legis actio per pignoris capionem* widerrechtlichen Pfändungen entgegentreten.[3] Auch nach Aufhebung jener scheinen die Publikanen mit Pfändungen zur Geltendmachung ihrer Forderungen von Vektigalien nicht nach-

[1] Auf die Eigentümlichkeit des Verfahrens, welches in Sicilien auf Grund der sogenannten *lex Hieronica* stattfand, einzugehen, ist hier nicht der Ort. Die den Publikanen zu Gebote stehende Pfändung war hier eine obrigkeitliche, die durch den *magistratus Siculus*. Für Italien beweist die Ciceronische Stelle nicht die Fortdauer eines Pfändungsrechts, denn die beste Handschrift liest: *petitor aut pignerator*, nicht *ac pignerator*. Für Italien kann nur das Wort *petitor* gelten.

[2] Zum röm. Vereinsrecht. Anhang: Über d. Publikanenedikt S. 186 ff.

[3] Die Worte *vi adimere* passen auf solche eigenmächtige Pfändungen sehr gut. *Vis* bedeutet hier die durch das Recht nicht gestattete Eigenmacht, *adimere* einfach: entziehen, wegnehmen. A. A. Degenkolb, Die *lex Hieronica* S. 112 f.

gelassen zu haben: die Macht der Gewohnheit erwies sich als zu groß. Dem entgegenzutreten war unser Edikt bestimmt. Wenn das, was ein Publikane *eius publici nomine*, d. h. Namens des betreffenden *vectigal* (*publicum* für *vectigal publicum* steht häufig) gewaltsam weggenommen hat, nicht wieder herausgegeben wird, so soll u. s. w. Für die Provinzen, in welchen immer noch ein Pfändungsrecht der Publikanen bestand, paßte dieses Edikt nicht. Aber es gab noch ein anderes, nicht im 55. Buch des Ulpianischen Ediktskommentars, sondern im 38. desselben mitgeteiltes und besprochenes. Es soll nach l. 12 § 1 D. de publicanis 39, 4 gelautet haben: *Quod familia publicanorum furtum fecisse dicetur, item si damnum iniuria fecerit et id ad quos ea res pertinet non exhibetur, in dominum sine noxae deditione iudicium dabo.* Dieses auf die *furta* der *familia publicanorum*, und zwar allgemein, nicht etwa gerade auf die bei Ausübung des gepachteten Vektigalrechts verübten, bezügliche Bestimmung fand sich nicht bloß im städtischen Edikt, sondern auch im *edictum provinciale*, wie namentlich l. 13 D. eod. tit. zeigt. Zu Justinians Zeit war dieser Unterschied zwischen Italien und den Provinzen, der Unterschied auch zwischen *edictum urbanum* und *edictum provinciale* antiquiert; es ist daher begreiflich, daß die Kompilatoren, wenn sie auch eine Bestimmung gegen Eigenmächtigkeiten, Entwendungen, Beschädigungen von Steuerpächtern und ihren Gehilfen in die Digesten aufnehmen wollten, doch den alten nicht mehr praktischen Unterschied zwischen jenen beiden Edikten zu verwischen suchten. Sie haben dies dadurch erreichen wollen, daß sie Bestimmungen des einen in das andere hineintrugen, sind aber dabei, wie so häufig, ungeschickt und nachlässig verfahren. Ehe eine Vermutung darüber zu äußern ist, wie Sätze des einen Edikts in das andere hineingeflickt sind, sollen jetzt verschiedene Punkte bezeichnet werden, in welchen sich beide Edikte bezw. die darauf sich gründenden *actiones* voneinander unterscheiden. Schon der Begriff *publicanus* ist in dem einen Fall weiter als im andern genommen. *Publicanus* im Sinne der Bestimmung des Edikts des *praetor urbanus* ist der, welcher vom *fiscus* (früher dem *populus*) den Genuß eines *vectigal publicum* oder ein *ultrotributum* gepachtet hat: nur diesem hatte die alte *legis actio per pignoris capionem* zugestanden, nur gegen dessen gewohnheitsmäßig fortgesetzte, nun aber eigenmächtige Pfändungen war einzuschreiten. Bezüglich des andern Edikts über die *furta* der *familia publicanorum* hatte man aber, wenigstens in den Provinzen, Veranlassung, den Ausdruck *publicanus* in einem weiteren Sinne zu nehmen: er soll nach Gaius (l. 13 § 1 D. h. t.) auch die umfassen, welche ein *vectigal* von einer Stadtgemeinde gepachtet hatten. Es ist ferner der Ausdruck *familia* in beiden Edikten in verschiedenem Sinne genommen. In dem Ediktum über die *furta* ist unter *familia* die *servilis familia* verstanden, wie nicht bloß von Ulpian im unmittelbaren Anschluß an die wörtliche Mitteilung dieses Edikts (l. 13 § 2 D. eod. tit.) ausgesprochen, sondern an anderer Stelle wiederholt ist (l. 195 § 3 D. de verb. s. 50, 16. *Ulp. libro quadrogesimo sexto ad edictum: Servitutium quoque solemus appellare familias, ut in edicto praetoris ostendimus sub titulo de furtis, ubi praetor loquitur de familia publicanorum*). Auch die unter dieser befindlichen *bona* oder *male fide* besessenen fremden Sklaven und die Freien, welche, wie Sklaven, besessen wurden, sind dazu gerechnet. Im Sinne des andern Edikts aber gehören zur *familia publicanorum* alle Personen, welche zu dem zur Ausübung dieses *vectigal* dienenden Personale der Publikanen gehören, auch freie Personen.[1] — Ein weiterer Unter-

[1] L. 1 § 5 D. de publicanis 39. 4.

schied betrifft die *actiones*. Die auf Grund des Edikts wegen *eius publici nomine vi adimere* aufgestellte ist eine *actio mixta*, pönal und reipersekutorisch, sie geht innerhalb eines Jahres aufs doppelte, nach Ablauf eines Jahres aufs *simplum*. Die Klage wegen der *furta* aber ist von vornherein nur auf Entschädigung gerichtet, und demgemäß heißt es in l. 12 § 4 D. eod. tit. von ihr: *Hanc actionem perpetuam dabimus et heredi ceterisque successoribus.* — Einen weitern Unterschied zwischen beiden Edikten werden wir nur darlegen können, indem wir zugleich auf die Frage eingehen, wie sie durch Justinians Arbeiter interpoliert sind. Wir können nicht zweifeln, daß das im 38. Buch des Ulpianischen Ediktskommentars mitgeteilte Edikt nur die *furta* der *familia publicanorum* betraf, nicht die *damna iniuria data*. Dafür spricht, daß Ulpian nach seinen eigenen Äußerungen davon handelte *sub titulo de furtis;* dafür, daß es sich anschloß an andere Ediktsbestimmungen *de furtis*, insbesondere unmittelbar an den Titel *„si familia furtum fecisse dicetur“;* dafür endlich, daß die Worte *item si damnum iniuria fecerit* so wenig zu der Fassung des übrigen Textes passen, daß sie dadurch als ein ungeschicktes Einschiebsel erscheinen. Einmal ist schon nach dem Eingange: *Quod — fecisse dicetur*, das sich daran schließende *item si — fecerit* nicht concinn. Sodann paßt das folgende: *et id (iis), ad quos ea res pertinet, non exhibetur* recht wohl zu dem vorhergehenden: *Quod familia — furtum fecisse dicetur*, nicht aber zu *si damnum iniuria fecerit*. Die Bestimmung ging dahin, daß eine Klage *in dominum* gegeben werden solle, wenn das, was die *familia* entwandt habe, nicht denen, welchen es gehörte, oder welche sonst ein Interesse daran hätten (*ad quos ea res pertinet*),[1] herausgegeben werde. Daß aber das, was zerschlagen, vernichtet u. s. w. ist, exhibiert werden solle, giebt keinen Sinn. — Umgekehrt scheint in den zweiten Passus des Edikts: *Quod publicanus eius publici nomine* das *furtum* erst durch die Kompilatoren hineingebracht zu sein. Es paßt dahin nicht recht, denn es hat wohl Sinn, daß der Publikane und sein Personal in Geltendmachung des Vektigalrechts eigenmächtig Sachen wegnehmen und dabei auch Beschädigungen anrichten, keinen Sinn aber, in Geltendmachung dieses Rechts *furta* zu verüben. Weiter aber erweist sich das *furtum* als dadurch diesem Edikt fremd und erst später eingeschoben,[2] daß es die Worte *„si id ad quos ea res pertinebit non exhibebitur“* nach sich gezogen hat, welche, wie schon bemerkt wurde, zum *damnum iniuria factum* nicht passen und erweislich hier in dem ursprünglichen Edikt nicht gestanden haben, welches vielmehr nach l. 1 § 6 D. h. t. hier die Worte hatte: *si hi non exhibebuntur*. Ich vermute daher, daß dieses Edikt nicht als ursprünglichen Bestandteil, sondern vielleicht als späteren Zusatz eine Bestimmung über das *damnum iniuria factum* hatte, so daß dann die Bestimmung den Schluß machte, wonach, wenn die aus der *familia*, welche die That begangen haben, nicht exhibiert werden, die *actio in dominos sine noxae deditione* gegeben werden soll. Auch nach dem Edikt über die *furta* soll die Klage eventuell *sine noxae deditione* gegeben werden, aber *in dominum*. Auch hier zeigt sich wieder ein Unterschied zwischen beiden Edikten. Nicht ohne Grund ist in dem ersten Edikt, wenngleich nur der *publicanus* genannt ist, doch gesagt: *quodve familia publi-*

[1] Vgl. l. 28 (27) pr. §§ 1 seq. D. ad leg. Jul. de adulteriis 48, 5. L. 9 pr. § 3 D. de reb. auct. jud. p. 42, 5 u. a. St.

[2] Gegen die Einschiebung des *furtum* spricht nicht, daß auch im Kommentar mehrmals auf das *furtum* Bezug genommen ist: die Interpolation des Edikts zog folgerecht die Interpolation des Kommentars nach sich.

canorum. Wenn nämlich die zum Dienst des betreffenden *vectigal* gehörenden Personen, deren Exhibition der Kläger verlangt, exhibiert werden, so wird die Klage als *noxalis* gegen den Eigentümer des betreffenden Sklaven oder, wenn es ein Freier ist, gegen ihn selbst gegeben. Werden aber die vom Kläger bezeichneten Sklaven oder auch die ganze *familia,* falls der Kläger deren Exhibition verlangt, nicht exhibiert, so findet die Klage *in dominos,* d. h. gegen sämtliche *socii* des betreffenden *vectigal,* um dessen Personal es sich handelt, *sine noxae deditione* statt, einerlei, ob sie Eigentümer sind oder nicht; einerlei auch, ob sie zur Exhibition imstande sind oder nicht. Auch nach dem Edikt über die *furta* findet, wenn die Exhibition der Schuldigen erfolgt, nur *actio noxalis* statt. Wenn aber der Schuldige nicht exhibiert wird, so findet nur *in dominum,* d. h. gegen den Eigentümer desselben, *actio sine noxae deditione* statt. Und auch darin ist diese *actio* milder, als die aus dem ersten Edikt, daß, wenn der schuldige Sklave gestorben ist, der Herr von der Haftung frei ist. Diese Klage wegen der *furta* ist also nur eine Verschärfung der *actio noxalis* durch Entziehung des Rechts der *noxae deditio;* die erste aber ist mehr, sie läßt die *socii vectigalis* haften für die bei Geltendmachung des betreffenden *vectigal* durch das dazu dienende Personal begangenen eigenmächtigen Wegnahmen und Beschädigungen, einerlei ob die schuldigen Personen exhibiert werden können oder nicht, ob sie Freie sind oder Sklaven, ob Sklaven dieses *socius* oder jenes. — Welches Edikt das ältere ist, läßt sich nicht sagen. Beide gehen sie wohl schon in republikanische Zeit zurück. Das über das *vi adimere* ist schon von Labeo[1] kommentiert worden.

Kehren wir jetzt zu den den Steuerpächtern zur Geltendmachung ihrer Rechte zugestandenen Zwangsmitteln zurück, so war ihre Lage, auch wenn sie auf ein bloßes *iudicium recuperatorium* zur Geltendmachung ihrer Forderungen beschränkt waren, doch wohl in anderer Weise begünstigt. Nach französischen Ordonnanzen des 17. Jahrhunderts hatten die Protokolle der Steuerpächter und ihrer Angestellten unter bestimmten Voraussetzungen formelle Beweiskraft. Es fragt sich, ob etwas Derartiges auch in Bezug auf die *scripturae* der Publikanen, die ja nicht selten erwähnt werden, zu sagen ist? Völlige Klarheit ist darüber nicht zu erlangen, so daß man mit Bestimmtheit bejahen oder verneinen könnte. Daß die von den Publikanen bezw. deren Dienern geführten Bücher und Urkunden eine große Rolle spielten, ist sicher. Wer Vieh auf die Weiden, deren Vektigalien der Publikane gepachtet hat, auftreiben will, hat die Art und Zahl des Viehs bei dem Publikanen anzumelden,[2] welches dann in den Büchern des *publicanus* verzeichnet wird, *publicanus scribendo conficit rationem cum pastore.*[3] Das *inscriptum pecus,* welches auf die Weide getrieben wird, verfällt dem Publikanen. Und von den *decumani* sagt Cicero in Verr. III, 47, 112: *ea est enim ratio decumanorum, ut sine plurimis litteris confici non possit. Singula enim nomina aratorum et cum singulis pactiones decumanorum litteris persequi et conficere necesse est. Iugera professi sunt aratores omnes* u. s. w. Fragen kann man, ob diese schriftliche Verzeichnung der mit den Vektigalpflichtigen getroffenen Abmachungen zur Form des Geschäfts gehörte oder nur zum Beweise diente. Der Name *scriptura*[4] für das Weidegeld könnte dafür angeführt werden, daß der Anspruch des Publikanen gegen den, welcher Vieh bei ihm angemeldet hatte, geradezu auf die *litterae* gestützt wurde. Aber wenn auch der Anspruch aus der formlosen *pactio* hergeleitet wurde, so wird doch die schriftliche

[1] L. 4 pr. D. de public. 39, 4. [2] Varro de r. r. 2, 1. [3] Fest. p. 333a.
[4] Cic. pro l. Manilia 6, 15. Plaut. Truc. 1, 2, 44. Cic. ad Att. 5, 15.

Verzeichnung in den *tabulae* des Publikanus den Beweis dafür erbracht haben, denn wahrscheinlich wurde die Richtigkeit der Verzeichnung durch die eigene *subscriptio* des Vektigalpflichtigen anerkannt. Cicero erwähnt in Verbindung mit der *ingerum professio* die *subscriptio*. Daß das einseitige Protokoll des *publicanus* bezw. seines Personals öffentlichen Glauben gehabt habe, ist nicht zu erweisen. Cicero teilt ein Edikt des Verres mit, wonach *quantum decumanus edidisset aratorem sibi decumae dare oportere, ut tantum arator decumano dare cogeretur*.[1] Ciceros Kritik dieses Edikts ist jedenfalls nicht unbefangen. Er legt es so aus, als solle der *arator* dem *decumanus* so viel geben, *quantum poposcerit*. Das liegt aber nicht in dem *edere*. Man wird schwerlich fehlgehen, wenn man als den Sinn des Edikts bezeichnet, es solle der *arator* dem *decumanus* so viel geben, als dieser nach Ausweis seiner Bücher, seiner Rechnungen zu fordern habe. Der *decumanus* mußte also jedenfalls die mit dem *arator* getroffenen schriftlichen Abmachungen, bezw. wenn es zu solchen nicht gekommen war, dessen *professio* und *subscriptio* zur Begründung seiner Forderung vorlegen. Darin aber mag das Neue und auch von dem Verfahren in anderen Provinzen Abweichende dieses Edikts gelegen haben, daß der *publicanus* danach einfach seinen Anspruch in der Formel auf seine *editio* stützen konnte. Überall sonst mögen die in den *tabulae* des *publicanus* sich findenden Abmachungen, Professionen, Belege nur *in iudicio* zum Beweise benutzt sein. Soviel dürfte aber immerhin aus dem Edikt des Verres hervorgehen, daß die Bücher bezw. Urkunden des Publikanen über die Abmachungen mit den Vektigalschuldnern, die Professionen derselben u. dergl. wenigstens materiell eine besondere Beweiskraft hatten. Andererseits konnte der *publicanus* die erforderlichen Beweise für die bezeichneten Punkte vielleicht auch nur durch schriftliche Urkunden, nicht auf andere Weise, führen.

Ein mit dem Pfändungsrecht nicht zusammenfallendes Recht der Steuerpächter ist, daß ihnen bei den von den Vektigalpflichtigen versuchten Defrauden die betreffenden Objekte zu Eigentum verfallen (sogenanntes *commissum*). So verfällt nach der *lex censoria* das auf der Weide betroffene *inscriptum pecus* dem *publicanus scripturarius*,[2] ebenso das *frumentum remotum ac celatum* dem *decumanus*,[3] die dem Hafen- oder sonstigen Zoll entzogene Ware dem Pächter dieses Zolles.[4] Auch scheint der *publicanus* das Recht sofortiger Ansichnahme der ihm verfallenen Sache gehabt zu haben. Das *Fr. de iure Fisci* § 18 gewährt eine Bestätigung, daß solche Verwirkungen auf Bestimmungen der *lex censoria* beruhten.[5] Daraus erklärt sich auch, dass die *persecutio com-*

[1] Cic. in Verr. III, 10, 25 ff.

[2] Varro de r. r. 2, 1, 16. Das *lege censoria committant* spricht allerdings nicht die Verwirkung direkt aus. Vgl. Pernice, Parerga, Ztschr. d. Savignyst., 5. Bd., rom. Abt. S. 130. A. 5. Sprachlich kann es nichts anderes bedeuten, wie: nach der *l. censoria* fehlen, sündigen, wie *committere lege de sicariis*, nach der *l. de sicariis* fehlen.

[3] Cic. in Verr. III, 21, 54. [4] Quintil. declam. 359.

[5] Pernice a. a. O. S. 132 meint, die römischen Juristen kämen mit ihrer Auffassung der Verwirkung der der Steuer entzogenen Gegenstände als einer Strafe arg in Verlegenheit; denn die Erben des Schwärzers könnten offenbar aus seinem Vergehen voll belangt werden; die Juristen rechtfertigten dies aus der Natur der gewählten Strafe, die Klage stehe dem Fiskus auch gegen den dritten Erwerber zu. Allein es handelt sich hier nicht um den Übergang einer Strafverpflichtung auf die Erben des Thäters. Ulpian (l. 14 pr. D. de publ. 39, 4) begründet den Satz: *Commissa vectigalium nomine etiam ad heredem transmittuntur* dadurch, daß „*quod commissum est, statim desinit eius esse qui crimen contraxit dominiumque rei vectigali adquiritur*. Schon der Thäter selbst hat infolge seiner That das Eigentum der der Steuer entzogenen Sache verloren, der Erbe braucht sie nicht erst zu verlieren: wenn

missi binnen fünf Jahren verjährt. Diese Verjährungsfrist ist nachgebildet der Frist, für welche die einzelne *lex censoria* selbst Gültigkeit hatte. Auch nach der *Lex metalli Vipascensis* soll, wer das *ius vectigalis* des berechtigten Barbiers durch unbefugtes Rasieren anderer im Bergwerksbezirk verletzt, zur Strafe sein Rasierzeug an jenen verlieren.[1] Nach dieser Bergwerksordnung wird, wenn der *conductor* des betreffenden *vectigal* nicht pünktlich vom Schuldner befriedigt wird, der Betrag der Schuld in manchen Fällen aufs Doppelte gesteigert. Derartige Bestimmungen werden auch in republikanischer Zeit in den *leges censoriae* nicht selten getroffen sein.

In neuester Zeit ist eine Meinungsverschiedenheit darüber entstanden, ob die *leges censoriae* wahre Verträge oder amtliche, obrigkeitliche Verordnungen seien, ob sie also nur subjektive Berechtigungen und Verbindlichkeiten beider kontrahierenden Teile begründeten oder objektive Rechtssätze schafften. Meines Erachtens liegt die Wahrheit in der Mitte zwischen diesen beiden Auffassungen. Die *locationes censoriae* bezw. die ihnen beigefügten *leges censoriae* sind gewiß im allgemeinen Verträge, aber Verträge, deren eine Partei der vom *populus* bevollmächtigte und ihn unmittelbar repräsentierende Beamte, also der *populus* selbst ist, welcher auch da, wo er als Vermögenssubjekt im Verkehr mit Privaten auftritt, sich seiner von der der Privaten abweichenden Stellung nicht entäußern kann und nicht entäußern will. Diese abweichende Stellung des *populus* zeigt sich darin, daß die bevollmächtigten Beamten in jenen *leges* Bestimmungen treffen können, wie sie in Privatverträgen gar nicht enthalten sein können, welche auch für dritte, an dem Vertrag nicht beteiligte Personen Rechte und Verbindlichkeiten begründen, ja Bestimmungen, die ihre Kraft nur aus der einseitigen Festsetzung des *populus* herleiten, weil sie ihrer Natur nach nicht Gegenstand einer den *populus* rechtlich bindenden Vereinbarung mit einem Privaten sein können. Daß für Dritte geltende Bestimmungen darin enthalten sein konnten, zeigen zunächst die Lokationen, nach denen es dem *publicanus* erlaubt ist, Parzellen des betreffenden Gebiets für das in Frage stehende *lustrum* erst gegen ein *vectigal* zu verpachten. Die Höhe des *vectigal*, über welche er nicht hinausgehen durfte, war ihm ohne Frage in der *lex censoria* vorgeschrieben, und die Pächter konnten sich ohne Zweifel darauf berufen.[2] In einer *lex* für Verpachtung von Schleifsteingruben der Insel Creta fand sich die Bestimmung (l. 15 D. de public. 39, 4): *ne quis praeter redemptorem post idus Martias cotem ex insula Creta fodito neve eximito neque avellito.* Dadurch wird nicht etwa nur mittelbar, sondern unmittelbar eine Verpflichtung dritter Personen zur Unterlassung derartiger Handlungen begründet, und in Bezug auf eine in Frage stehende Kontravention wird denn auch gefragt: *num contra legem — — exisse videretur,* und entschieden: — *non videri contra legem fecisse,* wie denn auch unmittelbar durch die *lex locationis* hier, ebenso wie in ähnlichen Fällen durch die *lex metalli Vipascensis,* nachteilige Folgen für die Kontravenienten festgesetzt sein werden. Sehr belehrend ist jetzt das *Sc. de Oropiis* vom Jahre 681. Danach

---

der *fiscus* die Sache dem Erben gegenüber vindiziert, so macht er nicht etwa erst einen Strafanspruch gegen ihn geltend, sondern verfolgt sein Eigentum gegen ihn, wie gegen einen beliebigen dritten Besitzer.

[1] Der Strafcharakter der ganzen Bestimmung leuchtet meines Erachtens genügend daraus hervor, daß für jeden einzelnen Barbierfall den unbefugten Konkurrenten eine Geldbuße treffen sollte.

[2] Auf derartige *locationes* ist zu beziehen Cic. in Verr. 5, 21, 53.

beriefen sich bei der Verhandlung über den Streit zwischen den Vertretern des Gottes Amphiaraus und den Steuerpächtern die Wortführer beider Parteien auf die *lex locationis*, und in dem Urteil wurde erkannt: *περὶ χώρας Ὡρωπίας — — — κατὰ τὸν τῆς μισθώσεως νόμον αὕτη ὑπεξειρημένη ἐστὶν, ἵνα μὴ ὁ δημοσιώνης αὐτὴν καρπίζηται.* Wenn diese Befreiung auch durch den Spruch des Imperator Sulla und dessen Bestätigung durch den Senat erfolgt war, so sieht man doch, daß auf Grund dieser Akte die Befreiung ausdrücklich in die *lex locationis* aufgenommen wurde und in dem konkreten Rechtsstreit zwischen diesen Publikanen und den Vertetern des Amphiaraus in erster Linie auf diese gegründet wird. Als eine müßige Wiederholung, welcher gar keine rechtsetzende Kraft zukomme, kann man das nicht ansehen. Wie die Oropier sich den Publikanen gegenüber auf jene *lex censoria* berufen konnten, so werden auch die vom Hafenzoll befreiten Personen gegenüber den den Zoll von ihnen heischenden Publikanen auf jene *lex censoria portus Siciliae:*[1] *servos, quos domum quis ducet suo usu, pro is portorium ne dato* ihre Befreiung haben stützen können. Selbst eine Befreiung von der Leistung einer allgemeinen Bürgerpflicht für eine gewisse Zeit konnte in der *lex locationis* gewährt werden. Als im Jahre 215 v. Chr. der Staat in Geldnot war und die Summen für die zu verdingenden Lieferungen für das spanische Heer nicht sofort zu zahlen imstande war, ermahnte der Prätor, welcher die Verdingung vornehmen sollte, in einer *contio*, es möchten sich solche finden, welche die nötigen Lieferungen *ea lege* übernähmen, *ut, quum pecunia in aerario esset, iis primis solveretur.* An dem für die Verdingung angesetzten Tage fanden sich drei Publikanengesellschaften von 21 Teilnehmern zum Dingen ein. Sie stellten zwei Forderungen, deren eine die ist: *ut militia vacarent, dum in eo publico essent,* und erhielten dieselbe zugestanden.[2] Also auch die Befreiung der Lieferanten von der Militärpflicht für die Dauer der Lieferungen wurde in die *lex locationis* aufgenommen; diese ist der Grund, auf welchen sie sich stützt, wenn auch natürlich der verdingende Magistrat Vollmacht zu der Aufnahme solcher Bestimmung haben mußte. Es ist wohl klar, daß solche Befreiung von einer staatsrechtlichen Pflicht sich nicht auf Vertrag mit einem Privaten, sondern lediglich auf die einseitige Festsetzung des in Vertretung des *populus* handelnden Beamten stützt.

Wir würden die dem Publikanen durch die *locatio censoria* bezw. die *lex censoria* eingeräumte Stellung nicht genügend charakterisiert haben, wenn wir nicht noch auf folgendes hinwiesen. Faßt man nur sein Verhältnis zu den einzelnen Vektigalschuldnern, in deren Person das *vectigal* fällig geworden ist, ins Auge, so wird man sich dabei beruhigen, sein Recht als ein Forderungsrecht irgend welcher Art zu bezeichnen, mag man dieses nun je nach der Verschiedenheit der Auffassung des einzelnen Forschers als eine publizistische oder als eine von anderen privatrechtlichen Obligationen sich nicht unterscheidende Obligation oder wie immer sonst charakterisieren. Allein das *ius vectigalis* des *conductor vectigalium* ist in der That gegen das Grundstück gerichtet. Nach l. 7 D. de public. 39, 4 haben die Kaiser Antoninus und Verus ausdrücklich reskribiert, *in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri,* und daß daher die jetzigen Besitzer auch das unter ihren Vorbesitzern fällig gewordene, noch nicht entrichtete *vectigal* zu zahlen verbunden seien. Die Vektigalschuld haftet, wie schon andere gesagt haben, gleich einer Reallast auf dem Boden. Dieser Satz dürfte nicht erst in der

[1] L. 203 D. de v. s. 50, 16. [2] Liv. 23, 49.

Kaiserzeit aufgekommen sein. Er folgt daraus, daß das *ius vectigalis* auch dinglicher Natur ist. Dieser dingliche Charakter desselben tritt auch hervor in dem dem Publikanen zu Gebote stehenden *interdictum de loco publico fruendo.* Immer wieder freilich wird behauptet, dieses Interdikt komme nur dem Pächter des Grundstückes selbst,[1] nicht dem der Nutzungsabgaben zu. Ehe ich auf den Haupteinwand, welcher gegen die Anwendung des Interdikts auf die Pächter der Nutzungsabgaben gemacht wird, eingehe, will ich darauf hinweisen, daß, wenn es noch eines Beweises bedurft hätte, daß *agro (publico) frui* auch „den Genuß der Grundzinsen haben" bedeuten kann, dieser durch das *Sc. de Oropiis* erbracht ist. In dem in dem Streit zwischen den Oropiern und den Publikanen gefällten Urteil heißt es, der betreffende Acker sei nach der *lex locationis* ausgenommen, *ἵνα μὴ ὁ δημοσιώνης αὐτὴν καρπίζηται (ut ne publicanus eo fruatur,* d. h. aber, wie an anderer Sselle gesagt wird: *ὅπως ὑπὲρ τούτων τῶν χωρῶν πρόσοδον τῷ δημοσιώνῃ μὴ τελῶσιν (ut pro iis agris reditum publicano ne pendant).* Der prohibitorische Charakter des Interdikts soll dasselbe für die Vektigalienpächter unbrauchbar machen. Gegenüber dem *frui* der Publikanen sei eine *vis* nicht möglich. Wir wissen, daß durch eine ständige Bestimmung der *lex censoria* der *conductor vectigalium* gegen die Gefahr geschützt war, *si qui frui publico non potuit per hostem.* Wenn nun ein Publikane durch den Feind am *frui* gehindert werden kann, warum sollte er nicht durch andere Gewaltthätigkeiten daran gehindert werden? Wenn die *aratores* selbst durch irgend welche Gewaltthätigkeiten Dritter am Bestellen ihrer Äcker gehindert wurden, wenn dadurch der Ertrag der Felder vermindert oder ganz vereitelt wurde, so litt darunter folgeweise der Publikane, welchem ein Teil des Ertrags abgegeben werden sollte. Gegen diese Gefahr schützte ihn die *lex censoria* nicht. Dagegen muß das *interdictum de loco publico fruendo* helfen. In jenen Handlungen liegt nicht bloß eine Hinderung des *arator* am *frui,* sondern notwendig zugleich eine Hinderung des *conductor, quo minus loco publico e lege locationis frui liceat.* Weiter fallen dann aber auch alle Störungen, welche den *publicanus* und sein Personal an den für die Ausübung des *frui* notwendigen und gestatteten Handlungen auf dem Grundstück, an dem Betreten desselben u. s. w. hindern, unter das Interdikt. Das Interdikt hat einen quasipossessorischen Charakter, es ist eines derer, welche nur in Bezug auf Ausübung von Rechten dinglichen Charakters vorkommen.

Was der *conductor vectigalis* dem *populus* seinerseits schuldet, trägt den Charakter eines Pachtzinses. Wir sehen jetzt aus den erhaltenen pompejanischen Gemeindequittungen, daß die Zahlungen aus den auf ein Lustrum abgeschlossenen Vektigalverpachtungen pro Jahr, und zwar immer nach Ablauf des einzelnen Vektigaljahres, fällig wurden. Es hat kein Bedenken, dies auf die Verpachtung der *vectigalia publica populi Romani* zu übertragen. Auch bei diesen wird die Zahlung pro Vektigalienjahr versprochen sein und also die Rate für das verflossene Vektigaljahr am 15. März fällig geworden sein.

Noch eines eigentümlichen *vectigal* ist hier Erwähnung zu thun, worauf neuerlich die pompejanischen Wachstafeln die Aufmerksamkeit gelenkt haben: das *avitum et patritum.* Sicher nachweisbar ist es in Bezug auf italische Munizipien, daß sie ein ihnen gehöriges Grundstück gegen einen festen, auf dem Grundstück ruhenden, von jedem Successor des ursprünglichen Pächters zu

[1] So jetzt auch von Ihering, Der Besitzwille S. 125 Anm.

entrichtenden Zins in Erbpacht geben konnten. Für dieses Verhältnis selbst ist gleichgültig, ob das betreffende Grundstück oder das Kapital, für welches es erworben ist, der Stadt zuvor von dem Erbpächter geschenkt war oder nicht. Das dem Grundstück auferlegte *vectigal* wird als *avitum* oder *patritum* bezeichnet. Meines Erachtens kam dieses Verhältnis aber nicht bloß bei Grundstücken der Munizipien und Kolonien, sondern auch bei Grundstücken des römischen Staates vor. Den Beweis dafür finde ich in den bis jetzt meines Erachtens nicht richtig verstandenen Resten der *lex agraria,* in denen des *patritum* Erwähnung geschieht. Um sie zu verstehen, muß man davon ausgehen, daß auch die Erhebung des *avitum* oder *patritum* an Publikanen verpachtet wurde. Dafür sprechen die pompejanischen Wachstafeln. Mit Huschke[1] muß man sich gegen Mommsens[2] Annahme erklären, daß der Bankier Jucundus den *fundus Rudianus* selbst zu Erbpacht besessen oder dem Erbpächter abgepachtet habe. Was dem Vertreter der Gemeinde Pompeji gezahlt wird, ist ja nicht das *avitum* des *fundus Rudianus,* sondern es wird gezahlt *ob avitum fundi Rudiani,* als Entgelt für das *avitum.* Dieses ist entsprechend den Ausdrücken *ob pasqua, ob vectigal publicum pasquorum* u. ä. zu verstehen. Wie diese nicht von den Zahlungen des Weidegelds selbst, sondern von den Zahlungen des Pächters der Erhebung der Weidegelder zu verstehen sind, so ist auch der Ausdruck *ob avitum fundi Rudiani* nicht auf die Zahlung des *avitum,* sondern die Zahlung des Pächters der Erhebung des *avitum* zu beziehen. In N. 125 ist allerdings *L. Caecilius Jucundus* nicht als Schuldner genannt, diese Quittung rührt aber schon vom 14. März 53 her, einer Zeit, in welcher Jucundus wahrscheinlich noch gar nicht Vektigalienpächter war (die übrigen Gemeindequittungen sind von späteren Daten). Daß er aber Besitzer dieser und vielleicht noch anderer Quittungen aus der Zeit des frühern Pächters war, mag sich aus geschäftlichen Beziehungen erklären, die wir nicht mehr ermitteln können. Vielleicht war Jucundus *socius* des frühern Pächters und *praes* für denselben, so daß er gegen etwaige Nachforderungen vermeintlicher Rückstände durch den Besitz der Quittungen gesichert war. — Daß die Erhebung des *avitum* auch an Publikanen verpachtet war, giebt meines Erachtens den Schlüssel zum Verständnis der Reste der *lex agraria* 28. Es scheint vorgekommen zu sein, daß solche in Erbpacht gegebene Grundstücke, deren *avitum* an Publikanen verdungen war, in den Grachischen Zeiten zu anderen Zwecken eingezogen wurden. Die Erbpächter wurden durch andere Äcker, welche in ein gleiches Verhältnis traten, entschädigt. Der an die Stelle des *patritum* tretende Zins wurde *pro patrito* genannt. Auch die Pächter der Erhebung des *patritum* sollten entschädigt werden: um wie viel sie die Erhebung des *patritum* gepachtet hatten, um ebensoviel sollten sie als Pächter des *pro patrito* gelten bezw. Sicherheit für das Pachtgeld durch *subsignare* geben.

Die andere große Kategorie von Geschäften, welche ständige oder vorübergehende Bevollmächtigte des *populus* mit Privatleuten abschlossen, war die Verdingung der *ultrotributa,* der Befriedigung irgend welcher Bedürfnisse des Staates. Das Geschäft war eine *locatio conductio operis;* nicht einzelne Arbeiten, sondern das durch die Thätigkeit des Übernehmers bezw. seiner Gehilfen herzustellende Resultat, die Befriedigung des betreffenden öffentlichen Bedürfnisses, war Inhalt der Leistung des Unternehmers. Der den Staat vertretende Beamte ist *locator,* der Unternehmer *conductor* oder *redemtor.* Mit geringen Ausnahmen sind alle öffent-

[1] Ztschr. f. vergleich. Rswissenschaft. I. S. 166 ff. [2] Hermes XII. S. 88—141.

lichen Bedürfnisse verdungen worden im Wege der Lizitation *sub hasta*. Der Zuschlag geschah an den Mindestfordernden, nur daß gewiß auch hier der den Staat repräsentierende Beamte nicht genötigt war, das Geschäft mit dem Mindestfordernden abzuschließen. Es konnte Grund vorhanden sein, den Zuschlag einem eine etwas höhere Vergeltung Fordernden zu erteilen, vor allem der, daß dieser bessere Garantieen für gute Befriedigung des betreffenden Bedürfnisses zu bieten schien, als der weniger Fordernde. Man sollte denken, daß im allgemeinen die Verpachtung der *vectigalia* der der *ultrotributa* vorangegangen sei, denn aus dem Ertrage jener waren die Summen für diese zu bewilligen, und nach der Höhe der Einnahme aus den Vektigalienverpachtungen mußte sich die Höhe der den Censoren für die *ultrotributa* zu bewilligende Summe richten. Gewisse Verträge jedenfalls konnten die Censoren nicht abschließen, bevor sie nicht wußten, wie viel Gelder ihnen zur Disposition standen. Auch bei der Verdingung der *ultrotributa* wurde ohne Zweifel ein bestimmter *ordo* beobachtet; nach der Rücksicht, daß die *res divinae* den *res humanae* vorgehen und Jupiter der höchste Gott ist, wird daher das Anstreichen der kapitolinischen Jupiterstatue und die Fütterung der heiligen Gänse auf dem Kapitol zuerst verdungen. Wie weit dieses Verdingungssystem ging, zeigt, daß sogar der Dienst, bei Volksversammlungen das *classicum* genannte Signal zu geben, nach Varro de l. l. 6, 92 verdungen wurde. Eine wichtige Rolle spielte dann die Versorgung der Heere mit Getreide, mit Kleidungsstücken verschiedener Art, mit Pferden; eine sehr große auch die öffentlichen Bauten, bei welchen wieder die Instandhaltung schon bestehender öffentlicher Gebäude und die Neubauten zu unterscheiden sind. Auch die Reinigung öffentlicher Flüsse zum Zweck der Freihaltung ungehinderter Schiffahrt, die Vermessung und Limitierung von auszuteilenden Landgebieten bildeten einen Gegenstand der Verdingung. Auch Getreideaufkäufe zur Versehung Roms mit Getreide wurde wohl *mancipes* überlassen. Daß solche Getreidelieferungen für den Staat durch *mancipes* vermittelt wurden, ersehen wir aus Cic. in Verr. III, 76, 175 f. So trage ich denn auch kein Bedenken, unter dem einige male in Inschriften erwähnten *frumentum mancipale* das durch Publikanen, *mancipes,* aufzukaufende bezw. aufgekaufte, dem Staat zu liefernde Getreide zu verstehen.[1] Der in diesen Inschriften erwähnte *promagister* und der *dispensator frumenti mancipalis* sind Beamte der Publikanengesellschaft, welche in der betreffenden Provinz die Getreideaufkäufe übernommen hatte. — Die näheren Modalitäten der Geschäfte wurden auch hier in der *lex censoria* festgesetzt. Wie im einzelnen das den Gegenstand der *locatio* bildende *opus* herzustellen sei, wurde hier genauer angegeben, so in der bei der Lokation der *tutela singularum aquarum* auferlegten *lex,*[2] in der *lex agris limitandis metiundis,*[3] in den *leges* für Reparatur von Bauten, sowie für Neubauten.[4] Es kommt vor, daß bei *opera,* welche im Interesse der öffentlichen Sicherheit notwendig sind, der Prätor die Innehaltung der durch die *lex locationis* dem *redemptor* auferlegten Einzelverpflichtungen noch besonders zu sichern sucht dadurch, daß er im Unterlassungsfall ein Rechtsmittel gegen ihn verspricht: so in dem alten von Gellius mitgeteilten Edikt gegen die, welche die Reinigung öffentlicher Flüsse übernommen haben, wenn sie das durch die *lex locationis* ihnen Auferlegte unter-

[1] Vgl. Marquardt, Röm. Staatsverwaltung II S. 130. A. 4 gegen Hirschfeld, Philologus. 1869. S. 69.

[2] Frontinus de aquis 96. Gell. XI, 17, 1 ff.

[3] Schriften d. Feldmesser I, p. 211, 23—213, 5.

[4] Cic. in Verr. I, 55, 143 ff.

lassen haben. Es zeigt sich hier recht deutlich wieder, daß die in den *leges locationis* getroffenen Anordnungen als objektives Recht setzend angesehen wurden. Regelmäßig wird in der *lex* auch ein Termin festgesetzt sein, bis zu welchem das Werk vollendet sein müsse. So ist es geschehen in der von Verres bei der Relokation der Instandhaltung des Castortempels aufgestellten *lex,* so auch in der *lex parieti faciendo Puteolana.*[1] Ferner wird wohl regelmäßig durch eine besondere Vertragsklausel die Billigung des *opus* in das Ermessen eines Beamten gestellt sein.[2] Auch bei Verträgen unter Privaten kam nicht bloß die Verabredung vor, daß die in Frage stehenden Leistungen nach dem *arbitrium* eines Dritten, sondern auch die, daß sie nach dem *arbitrium* des Forderungsberechtigten, also bei der *locatio conductio operis* nach dem *arbitrium* des *locator* hergestellt werden müßten.[3] Darunter war im Zweifel ein *arbitrium boni viri* verstanden, ein unbilliges *arbitrium* unterlag daher der Korrektur durch den Richter. Bei den staatlichen Lokationen braucht der *lex locationis* gemäß die Leistung des Privaten nicht notwendig *arbitratu* des verdingenden Beamten zu geschehen, der *arbitratus* kann einem andern Beamten als dem verdingenden überlassen werden, demjenigen insbesondere, welchem gegenüber die Leistung bewerkstelligt werden soll. Nie aber kann hier der *arbitratus* einem andern überlassen werden, als einem das Volk vertretenden Beamten, dem möglicherweise ein Consilium von Senatsmitgliedern dabei zur Seite stehen muß.[4] Und eine Korrektur des *arbitratus* könnte höchstens auf Beschwerde des *conductor* durch eine höhere staatliche Instanz, den Senat oder das Volk, vermittelst einer Rescission jenes erfolgen. Ist keine besondere Klausel über den *arbitratus* in der *lex locationis* enthalten, so hat, sei es der verdingende Beamte selbst, sei es sein Rechtsnachfolger oder wen sonst der Senat als die Aufsichtsbehörde dazu bevollmächtigt, zu prüfen, ob die hergestellte Leistung der *lex locationis* entspricht. Das Nähere wird weiterhin bei der Erörterung der Verpflichtungen der *conductores* und ihrer Bürgen gegenüber dem Staat darzulegen sein. Was die vom Staat dem Unternehmor für das *opus* zugesagte Geldleistung betrifft, so könnte man aus Festus'[5] Erklärung des Wortes *redemptores (Redemptores proprie atque antiqua consuetudine dicebantur, qui, cum quid publice faciendum aut praebendum conduxerant effecerantque, tum demum pecunias accipiebant* u. s. w.) annehmen wollen, daß der Staat erst nach hergestellter Leistung des Unternehmers demselben Zahlung geleistet habe.. So hat sich aber nachweislich die Sache nicht verhalten. Das *praesenti pecunia locare,*[6] d. h. das Verdingen des *opus* mit der Beredung, daß der Staat sofort, vor hergestelltem Werk, Zahlung leiste, bildete die Regel.[7] Ja, man entschließt sich eher noch, das *aerarium sanctius* anzu-

[1] Bruns-Mommsen, Fontes juris R. a. p. 273.

[2] Vgl. z. B. die betreffende Bestimmung der *lex parieti faciendo* (Bruns-Mommsen p. 273).

[3] L. 24 D. locati 19, 2.

[4] Vgl. die A. 2 citierte Bestimmung der lex p. f. Puteolana. [5] p. 270.

[6] Liv. 27, 11, 13. 34, 6, 17.

[7] Mommsen, Staatsrecht II, 1[2] S. 442 gründet auf cap. 69 des Stadtrechts von Genetiva die Annahme, daß bei den ständigen Redemptionen von den betreffenden Beamten (Censoren oder Konsuln) immer nur die auf das laufende Jahr fallende Quote der *merces* angewiesen sei. Ganz sicher scheint es mir nicht, daß jene Stelle des Stadtrechts von solchen Quotenzahlungen spricht. Bezeichnet wird die von den jedesmaligen Duovirn anzuweisende Zahlung nicht als eine Quotenzahlung. Eine solche würde sie nur sein, wenn die den Gottesdienst betreffenden Leistungen gleich für mehrere Jahre, etwa ein *lustrum*, verpachtet wären: sie können ja aber immer nur auf ein Jahr verpachtet sein. Nach der Lex Mal. c. 63 werden, scheint es, die *vectigalia* und *ultrotributa* immer auf ein Jahr verpachtet.

greifen, ehe man sich entschließt, von dem *praesenti pecunia locare* abzugehen. Nur in Zeiten äußerster Bedrängnis des Ärars entschließt man sich wohl, eine spätere Zahlungszeit auszubedingen; dann werden aber auch wohl den Unternehmern anderweite Vergünstigungen bewilligt. Eher mag es vorgekommen sein, daß nach der *lex censoria* der Staat die Vergeltung nicht in einer Summe, sondern ratenweise zu zahlen hatte. So soll nach der *lex Puteolana* die Hälfte des Geldes nach der Sicherheitsleistung durch Subsignation von Grundstücken von seiten des *redemptor*, die andere Hälfte nach Herstellung und Billigung des *opus* gezahlt werden.[1] Namentlich das erstere: Zahlung der *merces* erst nach Leistung von Kaution *praedibus praediisque* mag häufiger vorgekommen sein.

Wie eine einzelne wichtige Klausel zuerst in die *leges locationis* aufgenommen und dann stehend wurde, läßt sich auch bei der Verpachtung der *ultrotributa* nachweisen. Als im Jahre 215 v. Chr. einige Publikanensozietäten sich bereit erklärten, die Lieferungen für das spanische Heer mit der Bedingung zu übernehmen, daß ihnen die *merces* erst gezahlt werde, wenn Geld im Ärar sei, setzten sie als eine besondere Vergünstigung auch die Aufnahme der Klausel durch, daß der Staat die durch feindliche Gewalt oder Unwetter den auf die Schiffe verladenen Lieferungsgegenständen etwa drohende Gefahr zu tragen haben solle (Liv. XXIII, 49). Diese Klausel muß dann aber auch in andere Kontrakte mit den *redemtores* übergegangen sein, denn im Jahre 212 v. Chr. wird eine Untersuchung gegen die einzelnen Publikanen eröffnet, welche die Bestimmung der *leges*, wonach *publicum periculum erat a vi tempestatis in iis, quae portarentur ad exercitus* zu allerlei Betrügereien benutzt hatten (Liv. XXV, 10).

Nicht bloß Käufe, Verkäufe, Lokationen wurden von seiten des *populus* mit Privaten abgeschlossen. Es kommt vor, daß dem Staat von Privaten Darlehne gegeben, daß Gelder von Privaten (Waisen und Witwen) in der Staatskasse deponiert werden, daß der Staat Privatleuten Darlehne giebt. Dabei möge angegeben werden, in welcher verschiedenen Weise Zahlungen des Staates an Private bewerkstelligt werden konnten. Die Zahlung kann unmittelbar aus dem Ärar bezw. an besonders dazu aufgestellten Tischen durch die Quästoren oder besonders dazu erwählte Beamte (*quinque* oder *tres viri mensarii*) geschehen.[2] Wahrscheinlich mußten bei den regelmäßigen Zahlungen aus dem Ärar bestimmte Formalitäten beobachtet werden: darunter spielen wahrscheinlich Anweisungen der betreffenden Beamten, Ausstellung von Urkunden und Buchungen eine Rolle. Darauf deutet Cicero einmal hin, wenn er in Beziehung auf solche der Regel entsprechende Zahlungen sagt, p. Fontejo 24: *immovero nummus nullus sine litteris multis commotus est.* Dem wird entgegengesetzt eine Zahlung, welche *extra ordinem*, d. h. ohne Beobachtung dieser Formalitäten, geschehen ist, wie deren auch in der *lex repetund.* Z. 69 Erwähnung geschieht. Die Zahlung kann aber auch mittelbar durch Anweisung an Private, insbesondere Publikanengesellschaften, welche Schuldner des Staates sind und der Attribution der Beamten gemäß die unmittelbare Zahlung zu leisten haben, bewerkstelligt werden.[3] Auch das kommt vor, daß der Staat den Privaten, der an ihn eine vertragsmäßige Forderung hat, durch Attribution eines Schuldners befriedigt. Dies ist ein der im privatrechtlichen Verkehr vorkommenden Delegation und Novation vergleichbarer Vorgang. Nur besteht der wesentliche Unterschied, daß hier die einseitige *attributio* von seiten des Staates die ganze beabsichtigte Wirkung hervor-

[1] Bruns-Mommsen, Fontes p. 273. [2] Vgl. z. B. Liv. 7, 21, 8.
[3] Vgl. Cic. in Verr. III, 70—71, § 165.

bringt: unmittelbar durch diese *attributio* wird das Volk von seiner Verpflichtung gegen seinen Gläubiger frei, und der, welcher als Schuldner angewiesen ist, tritt in diese Verpflichtung ein. Das anschaulichste Bild von dem Vorgang giebt die *Lex Iulia municipalis* in den Bestimmungen, welche sie für den Fall trifft, daß der einzelne Hauseigentümer seiner Pflicht, die Straße vor seinem Hause zu pflastern und imstande zu erhalten, nicht nachkommt.[1] Hier soll der Ädil die Pflasterung vor dem betreffenden Hause einem Dritten in Verding geben. Für die Lokationssumme wird der *populus* zunächst Gläubiger des säumigen Hauseigentümers, welcher auch als Schuldner für dieselbe in die *tabulae publicae* eingetragen wird, andererseits wird der Staat durch die *locatio* für jene Summe Schuldner des *redemtor*. Dann erfolgt die *attributio* des säumigen Schuldners an den *redemtor*, den Gläubiger des Staates. Was der säumige Hauseigentümer dem Staat schuldet, soll er nun dem *redemtor*, dem Gläubiger des Staates, zu geben schuldig sein. Die Bezeichnung der Leistung des *attributus* an den *cui adtributus erit* als ein *solvere* bezw. *satisfacere* beweist doch das Dasein einer Schuld des erstern gegenüber dem letztern, denn ein *solvere* bezw. *satisfacere* setzt eine Schuld voraus.

Nach Darlegung der verschiedenen vermögensrechtlichen Geschäfte, welche der *populus* durch seine Beamte mit Privaten abschloß, ist jetzt zu zeigen, in welcher Weise die daraus für den Staat entsprungenen Forderungen geltend gemacht bezw. wie ihm für die Realisierung derselben Sicherheit geleistet wurde. Der *populus* selbst, auch wenn er die Forderung des Privaten gegen ihn nicht sofort erfüllt, leistet keine besondere Sicherheit für deren Erfüllung: die *publica fides* ist die höchste Sicherheit, welche es geben kann; daß die Forderung gegen den *populus* geht, gewährt die beste Sicherheit für deren Realisierung. Umgekehrt gewährt der einzelne Private, welcher Schuldner des Staates wird, demselben durch sich keine genügende Sicherheit. Es ist das ganz begreiflich, denn bei den Multen, Verurteilungen, Verpachtungen der *vectigalia* und *ultrotributa* pflegte es sich um Summen zu handeln, für deren Zahlung im allgemeinen die Vermögen der einzelnen keine genügende Sicherheit bieten konnten. Dasselbe treibende Moment, welches die Entstehung der *societates publicanorum* zu Wege gebracht hat, hat auch die besondere Kaution für die Realisierung der Staatsforderungen gegen Private aufkommen lassen: das *cavere praedibus praediisque*. — Vor allen Dingen muß im allgemeinen die Art des Rechtsverhältnisses, in welches der *praes* bezw. die *praedia* eintreten, festgestellt werden. Es ist gesagt worden, die Hauptobligation trete ganz hinter der des *praes* zurück. Wenn die Bedingung, worauf die Obligation des *praes* laute, eintrete, so gehe der Gläubiger nicht an den Hauptschuldner, sondern unmittelbar an den Präs, das *praedes dare* stehe der Zahlung völlig gleich und befreie den Schuldner.[2] Es gehe das so weit, daß sogar der Hauptschuldner, wenn er wolle und der Magistrat ihn zulasse, selber als Präs sich verpflichten könne. Nach dieser Auffassung würde also der Präs sich formell jedenfalls *suo nomine* haftbar machen; ja, wenn der Hauptschuldner selbst sich als *praes* haftbar machen könnte, so müßte man sagen, daß die Haftung des *praes* nicht einmal materiell notwendig als eine Intercession aufzufassen sei. Was uns indessen juristische Quellen und nichtjuristische Litteratur an Nachrichten über die *praedes* erhalten haben, bietet meines Erachtens keine Bestätigung für jene Auffassung Mommsens. Was hätte es für einen Sinn, daß, wer *praedes* stellen muß,

[1] Vgl. Bruns-Mommsen p. 103. [2] Mommsen, Stadtrechte S. 471.

auch nach Stellung der *praedes*, wenn der betreffende Magistrat es für nötig hält, auch noch *praedia subsignare* muß, wenn er durch die Stellung der *praedes* befreit wäre? Wenn der Schol. Bob. in or. pro Flacco p. 244 Orell. sagt: — *ut aut qui vectigalia redimeret aut qui pro mancipe vectigalium fidem suam interponeret, loco pignoris praedia sua rei publicae obligaret, quoad omnem pecuniam redemtores vectigalium repensarent*, so ist unter dem *qui pro mancipe vectigalium fidem suam interponit* offenbar der *praes* gemeint, welcher damit sowie durch das Folgende als ein accessorisch neben dem fortdauernd verpflichtet bleibenden *manceps* Haftender charakterisiert wird. Ebenso läßt sich die Äußerung Varros de l. l. 5, 40: *Praedia dicta, item ut praedes, a praestando, quod ea pignore data publice mancupis fidem praestent* nur von einer accessorischen Haftung der *praedes* und *praedia* neben der des *manceps* verstehen. Wie könnte auch, wenn der *redemtor* der Instandhaltung eines Tempels *praedes* gestellt hätte und dadurch selbst befreit wäre, der Magistrat bei ungenügend befundener Instandhaltung die bei der *relocatio* dem zweiten Unternehmer versprochene Summe auf den ersten *redemtor* anweisen? Wie könnte Cicero bei der Darstellung der *causa Iuniana* die Sache so darstellen, daß vor allem dem Pupillen Junius, dem Erben des ersten *redemtor*, die Gefahr des Verlustes der *fortunae patriae* drohte, wie hätte er sagen können, daß die Kosten der *relocatio* aus dessen *pecunia*, dessen *bonis* zu bestreiten seien, wenn nur die *praedes* des Pupillen hätten herangezogen werden können? Ja, welchen Sinn hätte es überhaupt gehabt, den zunächst Verpflichteten durch Stellung von *praeds* befreit werden zu lassen? Das Interesse des Staates heischte nur, den *praes* nicht erst eventuell angehen zu müssen, sondern ihn gleich neben dem *manceps* angehen zu können. Bei den Summen aber, um welche es sich bei diesen Staatsforderungen handelte, war es entschieden gegen das Interesse des Staates, den *manceps* durch die Stellung der *praedes* ganz befreit werden zu lassen. Die Stellen in Gesetzen und Schriftstellen, welche beweisen sollen, daß das *praedes dare* der Zahlung vollständig gleich stehe und den Schuldner befreie, sind solche, in welchen gesagt ist, daß ein zu einer Mult oder Strafe Verurteilter entweder *praedes* für die Zahlung derselben zu geben oder zu gewärtigen habe, daß er sofort in *vincula* geworfen und sein Vermögen von Staats wegen in Besitz genommen und verkauft werde. Der Staat sieht also nur unter der Bedingung von sofortiger Exekution seines Strafanspruches ab, wenn ihm genügende Sicherheit für die eventuelle Realisierung desselben gegeben wird. Daß durch diese Sicherstellung der Staatsschuldner, also in jenen Fällen der Kondemnierte oder zu einer Mult Verurteilte, befreit werde, davon findet sich nicht die geringste Andeutung! —

Fragen wir weiter, wem Sicherheit durch Stellung von *praedes* und *praedia* zu leisten war, so ist so viel unzweifelhaft, daß der *populus* bezw. die ihn vertretenden Beamten für Forderungen verschiedenster Art gegen Private solche Sicherheit verlangten. So hat, wer vom Staat Grundstücke kauft, für Zahlung des Kaufpreises,[1] wer ein Darlehn von ihm empfängt, für die Rückzahlung desselben,[2] wer wegen Pekulat oder Erpressung verurteilt,[3] wem eine Mult irrogiert ist,[4] für Erfüllung des Urteils bezw. Zahlung der Mult, wer Vektigalien oder *ultrotributa* pachtet,[5] für Zahlung der Pachtsumme oder gehörige Herstellung

[1] Lex agrar. Z. 45. 73. 99. [2] Liv. 22, 60. Tac. Ann. 6, 17.
[3] Liv. 38, 58. 60. Gell. 6, 19, 8. [4] Gell. 6, 19.
[5] Varro de l. l. V, 10. Festus v. manceps p. 342. Schol. Bob. zu Cic. p. Flacc. 32. Lex agr. Z. 27. Lex par. f. Put. Bruns-Mommsen p. 272 f.

des übernommenen *opus* Sicherheit durch *praedes* und *praedia* zu bestellen. Ob bei den namens des *populus* von einem Bürger anzustellenden *actiones*, welche Bruns als prokuratorische Popularklagen bezeichnet hat, dem Kläger *praedes* zu bestellen waren, darüber scheint man vergeblich in den uns erhaltenen Quellen nach einer Aufklärung zu suchen. Die innere Wahrscheinlichkeit ist dafür, denn es handelt sich bei jenen Klagen um Strafansprüche des *populus*, welche der einzelne Bürger namens desselben geltend macht. Vielleicht ist darauf die viel besprochene Stelle des Plautus, Menaechm. IV, 2, 20 sqq., zu beziehen. Es scheint sich in derselben um irgend welche in den Geschäftsbereich der Ädilen fallende Vergehen (*malefacta, facta pessuma*) zu handeln, derenthalben vor den Ädilen als Richtern namens des *populus* eine Strafe eingeklagt werden konnte. Da es nicht zur Eingehung einer Sponsion zwischen Kläger und Beklagten kam, so mußte der Strenge des Gesetzes nach ein *praes* gestellt werden, da eine Forderung des *populus* geltend gemacht wurde.

Es ist die Frage, ob auch anderen Subjekten, als dem *populus*, durch *praedes* und *praedia* kaviert werden konnte. Ursprünglich war diese Art der Kaution wohl auf den *populus* beschränkt. Dafür spricht nicht bloß, daß überall, wo der *praes* definiert oder im allgemeinen charakterisiert wird, der *populus* als das Subjekt angegeben wird, welchem durch *praedes* und *praedia* Sicherheit verschafft werde, sondern auch, daß die weit überwiegende Zahl der in erhaltenen Nachrichten vorkommenden Anwendungen des *praedes dare* sich auf irgend welche Forderungen des *populus* bezieht. Doch ist diese Kautionsart nicht auf Forderungen des *populus* beschränkt geblieben. Auch Städten wird für ihre Forderungen gegen Private durch *praedes* und *praedia* kaviert. Ob aber allen? Dies scheint immer stillschweigend vorausgesetzt zu werden; denn nur unter dieser Voraussetzung kann begründet sein, was z. B. Göppert[1] sagt, daß im Corpus Juris in den die Munizipalangelegenheiten betreffenden Stellen statt der *praedes* Fidejussoren interpoliert seien. Nachweislich ist aber nur, daß die *cautio praedibus praediisque* auch auf die Forderungen von Bürgergemeinden und von *municipia civium Latinorum* (also auch auf die von *coloniae latinae*) ausgedehnt ist. Das erstere ersehen wir daraus, daß nach der *lex parieti faciendo Puteolana* der Stadt Puteoli, welche eine Bürgerkolonie war, von dem *redemtor operis* Sicherheit durch *praedes* und *praedia* bestellt werden mußte, sowie daraus, daß auch in der *lex* der *colonia Iulia Genetiva*, einer Bürgerkolonie, des *manceps* und *praes* Erwähnung geschieht;[2] das letztere daraus, daß in der *lex* der Stadtgemeinde Malaca, eines *municipium latinum*, die *cautio praedibus praediisque* mehrfache Verwendung findet. Keine Spur einer Anwendung dieser Kautionsart findet sich aber, so viel ich sehe, auf Forderungen von unterthänigen Peregrinengemeinden in den Provinzen. Der Grund davon scheint aber folgender zu sein. Zunächst die *municipia civium Romanorum* waren in der Weise in den römischen Staat aufgenommen, *ut semper rempublicam separatim a populo Romano haberent*,[3] d. h. der römische Staat erkannte ihnen in gewisser Weise das Wesen einer *res publica*, eines der *res publica κατ' ἐξοχήν*, dem römischen Gemeinwesen, ähnlichen Gemeinwesens zu. Die Kolonie aber, die Bürgerkolonie und die *colonia latina*, ist eine *pars civium aut sociorum missa, ubi rempublicam habeant — — publico eius populi, unde profecti sunt, consilio.*[4] Auch ihnen gesteht der römische

[1] Ztschr. f. Rechtsgesch. IV S. 259. [2] c. XCIII bei Bruns-Mommsen p. 126.
[3] Fest. v. municeps p. 131. [4] Serv. ad Virg. Aen. 1, 12.

Staat eine *res publica,* ein dem seinigen nachgebildetes öffentliches Gemeinwesen zu, und es wird daher die Kolonie geradezu als eine *publica persona*[1] bezeichnet, welcher Begriff nicht etwa mit dem des privaten Rechtssubjekts identifiziert werden darf. Was aber von der Kolonie gilt, gilt auch von der Stadt, welche ohne Deduktion einer Kolonie lateinisches Recht verliehen erhalten hat, dem spätern *municipium latinum.* Nicht das gleiche gilt von den unterthänigen Peregrinenstädten in den Provinzen. Keine Spur deutet meines Wissens darauf hin, daß auch ihnen für ihre Forderungen gegen Private durch Stellung von *praedes* und *praedia* kaviert sei. Sie gehören wohl zu den *universitates personarum,* welche ihre Beamten, Ratsversammlungen u. dgl. haben können, was auch bei anderen *universitates personarum* vorkommt, sie gehören aber nicht zu den *publicae personae,* zu den Gemeinwesen innerhalb des römischen Reichs, welche in etwas teilhaben an dem Wesen des *populus.* Gaius sagt: *civitates enim privatorum loco habentur,* und es ist wohl zu beachten, daß er diesen Ausspruch in seinem Kommentar zum *edictum provinciale* thut (l. 16 D. de verb. sign. 50, 16), daß derselbe also auf die gewöhnlichen Provinzialgemeinden zu beziehen ist. Zu beachten ist auch, daß Gaius in einem besondern Buch den Titel des *edictum urbanum de praediatoribus* erläuterte; er pflegt das zu thun bei Materien, welche dem *edictum urbanum* im Gegensatz zum *provinciale* eigentümlich waren. Das letztere wird keinen Titel *de praediatoribus* enthalten haben, was sich daraus erklärt, daß den gewöhnlichen Provinzialgemeinden nicht *praedibus praediisque* kaviert wurde. — Ist denn aber der Satz richtig, daß nur dem *populus*, nicht auch Privaten wegen ihrer Forderungen durch *praedes* und *praedia* Sicherheit geleistet werden konnte? Sehen wir zunächst von den *praedes litis vindiciarum* ab, so dürfen die gelegentlichen Erwähnungen der *praedes,* namentlich in den Briefen Ciceros *ad Atticum,* nicht mit Göppert[2] als solche bezeichnet werden, welche ohne die allgemeine Zulässigkeit von *praedes* auch außerhalb des publizistischen Gebiets nicht wohl erklärbar sein würden. Es ist bei diesen gelegentlichen Erwähnungen die Art der Forderung, für welche *praedes* bestellt werden, durchaus nicht zu erkennen. Auch wenn ein Privatmann der Gläubiger ist, kann die Forderung doch ihren Ursprung in dem vermögensrechtlichen Verkehr des Staats mit Privaten haben. Es liegt die Frage wohl nahe, ob nicht einem Privaten, welchem Staatsforderungen gegen einen andern Privaten attribuiert wurden, für dieselben *praedes* gestellt werden konnten. Nach den Resten der *lex agraria* v. 84 sollen demjenigen, welcher für einen andern, der dem den *populus* vertretenden Prätor für irgend welche nicht zu erkennende Forderung Kaution durch *praedes* und *praedia* zu stellen hatte und dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist, seinerseits *praedia* subsigniert hat, auf Anordnung des Prätors für seine Regreßforderung von jenem Staatsschuldner *praedia* subsigniert worden.[3] Auf die Frage aber, ob zur Zeit der Herrschaft des Legisaktionenprozesses in prozessualischen Anwendungen einer

[1] Feldmesser I, p. 54, 23. Vgl. auch p. 16, 8 sqq. [2] a. a. O. S. 269 ff.

[3] Diese Stelle darf nicht in Verbindung gebracht werden mit v. 73 u. 74, nach welchen, wenn nicht binnen 120 Tagen für den Kaufpreis des vom Staat verkauften Grundstücks dem Prätor, *qui inter cives jus dicit,* Sicherheit durch *subsignare* von *praedia* geleistet ist, der Prätor das betreffende Grundstück *pecunia praesenti* verkaufen soll. In v. 84 muß es sich um eine nicht aus einem Verkauf herrührende Forderung des *populus* handeln, bei welcher im Fall der Unterlassung des *praedia subsignare* nicht durch einen neuen Verkauf gegen Barzahlung geholfen werden konnte.

Partei von der andern Kaution durch *praedes* habe gestellt werden müssen, kann erst bei der Darstellung des Prozesses eingegangen werden. Sollten solche Anwendungen der Kaution durch *praedes* vorgekommen sein, so würde doch eine innere Verwandtschaft derselben mit der Bestellung von *praedes* und *praedia* für Staatsforderungen nicht verkannt werden dürfen. Der unmittelbar durch die *lex*, also den *populus* garantierte Anspruch, der durch *lege agere* geltend gemacht wird, empfängt durch diese Garantie etwas von der Natur der Staatsforderungen, was es erklärlich macht, daß, falls Kaution gestellt werden muß, das Kautionsmittel das gleiche ist, wie dem *populus* gegenüber.

Fragen wir weiter, welche Personen *praedes* stellen, bezw. werden konnten, so kann die Antwort nur lauten, daß, da das *praedibus cavere* eine zunächst dem römischen Staatsvermögensrecht angehörende Institution war, nur römische Bürger, wie als *mancipes*, so auch als *praedes* dem *populus* sich verpflichten konnten. Anders stand es natürlich bei dem *praedes dare* in den Städten latinischen Rechts. Diesen gegenüber mußten natürlich auch die eigenen Bürger, Latinen, als *mancipes* bezw. als *praedes* eintreten können. Wer ferner als *manceps* etwas vom Staat bezw. der Gemeinde kaufen oder pachten wollte, mußte ein grundsässiger Mann sein, denn er mußte, falls dies dem Magistrat, welchem die Kaution zu stellen war, erforderlich erschien, noch besonders *praedia subsignare*. Aber auch als *praedes* wird man wohl nur grundsässige Leute zugelassen haben, die, wenn der Magistrat es von ihnen auch nicht verlangen konnte, doch imstande waren, neben der generellen Verpflichtung ihres Vermögens noch speziell *praedia* zu subsignieren. — Die Sachen, welche Gegenstand solcher *subsignatio* werden konnten, waren *praedia*, Grundstücke, und zwar mußten es solche *praedia* sein, welche in quiritischem Eigentum stehen konnten, bezw. in solchem Eigentum der Subsignierenden standen.[1] Wurden einem *municipium Latinum praedia* subsigniert, so mußten dazu natürlich auch die in dem Territorium desselben belegenen Grundstücke, welche nicht im quiritischen, sondern nur im latinischen Eigentum stehen konnten, als tauglich erscheinen. Andere Sachen aber, als *praedia*, dürften in republikanischer Zeit kaum mögliche Objekte einer *subsignatio* gewesen sein. Wären sie es gewesen, so würde sich kaum so regelmäßig nebeneinander *praedibus praediisque cavere, praedibus ac praediis cavere, praedia praedesque dare, praedes dare praediaque subsignare* erwähnt finden.[2] Die Erörterung der Frage, in welchem Verhältnis beide Sicherungsmittel zu einander stehen, soll vorläufig noch ausgesetzt werden. Daß man in der Kaiserzeit auch Perlen und kostbare Steine als Objekte der *subsignatio* bei Staatsforderungen zugelassen habe, ist nach einer Äußerung des Plinius H. N. IX, 35, 60 nicht unwahrscheinlich, bleibt aber, da sonst nirgend eine Spur davon begegnet, doch unsicher. Jedenfalls müßte man wohl annehmen, daß solcher bewegliche Gegenstand der *subsignatio* auch in den Besitz des Staats übergehen mußte, um ihm wirklich Sicherheit zu gewähren. Berechtigt, namens des *populus* sich durch *praedes* und *praedia* kavieren zu lassen, ist immer der Magistrat, welcher dem *populus* die Forderung erworben, für welche Sicherheit geleistet werden muß. So ist es bei auferlegten Multen der Beamte, der diese *multa* auferlegt hat, z. B. ein *tribunus plebis;*[3] bei den *locationes censoriae*

[1] Cic. pro Flacco 22, 80.

[2] Vgl. die Zusammenstellung bei Rivier. Untersuchungen über die *cautio praedibus praediisque* S. 28.

[3] Gell. VI, 19,

ist es der Censor, der die Verpachtung vorgenommen.[1] Waren andere Beamte die verpachtenden oder verkaufenden, wie Konsuln, Prätoren, Ädilen, Quästoren, so sind diese zur Forderung bezw. Empfangnahme der Kaution berechtigt. Am häufigsten waren die die *praedes* und *praedia* empfangenden Magistrate ohne Zweifel die Censoren und Quästoren: die ersteren deshalb, weil sie in der Regel die Lokationen der *vectigalia* und *ultrotributa* vornahmen; die Quästoren, weil sie die ordentlichen Kassenbeamten des Staats waren, also alle Forderungen, welche nicht durch einen andern *magistratus* geltend zu machen waren, durch sie namens des *populus* beigetrieben werden mußten. Namentlich, wenn jemand wegen eines Verbrechens, etwa wegen Pekulats, wegen *repetundae*, dem *populus* zu Geld kondemniert wird, ist der *quaestor urbanus* der Beamte, welcher die Forderung gegen den *condemnatus* geltend zu machen hat, welchem also Kaution durch *praedes* bezw. *praedia* zu stellen ist.[2] Es ist daher ganz begreiflich, daß bei Cic. pro Flacco 32, 80 nur gefragt wird: *subsignari* (*sc. ista praedia*) *apud aerarium, apud censorem possint,* denn daß dem *quaestor urbanus* oder dem *censor praedia* subsigniert wurden, war das gewöhnliche. — In den Städten latinischen Rechts waren es die Duumvirn derselben, welche die der Gemeinde zu stellenden *praedes* und *praedia* annahmen.[3]

Bezüglich der Frage, ob eine bestimmte Form für die Bestellung der *praedes* vorgeschrieben gewesen, besteht ein Gegensatz der Meinungen. Nach Mommsens[4] Auffassung ist Bürgschaft und Verpfändung an den Staat überall und unbedingt von allen Formalien befreit. Nirgends würden bestimmte Formalien dafür angegeben. Nach anderen wurde die Verbürgung des *praes* durch eine bestimmte Wortformel, durch Frage des Magistrats und Antwort dessen, der sich dem Staat verbürgen wollte, abgeschlossen: es soll diese Verbürgung ein Verbalkontrakt gewesen sein.[5] Diese Annahme stützt sich teils auf den allgemeinen Charakter der Bürgschaft, welche nach römischem Recht immer eine *verborum obligatio* gewesen sei, teils auf den Bericht bei Varro de l. l. VI, 74 und Paulus h. v. Mueller p. 223. Die Bürgschaft des privatrechtlichen Verkehrs beweist nun aber zu viel, da danach die Verbürgung des *praes* durch Stipulation geschehen sein müßte, was jedenfalls nicht zutrifft. Nach Varro ist allerdings die Verbürgung des *praes* durch *interrogare* des Magistrats und *respondere* des als *praes* Eintretenden geschehen, und damit stimmt die Angabe des Paulus überein; aber auf diese nicht etwa in einer juristischen Deduktion, sondern bei Gelegenheit einer Worterklärung von Grammatikern gemachte Angabe die rechtliche Notwendigkeit von *interrogatio* und *responsio* für die Verbürgung des *praes* stützen zu wollen, ist doch gar bedenklich und unsicher. Man wird mit Mommsen nicht mehr daraus zu entnehmen haben, als daß Frage und Antwort bei dem sich Haftbarmachen des *praes* üblich war; wie es ja auch im privatrechtlichen Verkehr bei Kontrakten, welche *nudo consensu* abgeschlossen werden konnten, seit alter Zeit ganz üblich bei den Römern war, den Konsens durch Frage und Antwort recht deutlich zu konstatieren. Das aber dürfen wir doch annehmen, daß der als *praes* Eintretende sich immer persönlich und mündlich dem den *populus* vertretenden Magistrat haftbar machte, eben so wie

[1] Cic. pro Flacco 32, 80. Schol. Bob. ad h. l. [2] Liv. 38, 58.
[3] L. Mal. 63 u. 52. Lex p. f. Put. bei Bruns-Mommsen p. 272 sq.
[4] Stadtrechte S. 467 ff.
[5] Vgl. Rivier a. a. O. S. 53 ff. und die dort in den Anmerkungen angeführten Schriftsteller.

der *manceps*, bei welchem, da er *ad hastam* zum Bieten erscheinen mußte, ein *inter absentes* geleistetes Versprechen gar nicht denkbar ist. Auch das *praedia dare* wird persönlich dem Magistrat gegenüber geschehen sein. Dafür, daß beide Akte, das sich als *praes* Haftbarmachen und das *dare* von *praedia, inter praesentes* geschahen, spricht noch die Aufnahme einer schriftlichen Urkunde über den Akt,[1] welche gewiß nicht vom Magistrat den Parteien zur Vollziehung zugeschickt wurde, sondern von ihnen in Gegenwart des Magistrats vollzogen werden mußte. Diese Urkunde bezog sich bei den Lokationen der Vektigalien und *ultrotributa* wohl zunächst auf das vom Magistrat mit dem *manceps* abgeschlossene Geschäft. Die Urkunde wird dann aber nicht bloß vom *manceps*, sondern auch von den für ihn sich haftbar machenden *praedes* unterschrieben bezw. adsigniert oder subsigniert sein, wofür die Namen der *praedes* unter der *lex parieti faciendo Puteolana* sprechen. Wurden *praedia* verpfändet, so werden auch diese unter der den Kontrakt mit dem *manceps* berichtenden Urkunde nach den *praedes* verzeichnet und das Siegel des Verpfändenden beigesetzt sein. Daraus dürften die Ausdrücke „*praedia subdere, subsignare*" zu erklären sein.[2] Dieses Setzen der Namen der *praedes* und der *praedia* unter die Urkunde und das damit verbundene *subsignare* wird in Gegenwart des die Urkunde in Empfang nehmenden Magistrats geschehen sein. Die ganze Aufnahme der Urkunde war wohl durch das Herkommen des Staatsvermögensrechts rechtlich vorgeschrieben und gehörte mit zur Formalität des Akts. Den Beamten des Ärars lag es dann noch ob, einerlei ob sie die die *praedes* und *praedia* Empfangenden gewesen waren oder nicht, den Kontrakt mit dem *manceps*, die *praedes* und *praedia* in die *tabulae publicae*, d. h. in die Rechnungsbücher des Arars, einzutragen, bezw. die dazu gehörigen Urkunden beizulegen. Die betreffende Vorschrift des Malacitanischen Stadtrechts[3] wird nur eine Nachahmung einer römischen sein.[4] Das cap. 63 dieses Stadtrechts belehrt uns aber weiter darüber, daß die Duumvirn, welche die *vectigalia* und *ultrotributa* verpachtet hatten, diese Lokationen, die Bedingungen derselben, den Preis, die Sicherheitsbestellungen während ihrer Amtszeit an einem vom Gemeinderat gebilligten Ort öffentlich angeschlagen haben sollten. Ob eine entsprechende Vorschrift für die Lokationen auch in Rom bestand, dieselben also während des ganzen *lustrum*, für welches sie Kraft hatten, öffentlich angeschlagen sein mußten, ist uns nicht überliefert, aber durchaus nicht unwahrscheinlich.

In welchem Maße Sicherheit zu leisten war, hing von dem Ermessen des die Sicherheitsleistung namens des *populus* fordernden Beamten ab. Daß für mehr als den Betrag der Forderung Kaution gefordert wurde, etwa für das *duplum* oder *triplum*, war entschieden ein Ausnahmsverfahren, zu welchem der Magistrat wohl nicht vermöge seiner gewöhnlichen Vollmacht in den Stand gesetzt war. Der Magistrat wird auch über die Zahl der zu stellenden *praedes* zu entscheiden gehabt haben. Solche *compraedes*[5] hafteten dem *populus* jeder für den ganzen Betrag der gegen den *manceps* gerichteten Forderung (Fest.: *eiusdem rei populo sponsorii*). Von einem *beneficium divisionis* ist dem *populus* gegenüber nicht die Rede. Aber auch der *manceps* wurde natürlich nicht freigelassen: der *populus* hätte ja dadurch nur eine bereits vorliegende Sicherung fahren lassen, welche er durch Empfang von *praedes* nur verstärken und erweitern wollte. Der Betrag

[1] L. 38 pr. D. de v. s. 50, 16.
[2] L. agrar. 45. 73. 84. L. Puteol. L. Mal. 60. 63. 64. Cic. pro Flacc. 32, 80.
[3] c. 63. [4] Vgl. auch L. agrar. Z. 45 u. Z. 100. [5] Fest. s. v. compraedes.

der Staatsforderungen war eben vielfach so bedeutend, daß nicht das Vermögen eines einzelnen Privaten dafür Sicherheit zu gewähren vermochte. Scheint dem Magistrat durch Stellung von *praedes* noch nicht genügend garantirt zu sein, so kann er *subsignare* von *praedia* verlangen. Das *subsignare* von *praedia* erscheint also etwas zu der Stellung von *praedes* noch Hinzutretendes, dieselbe noch Verstärkendes. Zunächst war der *manceps* zum *praedia subsignare* verpflichtet; nach dem Schol. Bob. zu Cic. pro Flacco 32 (Orelli II, 244) ist aber nicht zu zweifeln, daß auch ein *praes* noch besonders *praedia* für die Schuld des *manceps* subsignieren konnte. Wird das *praediis cavere* allein, ohne Stellung von *praedes*, erwähnt, so ist es immer als vom *manceps* ausgehend anzusehen. Das Stadtrecht von Malaca hat uns auch darüber belehrt,[1] daß der Gemeinde sogenannte *cognitores* Aussagen über den Wert und die Qualitäten der zu subsignierenden *praedia* machten, für welche sie zu haften hatten, wenn irgendwie ihre Angaben, auf welche der die Gemeinde vertretende Magistrat gebaut hatte, sich als falsch erwiesen. — Man hat wohl gesagt, der vom Magistrat als *praes* Anzunehmende dürfe nicht schon dem Staat obligiert sein; ebenso dürfe das zu subsignierende *praedium* nicht schon an den Staat verpfändet sein, es müsse *solutum* sein.[2] Daß eine solche den Magistrat bindende Vorschrift bestanden habe, ist schwer glaublich. Seinem etwa von einem *consilium* unterstützten Ermessen war es überlassen, zu bestimmen, ob ein an sich Fähiger als *praes* zuzulassen sei, bezw. ob ein an sich taugliches Grundstück als Gegenstand der Subsignation zuzulassen sei. Die Bücher des Ärars mußten Auskunft darüber geben, ob die betreffende Persönlichkeit schon für irgend eine Staatsforderung als *praes* eingetreten, das Grundstück schon subsigniert war, und danach konnte der Magistrat seine Entscheidung treffen. Daß aber das Grundstück nicht für Privatforderungen habe verpfändet sein dürfen, ist auch nicht anzunehmen; denn jedenfalls ging das Pfandrecht des *populus* als solches unbedingt dem von Privatleuten vor. Der Vorzug, welcher dem Pfandrecht des *fiscus*, der an sich den Privaten gleich stand, erst durch besonderes Privilegium verschafft werden mußte, stand dem des *populus* gewiß ohne weiteres zu.

Von allen Fragen in der Lehre von der *cautio praedibus praediisque* ist die wichtigste die von der Wirkung des *praedes* und *praedia dare*. Was für ein Recht erhält der *populus* gegen den *praes* bezw. an dem ihm subsignierten Grundstück? Der als *praes* Eingetretene wird infolgedavon als *obligatus*[3] bezeichnet, nicht etwa als *obligatus ad dandum* oder *ad faciendum* oder *praestandum aliquid*, sondern schlechthin als *obligatus*, sowie auch das subsignierte *praedium* als *obligatum* bezeichnet wird. Auch der offenbare Parallelismus, welcher zwischen *praedibus* und *praediis cavere* besteht, spricht dafür, daß das als die Wirkung des Aktes bezeichnete *obligari* in beiden Fällen in demselben Sinne zu nehmen ist. Hier zeigt es sich denn auch von Bedeutung, daß der als *praes* Eintretende sich nicht etwa durch ein ein bloßes Versprechen, eine Handlung ausdrückendes Wort, wie *spondeo, promitto* oder etwas dem Ähnliches, verpflichtet, sondern auf die Frage, ob er *praes* sei, entsprechend erwidert, er sei *praes*. Als Wirkung dieses Aktes wird denn auch nicht ein *obligari ad dandum* oder *faciendum aliquid*, sondern das *praedem fieri* bezeichnet. Worin nun aber die Wirkung des *praedem fieri* besteht, wird mit aller Deutlichkeit in dem 64. Kapitel des Malacitanischen Stadtrechts gesagt: *ii omnes* (vor allem die *praedes*) *et quae cui-*

[1] c. 63. 64. [2] L. agrar. Z. 46. Cic. de lege agrar. 3, 2.
[3] Fest. v. praes p. 223. Lex agrar. Z. 45. L. Mal. c. 64.

iusque eorum tum [fuerunt] erunt cum praees cognitorve factus est erit, quaeque postea esse, cum ii obligati esse coeperunt coeperint — — — — in commune municipum eiius municipii item obligati obligataque sunto, uti u. s. w. Das Vermögen des *praes* als eine Einheit war unmittelbar dem *populus* obligiert, verpfändet. Obgleich wir darüber keine besondere Nachricht haben, dürfen wir doch annehmen, daß die Wirkung des *mancipem fieri* eine gleichartige war. Der Unterschied zwischen *manceps* und *praes* bestand nur darin, daß das Vermögen des erstern dem *populus principaliter*, das des *praes* nur accessorisch, *pro alio* verhaftet war. Der *populus* konnte aber das Vermögen des *praes* gewiß sofort neben dem des *manceps* in Anspruch nehmen oder auch vor demselben, denn von einem *beneficium excussionis* des *praes* begegnet nirgends eine Spur und würde ein solches allen Tendenzen des Staatsvermögensrechts zuwiderlaufen, welche dahin gehen, die Sicherheit des *populus* so bedeutend und mannigfaltig, wie nur möglich, zu machen. Wohl aber dürfte der für den *manceps* zahlende *praes* einen Regreß gegen den erstern gehabt haben, welcher mit gleicher Kraft ausgerüstet gewesen sein wird, wie die Forderung des *populus* selbst. Der *praes* wird als *obligatus* bezeichnet, sofern sein Vermögen als Kollektiveinheit verpfändet ist. Was *sine dolo* aus demselben ausscheidet, wird *solutum*, von dem das Vermögen als Einheit ergreifenden Pfandnexus frei; was, nachdem der Betreffende *praes* geworden, von demselben erworben, also Bestandteil seines Vermögens geworden, fällt damit unter den Pfandnexus. Dolose Veräußerung dagegen hebt das Pfandrecht an dem so Veräußerten nicht auf. Gerade an diesem Punkt wird es nun klar, warum neben dem Stellen von *praedes* gerade noch ein *subsignare praedia* von seiten des *manceps* oder *praes* verlangt wurde, warum dieses als eine Verstärkung des *cavere praedibus* erschien. Durch nicht dolose Veräußerungen von Sachen des *manceps* oder *praes* wurden die veräußerten Objekte *soluta* vom Pfandnexus, das speziell subsignierte *praedium* aber blieb, auch wenn es veräußert wurde, dem Pfandrecht des Staates unterworfen. Nicht also Eigentum erhielt der *populus* an dem subsignierten *praedium*, sondern ein Recht an fremder Sache, ein Pfandrecht, welches aber von vornherein und ohne besondere Beredung das Verkaufsrecht in sich schloß, ein Recht also vergleichbar der späteren völlig ausgebildeten Hypothek des privatrechtlichen Verkehrs. An äußeren Belegen dafür, daß hier ein Pfandrecht anzunehmen, fehlt es nicht. Ein solcher liegt schon in der Bezeichnung des *subsignare praedium* als *obligare praedium*. Noch unzweideutiger weist auf Pfandrecht hin die Äußerung Varros de l. l. V, 40: *Praedia dicta ut praedes, a praestando, quod ea pignore data publice mancupis fidem praestent*, und Schol. Bob. Or. II, p. 244: *Et subsignandi haec solebat esse causa, ut aut qui vectigalia redimeret — — — — loco pignoris praedia sua rei publicae obligaret, quoad omnem pecuniam redemtores vectigalium repensarent.* Eine *actio* zum Schutz des Pfandrechts des *populus* war wohl nicht nötig, es findet sich auch nirgends eine Spur davon. Als Ausfluß des Pfandrechts des *populus* wird nur ein Verkaufsrecht erwähnt. Wie das *praedibus* und das *praediis cavere* nebeneinander erwähnt wird, wie dann als Wirkung beider Akte das *obligari* der *res* des *praes* und das *obligari* des subsignierten *praedium* bezeichnet wird, so wird im 64. Kapitel des Stadtrechts von Malaca als Folge dieses Obligiertseins das Recht der die Gemeinde vertretenden Magistrate hingestellt, die *praedes* und die *praedia* zu verkaufen, und dabei wird wieder Verkauf der *praedes* und *praedia* nebeneinander genannt und dasselbe Verfahren, dieselben Termine dafür vorgeschrieben. Der Verkauf der *praedes* ist danach als ein dem der subsignierten *praedia* gleich-

artiger anzusehen: wie der letztere Pfandverkauf ist, so ist es auch der erstere. Die Sachen des *praes* wurden aber gewiß nicht als einzelne, sondern insgesamt für einen Preis verkauft. Für die Frage, auf welche Vermögensstücke des *praes* sich die *praedum obligatio* erstreckte, bieten uns die erhaltenen Nachrichten keine besonderen Anhaltspunkte. Man möchte aber annehmen, daß sie nur die körperlichen Sachen ergriff, und zwar nur diejenigen, welche im quiritischen Eigentum des *praes* standen. Ob das prätorische Edikt, welches ja einen Titel *de praediatoribus* enthielt, etwa auch hier eingegriffen und eine Erweiterung der Haftung der Vermögensstücke des *praes* habe eintreten lassen, vermögen wir gleichfalls nicht zu sagen. Gewisse Sachen des *praes* können darum immer ausgenommen, nicht vom Pfandnexus ergriffen sein, also auch dem Verkauf nicht unterlegen haben. So verhielt es sich wohl mit den *res*, welche dem *praes in dotem* gegeben waren, sowie mit denen, welche mit Dotalgeldern angekauft waren (L. 54 D. de iure dotium 23, 3: *Gaius libro ad edictum praetoris titulo de praediatoribus*). Auch das Vermögen des *manceps* wurde verkauft, es haftete *principaliter* für die Schuld desselben. Deutlich bekundet diesen Verkauf der *bona* des *manceps* die vielbesprochene Äußerung Ciceros in Verr. I, 54, 142: *Ubi illa consuetudo in bonis praedibus praediisque vendendis omnium consulum, praetorum, censorum, quaestorum denique* u. s. w. Die vor den *praedes* genannten *bona* sind die des *manceps*. Man könnte fragen, wenn nur die *bona* des *praes*, wie die des *manceps*, verkauft seien, warum wir denn vom Verkaufe des *praes* und nicht der *bona* des *praes*, oder nicht, wie vom Verkaufe des *praes*, so vom Verkauf des *manceps* läsen? Die Antwort darauf liegt, dünkt mich, nicht fern. Sowohl beim *manceps* als beim *praes* handelt es sich nur um einen Verkauf der *bona*, nicht der Personen; aber es handelt sich um eine Schuld des *manceps*, um derentwillen alle diese Verkäufe stattfinden. Dafür haften seine eigenen *bona suo nomine, principaliter;* es ist selbstverständlich, daß, wenn vom Verkauf der *bona* für die Schuld des *manceps* geredet wird, darunter seine eigenen, für diese Schuld *principaliter* haftenden *bona* verstanden sind. Das Vermögen des *praes* haftet nur accessorisch, wenn es auch sofort neben dem des *manceps* verkauft werden kann, und solcher Verkauf des accessorisch haftenden Vermögens des *praes* als einer Einheit konnte nicht kürzer bezeichnet werden, als mit dem althergebrachten Ausdruck *praedes vendere, praedum venditio*. Daß der *praes* ursprünglich leiblich verhaftet gewesen, daß die Person desselben verkauft worden sei, dafür hat man weiter keinen Beleg, als den Ausdruck: *praedes vendere*, jedenfalls eine unsichere Grundlage für solche Annahme. Wie dem aber auch sein mag, in der Zeit, aus welcher unsere Nachrichten über die *praedes* stammen, fand keinesfalls ein solcher Verkauf der Personen mehr statt, sondern nur noch des Vermögens, und jedenfalls seitdem, wenn nicht von jeher, hat der Ausdruck *praedes vendere* die Bedeutung des Pfandverkaufs des Vermögens der *praedes* als eines Ganzen. Gewöhnlich versteht man unter dem *praedes vendere* die im Wege des Verkaufs geschehende Übertragung der Forderung des Staates gegen den *praes* an den *praediator*, sei es nun, daß man diese Forderung als eine exekutive ansieht oder nicht; in der That ist es aber ein wirklicher Pfandverkauf, durch welchen die Forderung des Staates gegen den *praes* sich aufzehrt. Der Käufer erhält keine Forderung gegen den *praes*, er wird durch den dem *populus* vermöge seines Pfandrechts zustehenden Verkauf Eigentümer der Sachen desselben. Hier bleibt nun zu erklären, worin der Unterschied des in dem 64. Kapitel des Stadtrechts von Malaca erwähnten *vendere*

praedem lege praediatoria und des *vendere pr. in vacuum* bestand. Über die Frage, was unter *lex praediatoria* zu verstehen, stehen sich zwei Ansichten einander gegenüber.[1] Die einen verstehen darunter einen wirklichen Volksbeschluß, in welchem Bestimmungen über das *praedes vendere* getroffen wären, andere dagegen die *lex praedibus praediisque vendendis*, die beim Verkauf von *praedes* und *praedia* traditionellen Bedingungen. Es ist meines Erachtens die letztere Ansicht die richtige. Es spricht dafür, wie namentlich Heyrousky richtig hervorhebt, der Ausdruck *si lege praediatoria emptorem non inveniet* (Lex Mal. c. 64). Bruns[2] meint, das *„legem Romae e lege praediatoria dicere"* sei für die erstere Ansicht entscheidend, aber schon Zimmermann hat die richtige Konstruktion hervorgehoben, wonach *„e lege praediatoria"* nicht zu *„dicere oporteret"*, sondern zu *„vendendis"* zu ziehen ist. Bruns meint freilich, diese Konstruktion sei ein unerträgliches *idem per idem*. So steht aber die Sache doch nicht: den Duumvirn wird befohlen, zunächst die *lex in rebus vendendis* hinzuzufügen, welche in Rom die Ärarvorsteher den *e lege praediatoria* zu verkaufenden *praedes* und *praedia* hinzufügen müßten, nicht die *lex*, welche den *in vacuum vendendis* hinzugefügt werden müsse. Das *legem dicere praedibus vendendis* ist also das allgemeine, die *lex praediatoria* einerseits und das *in vacuum* andererseits das speziellere. Bei Sueton Claudius 9: *in vacuum lege praediatoria venalis pependerit sub Edicto Praefectorum* ist freilich *lex praediatoria* offenbar in dem allgemeinen Sinne der *lex praedibus vendendis dicenda* genommen, denn das *in vacuum* wird dort auch als ein *lege praediatoria vendere* bezeichnet. Fragen wir nun, was der Unterschied des *lege praediatoria vendere* im engern Sinne und des *in vacuum vendere* sei, so ist so viel klar, daß das *in vacuum vendere* für den *praes* ungünstiger sein muß, da ja erst, wenn sich für den *praes* bezw. die *praedia* kein Käufer *lege praediatoria* findet, die *venditio in vacuum* stattfinden, ferner bei Sueton die Lage des Claudius durch die Worte *„in vacuum lege praediatoria venalis pependerit"* als möglichst schlechte bezeichnet werden soll. Worin aber das *lege praediatoria vendere* von dem *in vacuum vendere* sich unterschied, wird nicht berichtet. Es ist gesagt worden, *vendere lege praediatoria* bedeute Verkauf *al pari*, der Käufer müsse dabei dem Staat diejenige Summe bezahlen, welche der Verkaufte schuldig war. Finde sich aber zu dieser Bedingung kein Käufer, so werde die Forderung unter Pari versteigert und dem Meistbietenden addiciert, *„in vacuum"* bedeute so viel wie *nullo pretio praestituto, temere, pro licitationis exitu*, „ohne Limito".[3] Dagegen spricht ein Doppeltes. Einmal kann man wohl etwas zum Verkauf ausbieten ohne Limito, ohne im voraus einen Preis zu bestimmen, nicht aber verkaufen, *vendere in vacuum;* verkaufen kann man immer nur für einen bestimmten Preis. Sodann soll nach der *lex Mal.* den Duumvirn auch das *vendere* der *praedes in vacuum* nur unter der Voraussetzung gestattet sein *„dum ita legem dicant, uti pecuniam in fore municipi Flavi Malacitani referatur luatur solvatur"*. Da die Stelle in den Worten *pecuniam in fore* offenbar verderbt ist, so ist allerdings schwer zu entscheiden, was eigentlich gesagt sein sollte. Das *pecuniam in fore* erinnert sehr an das *pecuniam salvam is fore* des Kapitel 60. Nicht unwahrscheinlich, daß durch ein Versehen des Graveurs, der an jene Worte denken mochte, die Verderbnis entstanden ist. Der Text des Gesetzes mag etwa gelautet haben: *dum ita legem dicant, ut pecunia salva in publicum*

[1] Vgl. darüber Rivier, a. a. O. S. 109 ff. [2] Zur Geschichte der Cession S. 61.
[3] Zimmermann, a. a. O. p. 45 sqq. Rivier, a. a. O. S. 117 ff. 121.

municipi Flavi Malacitani referatur luatur solvatur. Der Sinn der Bestimmung würde dann sein, der Verkauf der *praedes* und *praedia* solle nur gegen den vollen Betrag der Gemeindeforderung geschehen, so daß die Gemeinde keinen Schaden leide. Meines Erachtens kann *vendere in vacuum*, verkaufen ins Freie, Ledige, nichts Anderes bedeuten, als verkaufen mit der Wirkung, daß das Verkaufte frei von jedem Recht des bisherigen Eigentümers daran ist. Das Verkaufen *lege praediatoria* im engeren Sinne würde im Gegensatz dazu einen Verkauf bedeuten, welcher noch ein gewisses Recht des bisherigen Eigentümers an dem Verkauften bestehen läßt. Was für ein Recht, läßt sich nur vermuten. Es dürfte der das Vermögen des *praes* bezw. die *praedia* verkaufende Magistrat in der *lex praediatoria* dem *praes*, bezw. dem bisherigen Eigentümer der *praedia* ein Einlösungsrecht bis zu einem bestimmten Termine vorbehalten haben, ein Recht der Einlösung vielleicht nicht gegen den bloßen Betrag des Preises, den der *praediator* dem Staat gegeben, sondern mit einem Zuschlag zu Gunsten des *praediator*. Der letztere hätte also zunächst nur ein widerrufliches Eigentum an den verkauften Objekten erhalten (ähnlich wie der Pfandgläubiger infolge des Zuschlags des Pfandes an ihn durch den Kaiser in der Kaiserzeit), welches sich nach unbenutztem Ablauf der Frist in ein unwiderrufliches verwandelte. Findet sich aber niemand, der mit dieser Bedingung die *bona* des *praes* bezw. die *praedia* kaufen wollte, so erfolgte *venditio in vacuum*, d. h. Verkauf zu gleich unwiderruflichem Eigentum, ohne Einlösungsrecht des *praes* bezw. des bisherigen Eigentümers. In diesem Zusammenhange wird auch die rätselhafte *usureceptio ex praediatura* begreiflich, über welche Gaius II, 61 kurz berichtet: Wenn, sagt er, der *populus* eine ihm verpfändete *(obligatam)* Sache verkauft und der Eigentümer dieselbe weiter besessen hat, so ist eine *usureceptio* gestattet, welche aber an einem Grundstück erst in zwei Jahren vollendet wird. Diese *usureceptio* kann wohl nur gestattet gewesen sein bei einem Verkauf *lege praediatoria*, nicht bei der *venditio in vacuum*, also nur bei der Übertragung zunächst widerruflichen Eigentums an den *praediator*, wofür auch spricht, daß der Besitzer noch als *dominus* bezeichnet wird, was er ja jedenfalls *ex iure Quiritium* nicht mehr war. Bei erfolgender rechtzeitiger Einlösung wird das quiritische Eigentum ohne weiteres an den frühern Eigentümer zurückgefallen sein. Besaß er ohne Einlösung die dem *praediator* verkaufte Sache weiter, ohne daß dieser sein Recht geltend machte, so fand eine *usureceptio* statt, wie ja auch bei der *fiducia nondum soluta pecunia* eine *usureceptio* möglich war. Bemerkenswert ist aber ferner, daß aus dem Bericht des Gaius hervorgeht, daß die *usureceptio ex praediatura* nicht bloß in Bezug auf Grundstücke, sondern auch in Bezug auf bewegliche Sachen möglich war. Dabei ist gewiß nicht daran zu denken, daß bewegliche Sachen dem *populus* speziell subsigniert seien, sondern es liegt darin ein Beweis mehr für die Richtigkeit der Auffassung, daß die *praedis obligatio* als eine Verpfändung des Vermögens des *praes* aufzufassen ist. Hatte der *populus* den *praes*, d. h. das Vermögen desselben *lege praediatoria* verkauft, so konnten einzelne zu diesem verkauften Vermögen gehörige Sachen vom *praes* durch *usureceptio* zurückerworben werden. In dem 53. Buch des Ediktskommentars des Paulus und dem 56. des Ulpian, in welchem höchstwahrscheinlich von dem *subsignare praedia* bezw. der *usureceptio ex praediatura* die Rede war, werden die Ausdrücke *detestatio, detestari* erklärt als ein *absenti denuntiare*, und zwar *cum testatione*. Sollte es nicht für den *praediator*, welcher den etwa in Staatsangelegenheiten abwesenden Usurezipienten nicht belangen konnte, ein Mittel gegeben

haben, um die *usureceptio* des Abwesenden zu unterbrechen? Vielleicht war jene *detestatio*, ein vor Zeugen erklärter Protest, gegenüber dem Abwesenden ein solches Mittel.

Nach der *lex Malacitana* Kapitel 64 kann das Vermögen der *cognitores* ebenso wie das der *praedes* verkauft werden, aber nur, *si quit eorum, in quae cognitores facti erunt, ita non erit,* wenn sich eine ihrer Angaben, für deren Wahrheit von ihnen einzustehen war, als falsch erwiesen hatte. Die Käufer der Sachen der *praedes* und *cognitores* bezw. der *praedia* erwarben ohne Zweifel civile Rechte an den gekauften Objekten, es standen ihnen also aus denselben auch *actiones civiles* zu Gebote. Ob, um ihre Rechte möglichst zu sichern, der Prätor in dem *edictum de praediatoribus* etwa versprochen hat, ihnen vermöge seiner *iurisdictio* noch besondere Klagen zu geben, wissen wir nicht. Das 65. Kapitel der *lex Malacitana,* nach welchem der Inhaber der Jurisdiktion *ita ius dicito iudiciaque dato ut ei, qui eos praedes cognitores ea praedia mercati erunt — — — de is rebus agere easque res petere persequi recte possit,* scheint im Zusammenhalt mit der Rubrik: *Ut ius dicatur e lege dicta praedibus et praedis vendundis* dahin verstanden werden zu müssen, daß der Magistrat jenen Personen aus allen auf sie übergegangenen, auch in der *lex praedibus et praediis vendundis dicta* ihnen noch besonders zugesicherten Rechten Klagen gewähren solle.

Juristische Personen.[1]

§ 2. Vermögenssubjekte sind der römische Staat (der *populus*) und die einzelnen selbständigen Privaten, insbesondere die einzelnen römischen Bürger. Neben diesen gab es aber, und ohne Zweifel schon in der römischen Königszeit, noch andere Vermögenssubjekte. Zunächst darf man fragen, ob die kleineren Bürgerverbände, in welche die römische Bürgerschaft gegliedert war, insbesondere also die Kurien, selbständige Vermögenssubjekte gewesen seien? Diese Frage ist zu verneinen: die Kurien sind Staatsbestandteile, welche auch eine sakrale Seite haben. Korporationen mit selbständigem Vermögen sind sie nicht, wie das daraus hervorgeht, daß die Kosten der Opfer, bezw. das den Kurionen *ob sacerdotium* Geleistete aus dem Ärar bestritten wurde.[2] Noch weniger sind die (lokalen) *tribus* Vermögenssubjekte gewesen. Zu erwähnen sind dann zunächst die gewiß uralten *collegia* der *montani* und *pagani,* welche, wie es scheint, die ganze *plebs urbana* umfaßten. Über dieselben ist fast nichts bekannt. Aus dem bei Fest. v. sifus p. 340 erhaltenen Bruchstückchen einer *lex Sulpicia rivalicia* erhellt, daß die *montani paganive* Wasser unter sich verteilen sollten. Von Cicero[3] werden sie als *conventicula et quasi concilia quaedam* der *plebs urbana* charakterisiert, deren Beschlüsse als *decreta* bezeichnet werden. Aus einer neuerlich in Rom zum Vorschein gekommenen Weihinschrift[4] erhellt, daß diese

[1] Th. Mommsen, *de collegiis et sodaliciis Romanorum.* Kil. 1843. M. Cohn, Zum röm. Vereinsrechte. Berlin 1873. P. Kayser, D. Strafgesetzgebung der Römer über Vereine und Versammlungen, in dessen Abhandl. aus d. Prozess- u. Strafrecht S. 131 ff. A. Pernice, Labeo I, S. 289. W. Liebenam, Z. Gesch. u. Organis. des röm. Vereinswesens. Die Dissertation von J. Schiess, Die röm. *collegia funeraticia* nach den Inschriften (München 1888) bezieht sich zwar nur auf die römische Kaiserzeit, ist aber auch für die republikanische Zeit nicht außer acht zu lassen. Ältere Litteratur über die römischen *collegia* findet man bei den genannten Schriftstellern verzeichnet.

[2] Fest. ep. p. 49. [3] de domo 28, 74. Qu. Cicero de pet. cons. 8, 30.

[4] Bull. della comm. arch. munic. 1887 p. 156. Mommsen, Röm. Staatsr. III. 1. S. VIII. A. 1.

Gemeinden Vermögensfähigkeit besaßen, denn die betreffende Anlage soll ausgeführt sein *de pecunia mont(anorum) montis Oppi.* Auch der in einer Inschrift (C. I. L. VI, 3823) erwähnte *paagus Montanus* erscheint dort als Eigentümer und Verpächter von Grundstücken. Von den *pagi* der Stadt werden außer dem eben genannten *pagus Montanus* in Inschriften erwähnt die *pagani Aventinenses*[1] und der *pagus Ianicolensis.*[2] Innerhalb der Stadt bildeten weiter die in der Nähe eines Kreuzweges *(compitum)* und des dort befindlichen *sacellum* Wohnenden auch Verbände, *collegia compitalicia.*[3] Auch die außerstädtischen, die ländlichen *pagi* und die *vici,* welche in alter Zeit mehr hervortraten, wie später, hatten nachweislich selbständiges Vermögen und konnten vermögensrechtlich verfügen.[4] Wie aber ist es mit den priesterlichen Kollegien, welche nicht als Glieder des staatlichen Organismus bezeichnet werden, deren Thätigkeit aber für den öffentlichen Gottesdienst und auch für die politischen Aktionen des Staates von größter Bedeutung war? Sicher ist, daß es besondere Kassen *(arcae)* für die verschiedenen Tempel und Priestertümer gab. Mommsen betrachtet dieses für Kultzwecke bestimmte Vermögen als nur faktisch von dem sonstigen Staatsvermögen separiertes Gemeindegut, die einzelnen sakralen Kassen seien rechtlich nichts gewesen, als zu besonderen Zwecken separierte und unter besondere Verwaltung gestellte Gemeindekassen.[5] Schon früher habe ich mich gegen diese Auffassung erklärt.[6] Meines Erachtens weisen die den verschiedenen Priesterkollegien zugeschriebenen *arcae* nicht auf bloß faktische Sonderung, sondern auf selbständige Vermögenskreise, auf das Dasein selbständiger Vermögenssubjekte hin, denn sie sind nicht nach Gegenständen und Verwaltungsbezirken, wie die *arca frumentaria, vinaria, Galliarum* u. s. w., sondern nach Subjekten gesondert *(arca pontificum, arca virginum Vestalium* u. a.). Daß die *loca publica in circuitu Capitolii* den *pontifices, augures* u. s. w. nur *in possessionem tradita erant*[7] und im Eigentum des Volkes blieben, steht der selbständigen Persönlichkeit jener *collegia* nicht im Wege, sie waren doch immer Subjekte der ihnen zugewiesenen *possessio,* wie auch die Privaten an den vom Staat gekauften *agri quaestorii* kein quiritisches Eigentum erhielten, dasselbe vielmehr dem *populus* verblieb. Die Gromatiker bezeichnen gewisse Äcker und Territorien als den *collegia sacerdotum* und den *virgines Vestales* gehörend.[8] Diese Äcker wurden verpachtet entweder *per lustrum* oder *annua locatione.* Wer die Verpachtung vornahm, wird nicht gesagt. Wer es aber auch gewesen sein mag, die Verpachtung wird nicht namens des *populus,* sondern namens des betreffenden *collegium* vorgenommen sein. Wenn die Arvalen ein Geschenk von 25 Pfund Gold und 4 Pfund Silber *ex pecunia fratrum Arvalium* geloben,[9] so wird diese *pecunia* als in ihrem Eigentum stehend bezeichnet; aber auch, wenn der Ausdruck nicht so unzweideutig wäre, müßte man doch annehmen, daß sie die Subjekte des Vermögens seien, aus welchem sie schenken: denn schenken kann man nur aus seinem eigenen Vermögen, nicht aus einem, dessen Genuß und Verwaltung man nur hat. Auch scheint zu der strengen

[1] C. J. L. XIV, 2105. [2] C. J. L. I, 801. 802 = VI, 2219. 2220.

[3] Ascon in Pison. 8 (Kiessling-Schöll p. 6).

[4] C. J. L. IX, 1618. VI, 3823. IX, 3173. Vgl. auch Mommsen, Staatsr. III, 1. S. 119. M. Voigt, Drei epigraphische Konstitutionen Konstantin des Gr. S. 163, S. 214 f.

[5] Staatsr. II. 1². S. 63 ff. [6] Bd. I. S. 278 f. [7] Oros. 5, 18.

[8] Siculus Flaccus p. 162. Hygin. de cond. agr. p. 119. Andere Stellen bei Marquart, Röm. Staatsverwaltg. II. S. 81. A. 3.

[9] Henzen, Acta fr. Arv. p. XLII. p. 101.

Scheidung zwischen Priestertum und Magistratur und der Selbständigkeit, welche man den priesterlichen Kollegien in ihrem Bereich, sogar dem Volk gegenüber, einräumte, besser, als eine bloß faktische Absonderung des ihnen zugewiesenen Vermögens, die selbständige juristische Persönlichkeit der priesterlichen Kollegien zu passen. Die einzelnen altrömischen Götter selbst hat man nicht als weltliche Vermögenssubjekte angesehen. Daß peregrinen, in Rom recipierten Gottheiten juristische Persönlichkeit zuerkannt wurde, gehört späterer Zeit an, wie in anderem Zusammenhange bemerkt ist.

Eine etwas nähere Erörterung erheischen die priesterlichen *sodalitates*, welche neben den priesterlichen *collegia* genannt, also von ihnen unterschieden werden. Mommsen[1] will bei solcher Zusammenstellung unter den *collegia* die der *pontifices, augures, decemviri sacrorum* und der VII *viri Epulones* verstanden wissen, welche offiziell als *collegia* bezeichnet und selten mit unter dem Ausdruck *sodalitates* begriffen würden. Er hat auch darauf hingewiesen, daß, wenn ein neuer Gott in Rom recipiert wurde, für dessen Kult seitens des Staats ein *flamen* und eine *sodalitas* eingesetzt wurden. Doch will er dies nicht so verstanden wissen,[2] als ob den ursprünglichen Gottheiten Roms, den *dii ab origine culti*, die *sodalitates* gefehlt hätten, wobei er die *fratres Arvales*, die *Luperci* u. a. im Auge hat. Sehen wir zunächst von diesen alten *sodalitates* ab, so sind die sonstigen priesterlichen *sodalitates* für von außen her recipierte Gottheiten, welche der römische Staat anerkannte, bestimmt. Dahin gehören z. B. die *sodalitates*, welche zur Zeit, als der ältere Cato die Quästur bekleidete, *sacris Idaeis magnae matris acceptis* eingesetzt wurden;[3] dahin die *sodalitates* für die verschiedenen vom römischen Staat aufgenommenen Municipalkulte, wie die *sodales sacrorum Tusculanorum*, die *sodalitas* der *sacerdotes Caeninenses* u. a. Solche *sodales* sind nun nicht eigentliche Priester, wie der *flamen*, dem sie beigegeben: sie sind *cultores*, die engere Gemeinde des recipierten Gottes, welcher der Kult desselben als Pflicht oblag. Die spezifisch römischen Staatsgottheiten bedurften in der Regel einer solchen engern Kultgemeinde nicht: falls das Vermögen der für ihren Kult bestimmten priesterlichen *collegia* nicht ausreichte, so trat der Staat mit seinen Mitteln ein, und wo die Priester nicht allein den Kult besorgen, da sind vielfach die *sacra* dieser spezifisch römischen Staatsgottheiten *sacra popularia*, d. h. solche, *quae omnes cives faciunt* (wie die *Fornacalia, Parilia, Laralia*). Anders stand es mit dem Kult der von außen recipierten Gottheiten. Sollte die Reception eine Wahrheit werden, so mußte für den Kult der dem römischen Bürger fremden Gottheit in besonderer Weise Fürsorge getroffen werden, auch für die Tragung der Kosten desselben, denn die Kosten für solche recipierte *sacra peregrina* übernahm der römische Staat nicht. Das geschah dadurch, daß für den neuen Gott eine engere Gemeinde, eine *sodalitas*, geschaffen wurde, welcher die Pflicht des Kults und auch die Bestreitung der Kosten desselben oblag. Diese *sodalitates* bedurften also der vermögensrechtlichen Selbständigkeit mehr noch, als die priesterlichen *collegia* die *pontifices* u. s. w., welche vom Staat dotiert waren, bezw. hinter denen im Notfall der Staat mit seinen Mitteln stand. Diese priesterlichen *sodalitates* knüpfen historisch an die ältere Gepflogenheit des römischen Staates an, einzelnen patrizischen *gentes* die Besorgung gewisser recipierter *sacra* zu überweisen. Aufnahmen fremder Kulte seitens des römischen Staates reichen bis in die Anfänge desselben zurück. So scheinen namentlich

[1] De colleg. et sod. p. 5. A. 12. [2] A. a. O. p. 7. [3] Cic. Cato major 13, 45.

albanische und sabinische *sacra* in uralter Zeit recipiert zu sein, deren Besorgung albanischen oder sabinischen, in Rom aufgenommenen Geschlechtern überwiesen wurde. Der sabinischen *gens Aurelia* wurde für den Kult des *Sol* vom römischen Volk ein Platz angewiesen.[1] Dem albanischen Geschlecht der *Nautii* war der Kult der albanischen (in Rom recipierten) *Minerva* überwiesen,[2] dem troisch-albanischen Geschlecht der Julier der des unrömischen, aber in Rom recipierten Apollo.[3] Es giebt dann aber auch uralte *sodalitates* für recipierte Kulte, welche nicht gentilischen Ursprungs sind, so die *sodales Titii*, welche *retinendis Sabinorum sacris* bestimmt waren.[4] — Nicht alle vom Staat gestifteten *sodalitates* hängen aber mit der Reception fremder Götter zusammen. Es giebt auch solche, welche dem Dienst ursprünglich römischer Götter bestimmt sind. Handelte es sich nämlich um einen komplizierteren Ritus bei der Verehrung solcher Gottheiten, dessen Beobachtung nicht wohl allen Bürgern überlassen werden konnte, oder um die Stiftung eines neuen Festes oder neuer Heiligtümer zu Ehren von bereits anerkannten Gottheiten, da erschien es geraten, für die Beobachtung eines solchen Ritus oder die Verehrung der Gottheit in diesem neuen Heiligtum eine engere Gemeinde von *cultores* ins Leben zu rufen, den Kult also entweder einer *gens* oder einer *sodalitas* zu überweisen. So war der Kult des Herkules an der *ara maxima* den *Potitii* und *Pinarii*, die Beobachtung der *piacularia sacrificia* der *Juno Sororia* und des *Ianus Curiatius* der *gens Horatia* überwiesen. Als später der Staat gegen eine Entschädigung der *Potitii* und *Pinarii* den Kult an der *ara maxima* unmittelbar an sich zog, mußten erst jene den *servi publici* den *ritus sacrificandi*, welchen sie allein verstanden, lehren. Fest. p. 237 s. v. *Potitium*. Die Beobachtung der altertümlichen Riten beim Fest des *Lupercalia* war den *gentes* der Quinctilii und Fabii überwiesen, später der *sodalitas* der *Luperci* übertragen, das *sacrificium Deae Diae* den *fratres Arvales*. Als im Jahre 259 = 495 die Weihung eines Tempel des Merkur stattfand, wurde für denselben das *collegium mercatorum* oder der *Mercuriales* gestiftet. Zur Feier der *ludi capitolini* wurde im Jahre 367 = 387 ein *collegium* aus denen, *qui in Capitolio et in arce habitarent*, gebildet (Liv. II, 27, 5. V, 50. Cic. ad Quint. fr. II, 5, 2).

Der historische Zusammenhang der *sodalitates* mit den *gentes*, denen vom Staat der öffentliche Kult von Gottheiten zugewiesen war, erklärt manche Eigentümlichkeiten derselben. Wie zwischen den *gentiles*, bestand auch unter den *sodales* ein enger Zusammenhang, die Verbindung durch die Zugehörigkeit zu derselben *sodalitas* wird neben *cognatio* und *affinitas*[5] genannt, es darf der *sodalis* gegen den *sodalis* nicht als Ankläger in einer Kriminalsache auftreten[6] u. dgl. Wie Gentilen ferner dasselbe Erbbegräbnis hatten, so scheinen auch die den Gentilverbindungen nachgebildeten *sodalitates* wohl gemeinsame Begräbnisse gehabt zu haben. Bei den durch den Staat selbst bezw. seine Organe begründeten *sodalitates* hatte es aber nicht sein Bewenden. Im ganzen römischen Reich waren demnächst verbreitet die *collegia sodalicia*, welche sich zum Kult einer in einem bestimmten Heiligtum verehrten Gottheit gebildet hatten und nach dieser sich benannten, deren Kult aber kein öffentlicher, sondern ein privater war.

[1] Paul. Diac. v. Aureliam familiam. [2] Serv. ad Aen. II, 166. V, 704.
[3] Serv. ad Aen. X, 316. [4] Tac. ann. 1, 54. Vgl. Varro de l. l. V, 85.
[5] Q. Cic. de pet. cons. 5, 16. Brut. 45, 166. [6] Lex repetundar. 9. 10. 20. 22.

Uralt, wie die priesterlichen *sodalitates*, sind auch die Kollegien der Handwerker. Von Plutarch, *Numa* 17, wird die Stiftung von 8 bezw. 9 solcher Handwerkerkollegien auf Numa zurückgeführt. Nach Florus I, 6, 3 soll Servius Tullius Bestimmungen über sie getroffen haben. Beide Traditionen brauchen nicht gerade in Widerspruch miteinander zu stehen: dem Servius Tullius wird hauptsächlich zugeschrieben, daß auch die *artium officiorumque discrimina in tabulas referrentur*, daß also, wie alle Gliederungen seiner Verfassung, so auch die nach Handwerkerinnungen in öffentlichen Urkunden verzeichnet wurde. Dabei muß ein bestimmter *ordo*, eine bestimmte Reihenfolge der anerkannten Innungen aufgestellt sein: denn Plinius erwähnt das *conlegium aerariorum fabrum* als *tertium*, das *conlegium figulorum* als *septimum*. Wenn wir, wie billig, die Zurückführung auf die sagenhaften Könige beiseite lassen, so darf man doch wohl der Tradition darin trauen, daß die kollegialische Verfassung der Handwerker in die Zeiten vor der servianischen Verfassung zurückgeht und in dieselbe (mit oder ohne Veränderungen) aufgenommen wurde. Gegen das so frühe Vorkommen von Handwerkerverbänden bei den Römern hat man eingewandt, daß dasselbe mit den Kulturzuständen der alten Zeit schwer in Einklang zu bringen sei. Ursprünglich sei alles, was zum Leben notwendig gewesen sei, im Hause selbst von Hausgenossen und Sklaven hergestellt worden. Aber selbst bei einfachstem städtischen Leben bedarf es doch zur Herstellung mancher für das Leben auch der Privaten notwendigen Dinge einer Kunstfertigkeit, welche ein der Übung derselben gewidmetes Leben voraussetzt und sich neben allen anderen Beschäftigungen im Hause nicht erwerben läßt. Die Betreibung solcher Gewerbe wurde allerdings eines grundbesitzenden Freigeborenen für unwürdig erachtet: nur die geringeren Klienten und armen, nicht grundbesitzenden Plebejer werden sich ihr ihres Lebensunterhalts wegen hingegeben haben. Unter den von Plutarch aufgeführten Kollegien fehlen die, deren Geschäfte im Hause betrieben wurden, wie Weber und Bäcker, es fehlen auch die feineren Gewerbe. Unsere Kenntnis der alten Kultur ist doch zu gering, um mit Bestimmtheit eines der von Plutarch genannten Gewerbe, insbesondere das der *aurifices*, jener alten Zeit absprechen zu können. Finden doch die XII Tafeln nötig, zu verbieten, einem Toten bei der Bestattung Gold mitzugeben, außer wenn es zur Befestigung der Zähne gedient hatte.[1] Die sonst von ihm genannten Gewerbe sind diejenigen, welche sich auch in den Homerischen Gedichten nachweisen lassen.[2] Was aber war der Grund, die, welche jene Handwerke betrieben, staatlicherseits so früh zu Kollegien zu vereinigen? Es ist die Meinung geäußert worden, die freien Arbeiter hätten sich deshalb zusammengeschlossen, um ihrer Hände Arbeit gegenüber der mächtigen Konkurrenz der Sklavenarbeit zu schützen, denn der zum Hausstand gehörige Sklave habe wohlfeiler arbeiten können; aber es wird in keiner Weise gezeigt, wie durch die römische Art der Handwerkerkollegien jener gefährlichen Konkurrenz hätte entgegengearbeitet werden können, denn jene Kollegien waren ja keine Gesellschaften, welche etwa mit vereinigten Mitteln die betreffenden Gewerbe ge-

[1] Cic. de leg. II, 24, 60.

[2] Vgl. über diese Frage E. Wezel, *de opificio opificibusque apud veteres Romanos* (Jahresber. über d. Kön. Fr. Wilh.-Gymnas. zu Berlin, Ostern 1881), p. 12 ff. — Büchsenschütz, Bemerkungen über d. röm. Volkswirt. der Königszeit (Wissensch. Beilage z. Programm des Fr. Werdersch. Gymnasiums zu Berlin (Ostern 1886). S. 21 ff. Liebenam a. a. O. S. 5 ff.

meinsam zu gemeinsamem Vorteil und gemeinsamem Verlust betrieben hätten. Jeder dem *collegium* angehörige Handwerker betrieb sein Geschäft für sich, oder wenn er etwa mit einem andern eine Sozietät zur gemeinsamen Betreibung des Handwerks schloß, so hatte das mit dem *collegium*, zu welchem die *socii* gehörten, nichts zu thun. Auch gehört jene gefahrdrohende Konkurrenz durch die Sklavenarbeit einer Zeit an, in welcher die Handwerkerkollegien gewiß schon lange existierten; sie trat erst auf, als mit der Ausdehnung der römischen Herrschaft die Sklaven in Rom sich mehrten und die wohlhabenden Familien viele Sklaven hatten, welche nun allerdings die verschiedensten Gewerbe betrieben. Der wahre Grund, aus welchem die römischen Könige schon die dasselbe Handwerk Betreibenden zu Kollegien zusammengefaßt haben, war einmal der, durch die in diesen Kollegien sich besser und fester fortpflanzende Tradition die betreffende Kunstfertigkeit selbst vor Verfall und Untergang zu bewahren, sodann, den Handwerkern, deren Beschäftigung sie von politischen Rechten und dem Heeresdienst ausschloß, unter sich ein festeres, den Sinn für ihre gemeinsamen Interessen hebendes Zusammenleben zu verschaffen und ihnen einen Halt zu geben, welchen ihnen ihre Stellung im Staatsleben nicht bot. —

Alt sind wohl auch die Apparitorenkorporationen (Dekurien); daß sie Vermögenssubjekte waren, zeigt sich darin, daß sie Sklaven bezw. Freigelassene haben konnten.[1] Eine höchst bedeutsame Kategorie juristischer Persönlichkeiten bildeten die von Rom aus gegründeten oder in den römischen Staatsverband aufgenommenen, bezw. ihm unterworfenen städtischen Gemeinwesen: die Kolonieen, Munizipien, die unterthänigen Peregrinenstädte. Der Unterschied, welcher bei ihnen zwischen den Munizipien, Kolonieen, Städten latinischen Rechts einerseits und den gewöhnlichen Peregrinengemeinden andererseits gemacht wird, wonach die ersteren *publicae personae* sind, die letzteren aber *privatorum locorum habentur*, ist schon in der Lehre von der *cautio praedibus praediisque* dargelegt worden und wird weiter in der von der Vormundsbestellung zur Sprache kommen.

Hier ist nun weiter noch die Geschichte der frei gebildeten Körperschaften während der republikanischen Zeit zu verfolgen. Man hat gefragt, ob in Rom in republikanischer Zeit die Vereinsbildung frei gewesen sei. Im Gegensatz zur Kaiserzeit ist anzunehmen, daß nicht etwa ein jeder vom Senat bezw. den Magistraten nicht besonders genehmigte Verein verboten gewesen sei. Eine andere Frage aber ist, ob ein jeder Verein, der sich zu irgend welchem nicht verbotenen dauernden Zweck gebildet hatte, als ein selbständiges Vermögenssubjekt anerkannt war. Dieses folgt aus dem Nichtverbotensein nicht. Das Nichtverbotensein ermöglichte dem Verein nur ungestörte faktische Existenz. Sicher ist ferner, daß es *collegia* und *sodalitates* gab, welche von den Königen bezw. Magistraten (unter Genehmigung des Senats) gestiftet waren, und kam diesen zweifellos Vermögensselbständigkeit, juristische Persönlichkeit zu. War die juristische Persönlichkeit auf diese von den staatlichen Organen gegründeten Vereine beschränkt, oder kam sie auch spontan von Privaten gebildeten Vereinen zu? In diesem Zusammenhange muß die aus dem 4. Buch von Gaius' Kommentar zur Zwölftafelgesetzgebung entlehnte L. 4 D. de colleg. et corp. 47, 2 ins Auge gefaßt werden. *His* (nämlich *sodalibus*), heißt es, *potestatem*

[1] L. 22 D. de fidejuss. et mand. 46, 1. L. 25 § 1 D. de a. v. o. h. 29, 1.

facit lex pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant. Unter *sodales* können hier nur Mitglieder solcher *collegia* oder *sodalitates* verstanden sein, wie sie der Zeit der XII Tafeln bekannt waren. Das waren aber außer den Handwerkerinnungen wohl nur Verbände für den Kult einer dem römischen Staat angehörigen oder von ihm rezipierten Gottheit. Schwerlich darf man darunter nur die von den staatlichen Organen begründeten, sondern muß wohl auch die, welche spontan sich bildeten, darunter verstehen. Dadurch, daß ihnen gestattet wird, *pactionem sibi ferre,* werden sie als selbständige Vermögenssubjekte durch das Grundgesetz des römischen Volks anerkannt; denn das darf man doch als in der Anerkennung ihrer Autonomie mitenthalten ansehen. Bemerkenswert ist, daß hier das Beschließen der *sodales* nicht als *lex,* sondern nur als *pactio,* doch aber im Gegensatz zu dem Beschließen gewöhnlicher Verträge unter Privaten, dem *pactionem facere,* diese Einigung einer juristischen Person als *pactionem ferre* bezeichnet wird. Diesem *pactionem ferre* ist aber eine ganz bestimmte Grenze gesetzt: die *sodales* sollen dadurch nicht *quid ex lege publica corrumpere,* d. h. sie sollen dadurch nichts gegen das absolute Recht, das gebietende oder verbietende Recht des Staats bestimmen können. Der Satz: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest,* gilt also auch gegenüber der Autonomie, dem *pactionem ferre* der *sodalitates. Corrumpere* ist allerdings nicht mit *mutare* gleichbedeutend, aber jede Abänderung der *lex publica* durch *pactionem ferre* der *sodales* erscheint dem Gesetzgeber als eine *corrumpere quid ex lege publica.* Daß also jeder Verein zu einem an sich verbotenen Zweck auch verboten war, daß insbesondere Vereine zur Übung verbotener Kulte verboten waren, braucht kaum besonders gesagt zu werden; es ergiebt sich aber auch aus den Bestimmungen des *Senatusconsultum de Bacchanalibus.* — Die begünstigte Lage auch der privatim für einen erlaubten Götterkult bestimmten *sodalitates* geht meines Erachtens daraus hervor, daß Personenverbände, welche in Wahrheit zu anderen Zwecken bestimmt waren, sich unter dem sie schützenden Aushängeschilde eines solchen Kultus bildeten.[1] Insbesondere gilt das von den politischen *collegia sodalicia,* welche zum Zwecke des *ambitus* und sonstiger politischer Agitation organisiert wurden. Bei dieser Annahme erklärt sich auch der spätere Sprachgebrauch, wonach *sodalitas* gerade den Verein mit politischer Tendenz, zum Zweck der Erregung politischer Unruhen, bezeichnet. Es ist nicht richtig, daß *sodalitas* in diesem Sinne, wie Cohn[2] meint, frei von jeder sakralen Umhüllung war und seinen Ursprung nur in dem geselligen Leben der vornehmen Kreise fand. Die geselligen Zusammenkünfte, die *epulae* der *sodales,* knüpfen sich auch an die den zu feiernden Gottheiten dargebrachten Opfer an: es waren Opfermahlzeiten,[3] wenngleich bei den politischen *sodalitates* die Opfer auch bloß Aushängeschild sein mochten. Auch eine andere Art von *collegia* hat wohl einen Zusammenhang mit den alten *sodalitates:* die *collegia funeraticia* der Kaiserzeit, welche nachweislich in die spätere Republik zurückreichen. In den Inschriften werden sehr häufig *collegia* erwähnt, welche nach einer bestimmten Gottheit benannt sind, welche sich geradezu *cultores* dieser Gottheit, aber auch *sodales* derselben nennen.

[1] Vgl. L. 2 D. de extraord. cr. 47, 11: *Sub praetextu religionis vel sub specie solvendi voti coetus illicitos nec a veteranis temptari oportet.*

[2] Zum röm. Vereinswesen S. 62.

[3] Vgl. Cic. Cato major 13, 45: *Sodalitates autem me quaestore constitutae sunt, sacris Idaeis Magnae Matris acceptis. Epulabar igitur cum sodalibus.* Gell. 2, 24.

Mommsen[1] hat die Ansicht geäußert, daß alle diese *collegia cultorum* nichts weiter, als *collegia funeraticia*, Kollegien, welche in irgend einer Weise für das *funus*, das Begräbnis ihrer Mitglieder, sorgten, waren. Die Benennung solcher *collegia* nach der betreffenden Gottheit habe keine andere Bedeutung gehabt, wie die Benennung mittelalterlicher Innungen nach ihrem Heiligen. Wenn nun aber auch diese *cultores* nachweislich zu großem Teil als *collegia funeraticia* zu betrachten sind, wenn der Kult der Gottheit, nach der sie sich benannten, noch so sehr in den Hintergrund getreten sein mag, so hindert das doch nicht, den historischen Zusammenhang derselben mit den alten *sodalitates*, ihr Hervorgegangensein aus denselben anzunehmen. Dafür spricht, daß auch diese Kollegien ihren Schutzgottheiten regelmäßig Opfer bringen und gemeinschaftliche Mahlzeiten halten, daß das bei ihnen vorkommende regelmäßige *stipem conferre*[2] auf eine ursprünglich gottesdienstliche Beziehung hinweist, daß auf die aus den *gentes* hervorgegangenen *sodalitates* das gemeinsame Begräbnis von den *gentes*, aus denen sie entstanden waren, übergegangen ist und von ihnen auf andere *sodalitates* übertragen sein wird. Was bei jenen alten *sodalitates* nicht Hauptsache war, das ist später bei den *sodalitates*, welche von ärmeren Leuten gebildet wurden, zur Hauptsache geworden, ohne daß darum ihrer ständigen Bezeichnung als *cultores* alle Bedeutung abgesprochen zu werden brauchte.

Es sind jetzt zunächst die Nachrichten, welche über die *collegia* oder *sodalitates* aus den letzten Zeiten der Republik erhalten sind, mitzuteilen. Manche der bestehenden *sodalitates* wurden für politische Agitationen mißbraucht, ja es wurden auch neue Vereine in Wahrheit nur zum Zwecke der Wahlagitation gebildet. Es wurden daher durch ein Senatuskonsult vom Jahre 690/64[3] diejenigen *collegia, quae adversus rempublicam videbantur esse,* aufgehoben.[4] Also nur *collegia, quae adversus rempublicam videbantur esse,* wurden aufgehoben. Es ist bezeichnend, daß das nicht durch ein Gesetz, sondern durch ein Senatuskonsult, also durch eine Verwaltungsmaßregel, geschah. Ein Gesetz erschien nicht als nötig, denn Vereine zu geradezu verbotenem Zwecke, welche gegen das Staatswohl verstießen, sind natürlich bei den Römern nie gestattet gewesen, auch nicht als bloß faktische Verbindungen. Vereine aber, welche ganz offen mit unerlaubten Mitteln *ambitus* betrieben, wenn auch unter einer andern Firma, hatten wegen dieses ihres verbotenen Zweckes nicht einmal auf Duldung als faktische Existenzen Anspruch: zu ihrer Aufhebung auch als solcher genügte ein Senatuskonsult. Die *collegia,* welche solchen Tendenzen nicht huldigten, wurden von der Maßregel nicht betroffen. Im Jahre 696/58 wurden aber durch eine von P. Clodius als *tribunus plebis* durchgesetzte *lex Clodia* die aufgehobenen *collegia* wieder hergestellt, *contra senatusconsultum,* wie Cic. pro Sestio 25, 55 sagt, d. h. gegen das Senatuskonsult, welches sie aufgehoben hatte.[5] Clodius selbst bildete dann eine Menge neuer *collegia* zu agitatorischen Zwecken. Lange hat diese *lex Clodia* nicht Bestand gehabt, denn in der Stelle des Ascon. zu Cic. pro Cornelio p. 67 heißt es, daß die *collegia et S. C. et „pluribus legibus"* aufgehoben seien. Danach darf man annehmen, daß jenes Gesetz bald durch

[1] De collegiis p. 92. [2] Vgl. Marquardt, Röm. Staatsverwaltg. III², S. 142.

[3] Über die Zeit dieses Senatuskonsults vgl. Mommsen, a. a. O. nam. S. 77; Kayser, a. a. O. S. 159; Liebenam, a. a. O. S. 21.

[4] Asconius zu Cic. in Pison. § 8 (Kiessling-Schöll S. 6). Ascon. zu Cic. pro Cornelio p. 67, eine Stelle, welche von der ersten nicht zu trennen ist. Vgl. Liebenam S. 21 ff.

[5] Anders Cohn, a. a. O. S. 57; Liebenam S. 24. A. 3.

andere Gesetze wieder aufgehoben wurde, denn zu ihrer Beseitigung genügte jetzt nicht ein Senatuskonsult, sondern es bedurfte dazu eines Gesetzes. Das von Cic. ad Q. fratrem II, 5 erwähnte Senatuskonsult enthält eine vorbereitende Maßregel und verfügt: *lexque de iis* (nämlich die *sodalitates et decuriati*) *ferretur.* Die folgenden Worte: *ut, qui non discessissent, ea poena quae est de vi tenerentur,* haben den Sinn, daß jene *sodalitates* durch das zu beantragende Senatuskonsult aufgehoben werden und ihren Mitgliedern, falls sie nicht auseinander gingen, die *poena, quae est de vi,* angedroht werden solle. Zu jenen von Asconius in Bezug genommenen *leges* gehört auch wohl die *lex Licinia de sodaliciis* vom Jahre 699/55, welche nicht mit der durch das zuletzt besprochene Senatuskonsult angeregten identifiziert werden darf.[1] Diese letztere sollte den Mitgliedern der zu verbietenden *collegia,* welche nicht auseinander gehen würden, die *poena quae est de vi* androhen. Die *lex Licinia* aber bedroht die *sodales,* welche das Bestechungsgeschäft förmlich organisiert und unter sich verteilt hätten, welche also die Handlanger des Kandidaten bei dem verbotenen *ambitus,* als Depositäre der zu den Bestechungen zu verwendenden Summen, als Austeiler derselben u. s. w. sein würden, mit Strafe.[2] Welche Strafe diese *lex* auf solche an der Bestechung teilnehmenden Thätigkeiten der *sodalicii* setzte, wissen wir nicht. — Diese Gesetze, insbesondere das erstere, müssen aber ihren Zweck schlecht erreicht haben, denn Julius Caesar sah sich nach Sueton. Caes. 42 veranlaßt, *cuncta collegia praeter antiquitus constituta* aufzulösen. Es ist wohl nicht an ein von Caesar durchgesetztes Gesetz, sondern an eine Verwaltungsmaßregel zu denken. Diese hat er aber nicht als *praefectus moribus*[3] vorgenommen, denn es ist überhaupt zweifelhaft, ob Caesar diese Stellung bekleidet habe,[4] noch weniger als *pontifex maximus,*[5] sondern als konstituierender Diktator, wie von Josephus Ant. Jud. XIV, 10, 8 geradezu gesagt wird: *Γάιος Καῖσαρ ὁ ἡμέτερος στρατηγός καὶ ὕπατος ἐν τῷ διατάγματι κωλύων θιάσους συνάγεσθαι κατὰ πόλιν* u. s. w. Zu bemerken ist, daß diese der republikanischen Zeit angehörigen Repressivmaßregeln gegen die *sodalitates* sich auf die Stadt Rom beschränkt zu haben scheinen.

Über die Organisation der *collegia* geben erst die Inschriften der Kaiserzeit nähern Aufschluß, für die republikanische Zeit mangelt es zu einer eingehendern Darstellung an Quellenmaterial. Wir dürfen aber annehmen, daß die Grundzüge der Verfassung der *collegia,* wie sie insbesondere die Inschriften aus der Kaiserzeit zeigen, schon in die republikanische Zeit zurückgehen. Auch damals werden die *collegia* schon ihre *magistri,* ihre Vorsteher, welche die Versammlungen leiteten und im Namen der *universitas* handelten, gehabt haben, daneben die staatlich anerkannten *sodalitates* vielfach auch ihren *flamen.* Schon das Sct. de Bachanalibus spricht in Bezug auf zu gottesdienstlichen Zwecken gebildete Vereine von einer *pecunia communis;* es werden also die Vereine der republikanischen Zeit schon ihre *arca communis* gehabt haben. Daß sie Beschlüsse fassen konnten, zeigt schon die früher besprochene Bestimmung über das *pactiones ferre* der *sodales.* Ihre Zusammenkünfte werden sie vielfach in den Tempeln der Gottheiten, deren Dienst sie gewidmet waren, gehabt haben. Vielleicht werden auch damals schon manche *sodalitates* ihre eigenen Vereins-

[1] Identifiziert wird die Lex Licinia mit jener Lex von Cohn, a. a. O. S. 66.
[2] Cic. pro Plancio 15, 36. 19, 37. Schol. Bob. in or. p. Plancio (Orelli p. 253).
[3] So Cohn, a. a. O. S. 71. [4] Mommsen, Staatsr. II. 1³. S. 685.
[5] Liebenam, a. a. O. S. 27.

häuser, ihre *scholae,* wie sie in der Kaiserzeit so vielfach erwähnt werden, gehabt haben.

Die Fähigkeit zur Mitgliedschaft der verschiedenen Arten von juristischen Personen war natürlich an sehr verschiedene Eigenschaften gebunden. Halten wir uns hier nur an die priesterlichen *sodalitates* und *collegia sodalicia,* so kann keineswegs als ein allgemeines Erfordernis der Mitgliedschaft dieser Verbände das römische Bürgerrecht bezeichnet werden. Es gab natürlich auch in Städten latinischen Rechts und in Provinzialstädten derartige Verbände, bei denen sich schon von selbst die Aufstellung eines solchen Erfordernisses für die Mitgliedschaft verbot. Aber auch in Rom selbst wird für die Mitgliedschaft der *sodalitates,* welche für den Kult einer fremden, in Rom recipierten Gottheit bestimmt waren, das Erfordernis des römischen Bürgerrechts nicht haben aufgestellt werden können; auch Peregrinen werden Mitglieder solcher *sodalitates* gewesen sein. Es führt uns das zur Prüfung der Auffassung der römischen Korporationen, welche insbesondere von Gierke näher ausgeführt worden ist. Nach Gierke[1] giebt es „keine römische Korporation, die nicht zuerst als publizistische Einheit vom römischen Staatsrecht anerkannt worden wäre und dann erst nachträglich als ein Accessorium die Privatrechtssubjektivität erlangt hätte"; sie sind nach ihm verselbständigte Staatsteile. Die publizistische Verbandseinheit als solche sei untauglich zum Privatrechtssubjekt. Die Privatrechtssubjektivität werde im Prinzip von der publizistischen Verbandseinheit getrennt und als eine ihr nur äußerlich angefügte fiktive Persönlichkeit konstituiert. Einmal kann nicht zugegeben werden, daß alle von uns betrachteten römischen Verbände der republikanischen Zeit als verselbständigte Staatstheile angesehen werden können, sodann ebensowenig, daß ihre Privatrechtssubjektivität nur ein nachträglich hinzugekommenes Accessorium sei. Der römische Staat der republikanischen Zeit, der *populus Romanus Quiritium,* schloß nur die römischen Bürger in sich, eine von Rom aus deduzierte latinische Kolonie kann nicht als ein verselbständigter Staatsteil angesehen werden: sie ist eine außerhalb des römischen Staats stehende Korporation. Ebensowenig können die Peregrinengemeinden der Provinzen als Staatsteile charakterisiert werden: sie sind Unterthanen des römischen Volkes, ihre Magistrate sind *privatorum loco.* Und soll der verselbständigte Staatsteil nicht ein inhaltloses Wort sein, so wird man auch die alten Handwerkerzünfte nicht als solche bezeichnen können; denn, wenn man von den Zünften absehen will, denen nach der Servianischen Verfassung ein beschränktes Stimmrecht neben den Klassen eingeräumt war, so bestehen sie aus den politisch-rechtlosen Bürgern, welche außerhalb des in Klassen und Centurien gegliederten *exercitus,* des eigentlichen Staates standen. Was aber die priesterlichen *collegia* und *sodalitates* betrifft, so haben wir gesehen, daß gerade den alten Kollegien, welchen die Sorge für den Kult und der Verkehr mit den nationalrömischen Gottheiten oblag: den *pontifices, augures* u. s. w., die vermögensrechtliche Selbständigkeit bestritten worden ist, und ihre Kassen dem Rechte nach als nur zu besonderen Zwecken separierte und unter besondere Verwaltung gestellte Gemeindekassen bezeichnet worden sind, und wenn dies auch als zu weit gehend bezeichnet werden mußte, so ist es doch richtig, daß diese *collegia* als dem eigentlichen römischen Staatsorganismus angehörig zu betrachten sind, und eventuell die Staatskasse für ihre Bedürfnisse, soweit dafür das eigene Ver-

[1] Das deutsche Genossenschaftsrecht III, S. 66 ff.

mögen nicht reichte, aufzukommen hatte. Die *sodalitates* dagegen sind größtenteils für den Kult von dem römischen Staat zunächst fremden, von ihm nur recipierten Gottheiten gegründet, dessen Kosten der römische Staat nicht tragen wollte, sondern bestimmten *gentes* oder *sodalitates* überließ, welche letzteren aber ebendarum als selbständige dauernde Vermögenssubjekte gegründet werden mußten. Ihrer ganzen historischen Entstehung und Bestimmung nach können diese *sodalitates* gewiß nicht als verselbständigte Staatsteile charakterisiert werden. — Nirgends ist aber auch nur die geringste Andeutung davon zu finden, daß den Kolonieen, Provinzialgemeinden, Zünften, *sodalitates* erst nachträglich vermöge einer Fiktion die privatrechtliche Vermögensfähigkeit beigelegt sei. So bald die Kolonie oder die *sodalitas* durch den betreffenden Akt gegründet ist, kommt ihr auch die privatrechtliche Vermögensfähigkeit zu. Von vornherein war sie als ein Wesen gegründet, welches seine selbständigen, mit denen des römischen Staates nicht zusammenfallenden Interessen und Bedürfnisse hatte, für welche es eines Vermögens bedurfte, und von vornherein war sie als Selbstzweck anerkannt, für welchen ein eigenes Vermögen bestimmt sein konnte.

Connubium und commercium. Charakter des ältesten römischen Privatrechts.

§ 3. Der Begriff der *civitas romana* als einer allen römischen Bürgern gleichmäßig zukommenden Rechtsfähigkeit hat sich auch in privatrechtlicher Beziehung erst allmählich ausgebildet. Noch nicht einmal mit den 12 Tafeln, sondern erst mit der das *connubium* zwischen den Patriziern und Plebejern einführenden *lex Canuleja* kann diese Entwickelung als im wesentlichen abgeschlossen angesehen werden, denn was jetzt etwa noch den Patriziern vorbehalten blieb, wie die *confarreatio*, war von keiner großen privatrechtlichen Bedeutung. Aber schon vor den 12 Tafeln und der *lex Canuleja* waren die Plebejer zu Ehen unter sich fähig, welche als *iusta matrimonia*, als nach römischem Recht gültige Ehen angesehen wurden, sie waren aller Familiengewalten: der *manus, patria potestas, tutela* u. dgl. fähig. Bevor sie nicht dieses Teiles des Rechts des alten *populus Romanus Quiritium* teilhaftig gemacht waren, konnten sie noch gar nicht als in den Staat aufgenommen, als Bürger desselben in irgend welchem Sinne angesehen werden. Es ist aber nicht unwahrscheinlich, daß dieser Aufnahme in ein Bürgerrecht schlechtester Art eine Zeit vorhergegangen, in welcher die nachmaligen Plebejer *dediticii* des römischen Staates waren, derart jedoch, daß sie nicht durch Vertrag, sondern einen einseitigen Akt des siegenden Volks, also sachlich eine *lex*, des römischen Vermögensrechts teilhaftig gemacht waren. Damals scheinen sich die nachmaligen Plebejer in der gleichen Lage befunden zu haben, welche durch eine Bestimmung der 12 Tafeln den *supra infraque Romam* wohnenden *Forcti* und *Sanates* zugestanden wurde, d. h. es war ihnen das *ius nexi mancipiique*, die Teilnahme am römischen Vermögensrecht verliehen.

Schon in früher Zeit haben die Römer innerhalb des Gesamtumfanges der Rechtsfähigkeit eines römischen Bürgers gewisse beschränkte Sphären unterschieden, zwischen denen eine Rangordnung in der Weise besteht, daß zwar höhere versagt sein können, die höheren aber die niedrigen fast immer voraussetzen. Unter den publizistischen Rechten stand das *ius honorum* höher als das *ius suffragii*, die Plebejer waren bekanntlich noch lange von dem erstern ausgeschlossen, als sie das letztere schon besaßen. Die publizistische Rechtsfähigkeit steht dagegen

höher, als die privatrechtliche; die sogenannte *civitas sine suffragio*, das Halbbürgerrecht gewährte volle römische Privatrechtsfähigkeit, enthielt aber nichts von den politischen Rechten der Civität. Innerhalb der Sphäre der Privatrechtsfähigkeit steht das *connubium* höher als das *commercium*, das *connubium* wurde fast nie verliehen ohne das *commercium*, wohl aber wurde häufig *commercium* (oder auch das *ius nexi mancipiique*) ohne *connubium* gewährt. Seit sehr alter Zeit kam es vor, daß die Römer die Anghörigen anderer, zu ihnen in näherer Beziehung stehender Staaten einzelner Teile ihres streng nationalen Rechts teilhaftig machten, daß sie ihnen namentlich *connubium* oder *commercium* mit römischen Bürgern gewährten. Die Begriffe *connubium* und *commercium* werden aber von unseren namhaftesten Juristen in einer Weise bestimmt, welche von M. Voigt[1] mit Recht als unhaltbar bezeichnet ist. *Connubium* ist nach Savigny,[2] Böcking[3] u. a. die Fähigkeit zu einer römisch gültigen Ehe, sowie zu allen davon abhängigen nach römischem Civilrecht möglichen Rechten, welche durch die Mitgliedschaft in einer römischen *familia* begründet werden, z. B. *patria potestas*, Agnation u. dgl. Geht man von den antiken Definitionen des *connubium* aus, so kommt man zu anderen Resultaten. Das *connubium* wird definiert vorzugsweise mit Rücksicht auf den Mann, es ist die Fähigkeit desselben, mit einer Frau eine echte Ehe einzugehen,[4] welche die Wirkung hat, daß die daraus entsprossenen Kinder ihm und nicht der Mutter folgen, es ist, wie Ulpian sagt, die *uxoris iure ducendae facultas*. Der Mann, der solche Fähigkeit hat, ist weiter fähig zu allen römischen Familiengewalten: *manus*, *patria potestas*, *tulela*, zu Agnation, Intestaterbrecht. Für die Frau ist das *connubium* zu definieren als die (passive) Fähigkeit zu einem *matrimonium legitimum*, das *ius legitimi matrimonii* (Servius in Aen. I, 73), und damit die Fähigkeit, in der *manus* des Ehemannes zu stehen, sowie zur agnatischen Verbindung mit seinen Agnaten und zum Intestaterbrecht. In alter Zeit wurde das *connubium* von den Staaten wohl unzweifelhaft wechselseitig einander verliehen; und, wie wir voraussetzen dürfen, so, daß dabei die nach dem Recht der beiden Staaten bestehenden für das *connubium* in Betracht kommenden Standesverschiedenheiten beobachtet wurden, d. h. die römischen Patrizier erhielten das *connubium* mit den Herrengeschlechtern der anderen *civitas*, die Plebejer mit deren Plebejern. Wenn ein Römer mit einer Fremden, mit welcher er *connubium* hatte, eine Ehe einging, so wird sie, da es in alter Zeit nur Ehen mit *manus* gab, römische Bürgerin bezw. Patrizierin geworden und in seine *manus* eingetreten sein. Wenn umgekehrt eine Römerin von einem einer andern *civitas* angehörigen Mann, mit welchem sie *connubium* hatte, geheiratet wurde, so erwarb der Mann nicht etwa römische *manus* über sie, er erhielt nicht römische *patria potestas* über die aus dieser Ehe entsprossenen Kinder u. s. w., sondern es lag eine nach dem Recht seiner, des Mannes, *civitas* gültige Ehe vor, welche die nach dem Recht dieser *civitas* eintretenden Wirkungen hatte. Seitdem es bei den Römern ein *iustum matrimonium* ohne *manus* gab, ließ die Ehe eines römischen Bürgers mit einer *peregrina*, mit welcher er *connubium* hatte, die Stellung dieser unverändert: die Frau wurde dadurch nicht *civis romana*, trat nicht in die *manus* des Mannes und nicht in agnatische Verbindung mit den Agnaten des Mannes, bezw. ihren eigenen

[1] Das *ius naturale* u. s. w. IV. 2. S. 72 ff. [2] Vermischte Schriften I S. 17.
[3] Pandekten des röm. Privatrechts I[2] S. 142.
[4] Ulp. 5, 3: *Connubium est uxoris iure ducendae facultas.*

Kindern. Wenn umgekehrt ein Peregrine, welchem durch ein römisches Gesetz *connubium* mit römischen Bürgerinnen verliehen war, eine solche heiratete, so machte ihn das *connubium* nicht etwa der römischen Familiengewaltrechte fähig: es hatte nur die Wirkung, daß die Kinder ihm und nicht der Mutter folgten, also Peregrinen wurden (Gai. I, 77). Auch durch römisches Gesetz verliehenes *connubium* hat also keineswegs Fähigkeit zu römischen Familienrechten zur Folge.

Commercium ist nach denselben oben genannten Juristen die Fähigkeit zur Manzipation, d. h. demjenigen Rechtsgeschäft, von welchem nach ältestem römischen Rechte die Vermögensrechte durchgängig abhängig waren, also die Fähigkeit zu allen damals nach *ius civile* möglichen Vermögensrechten. Diese Definition nimmt darauf keine Rücksicht, daß das *commercium* in alter Zeit wohl stets wechselseitig verliehen wurde. Nach Huschkes Ansicht[1] konnte dagegen das *ius commercii* nach Analogie des *ius connubii* nur die Bedeutung haben, daß die Römer mit den Mitgliedern des Volks, mit welchen das *ius commercii* bestand, die Gemeinschaft des civilen Kaufs hatten, d. h. daß ein Römer durch Manzipation von ihnen, sie durch das bei ihnen der Manzipation entsprechende civile Kaufgeschäft von einem Römer ebenso Eigentum erwerben konnten, als wenn das Geschäft mit einem Mitgliede ihres Volks vorgenommen wäre. Es soll danach ein Latine mit dem *ius commercii* an römischen Grundstücken durch Manzipation von einem Römer nur latinisches Eigentum erworben haben. Es ist hier von Huschke einmal verkannt, daß die behauptete Analogie des *ius connubii* sich nicht durchführen läßt, da bei dem *commercium* die Verschiedenheit der Stellung von Mann und Weib, welche sich in den Wirkungen des *connubium* geltend macht, wegfällt. Sodann ist in jener Ansicht die Wechselseitigkeit des *commercium* nicht genügend berücksichtigt. Wenn der römische Staat und eine latinische *civitas* ihren Bürgern gegenseitig *commercium* gewährt hatten, so konnte der Latine vom Römer, sowie umgekehrt der Römer vom Latinen durch Manzipation römisch civiles Eigentum erwerben, es konnte ferner der Römer vom Latinen, sowie umgekehrt der Latine vom Römer durch den der Manzipation entsprechenden latinischen Rechtsakt latinisches Eigentum erwerben. Dabei ist noch zu bemerken, daß auf römische Grundstücke nur die römische Manzipation, auf Grundstücke der latinischen *civitas* nur der entsprechende latinische Rechtsakt Anwendung finden konnte, während bewegliche *res mancipi* sowohl Gegenstand der römischen Manzipation als auch (sofern es nach dem Recht der latinischen *civitas* eine entsprechende Sachenkategorie gab) des entsprechenden latinischen Rechtsakts werden konnten. *Commercium* in diesem Sinne verliehen die Römer im ganzen nur solchen *civitates,* welche zu einer entsprechenden Gewährung imstande waren, d. h. solchen, in deren Recht sich ein der römischen Manzipation entsprechender Rechtsakt mit entsprechender Wirkung vorfand. Das traf aber nur zu bei den Rechten der stammverwandten latinischen *civitates,* bezw. der späteren *coloniae latinae.* Wurde einem Peregrinen *commercium* verliehen, so konnte natürlich von jener Wechselseitigkeit des *commercium* nicht die Rede sein, da der peregrinische Staat etwas der römischen Manzipation Entsprechendes nicht zu bieten hatte. Der Begriff des *commercium* ist enger, als der des *ius nexi mancipiique,* denn in jenem ist der eine Bestandteil dieses letztern, die Fähigkeit, ein *nexum* im engern Sinne, jenes altcivile strenge Darlehn einzugehen, nicht

[1] Gaius S. 215 A. 29.

enthalten. Die an das *nexum* geknüpfte prozessualische Wirkung, die in das streng römische Exekutionsverfahren auslaufende *legis actio per manus iniectionem* war sicher nur unter *cives romani* bezw. im Fall besonderer Anordnung einer *lex* unter dem römischen Staat unterworfenen *dediticii* zulässig. In diesem Zusammenhange ist aber zu fragen, ob der Begriff des *commercium* auf die Fähigkeit zur Manzipation[1] in ihren verschiedenen vermögensrechtlichen Anwendungen beschränkt geblieben sei. Daß die *usucapio,* als eine bloße Ergänzung mangelnder, mangelhafter oder unwirksamer *mancipatio,* unter Personen möglich war, welche *commercium* miteinander hatten, kann nicht zweifelhaft sein. Sehr zweifelhaft dagegen scheint es, ob den Latinen Fähigkeit zur *in iure cessio,* der *legis actio* in ihrer Anwendung auf Begründung von civilen Rechten, zugekommen sei. Fähigkeit zu der auf römische Bürger beschränkten Form der Stipulation, der *sponsio,* umfaßte das *ius commercii* nicht: jene konnte nur auf besonderer Verleihung der *sponsus communio,* falls eine solche überhaupt vorgekommen sein sollte, beruhen.

Das Privatrecht des *populus Romanus Quiritium* vor dem Hinzutritt der Plebejer zum römischen Staat trug, wenigstens was die Familienverhältnisse betrifft, ebenso wie die ältesten staatsrechtlichen Institutionen den Charakter strenger Geschlossenheit. Die durch *confarreatio* begründete Ehe war, abgesehen von einigen Fällen, in welchen der Mann die Frau verstoßen konnte, durch Scheidung nicht lösbar, die *patria potestas* dauerte bis zum Tode des Vaters oder Kindes. eine *in adoptionem datio* gab es noch nicht, nur eine Arrogation einer *persona sui iuris,* aber nur mit Zustimmung des Volks, hauptsächlich wohl, um das Aussterben einer *familia* oder *gens* zu verhüten. Auch Freilassung, wenn auch früh aufgekommen, war ursprünglich vielleicht unmöglich und gewiß zunächst sehr selten. Testamente, durch welche die nächsten Familienangehörigen ausgeschlossen und *extranei* eingesetzt wurden, waren in ältester Zeit ohne Zweifel auch sehr selten. — Ein neuer Geist, welcher für die Entwickelung des Privatrechts sich nicht minder bedeutsam erweisen sollte, als für die Fortbildung der politischen Institutionen, trat mit der Aufnahme der Plebejer in den römischen Staat ein. Die Plebejer, nicht als *gentes,* sondern als einzelne in den Staat aufgenommen, von allen gentilicischen und sakralen Banden losgelöst, brachten gegenüber der Abgeschlossenheit und dem Stillstand der Altbürgerschaft einen oppositionellen Geist der Bewegung und des Fortschritts in das Gemeinwesen, und der Paarung jener patrizischen konservativen Tendenz, welche zäh am Alten festhält, und des progressiven plebejischen Geistes verdankt das römische Privatrecht jene sich nicht überstürzende, aber stetige und unaufhaltsame Entwickelung, welche das Alte nicht direkt aufhebt, sondern dasselbe verändernde und erweiternde neue Bildungen ansetzt, infolge deren aus einfachen Keimen ein allmählich komplizierteres und doch harmonisch sich gestaltendes Ganzes immer reicher und voller erwächst. Durch die starke Zunahme der Bevölkerung infolge der Aufnahme der Plebejer mußte zunächst der private Vermögensverkehr ein viel lebendigerer werden, das städtische Leben entfaltete sich mehr, und es bildete sich infolgedavon der Gegensatz zwischen Stadt und Land schärfer aus, was die Ursache von Neubildungen auch im Gebiet des Privatrechts wurde. Das Erblühen des städtischen Verkehrs führt dahin, daß mehr und mehr an Stelle der Naturalwirtschaft

[1] Ulp. XIX, 5 definiert: *Commercium est emendi vendendique invicem ius* und versteht unter dem Kauf die Mancipation.

eine Geldwirtschaft tritt, und im Geldwesen selbst treten dann bedeutsame Veränderungen ein, welche weiter wichtige Umbildungen im Privatrecht zur Folge gehabt haben. Anfangs nur auf eine Gemeinschaft des Vermögensrechts mit den Altbürgern beschränkt, erstritten sich die Plebejer auch eine immer weitergehende Gemeinsamkeit des Familienrechts mit ihnen, und die strenge Geschlossenheit des römischen *familia* erfährt dabei eine wesentliche Lockerung. Das Mittel, neue Institutionen zu schaffen, wurde vorzüglich der Patriziern und Plebejern gemeinsame Akt der Manzipation. Durch sinnreiche Verwendung derselben gelangte man zur Einführung der Emanzipation, der *in adoptionem datio*, einer neuen Eheeingehungsform, einer neuen Testamentsform. Alle diese Akte: *emancipatio, in adoptionem datio, coemtio, testamentum per aes et libram*, zeigen, wenn sie auch chronologisch auseinander liegen mögen, die Charakterzüge einer neuen Entwickelungsperiode, in welchem sich unter dem Einfluß des plebejischen Geistes das römische Recht aus der strengen Geschlossenheit der alten *familia* und von den Banden des *ius sacrum* loszuringen sucht. Um alles dieses im einzelnen näher bestätigt zu finden, bedarf es zunächst einer allgemeinen Darlegung des Wesens der altrömischen *familia*.

Begriff der familia pecuniaque.

§ 4. *Familia* im römischen Sinne ist der Inbegriff der unter der privatrechtlichen Herrschaft eines selbständigen römischen Bürgers vereinigten Gegenstände, sowohl Personen als Sachen: die Hausgenossenschaft, das Hauswesen. Eine musterhafte Erörterung der verschiedenen Seiten und Entwickelungsstadien des Begriffs der *familia*, soweit sie irgend noch für seine Zeit in Betracht kamen, giebt Ulpian in l. 195 §§ 1 ff. D. de verb. sign. 50, 16. Zuerst hebt er hervor, daß zur *familia* sowohl Sachen als Personen gehören: *Et quidem varie accepta est: nam et in res et in personas deducitur.* Beginnen wir mit den Personen, so bezeichnet *familia* ein gewisses *corpus* von Personen, ein engeres oder weiteres: *Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur.* Dieses engere oder weitere *corpus* von Personen, welche sich nur als verschiedene natürliche Entwickelungsstadien des Begriffs *familia* darstellen, sind folgende: *Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patremfamilias, matremfamilias, filiumfamilias, filiamfamilias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. Familia* im engeren Sinne sind danach die der Gewalt desselben *paterfamilias* jetzt unterworfenen Personen, also die *uxor in manu*, die *filii* und *filiae*, die Enkel und Enkelinnen von noch in der Gewalt des Vaters stehenden Söhnen u. s. w. Das Unterworfensein unter die privatrechtliche Gewalt desselben *paterfamilias* verbindet diese Personen zu der Einheit derselben *familia*, und die Zugehörigkeit zu derselben, sei es in der Stellung des Herrschers oder des Unterworfenen, wird durch den Zusatz des Genetivs *familias* zu der Vaters-, Mutters-bezeichnung angedeutet: *materfamilias, filiusfamilias, filiafamilias.* Dabei ist aber zu bemerken, daß *paterfamilias* nicht bloß den bezeichnet, der wirklich schon andere Personen in seiner Gewalt hat, sondern den, welcher als selbst schon gewaltfrei einer solchen Familiengewalt abstrakt fähig ist. Der Tod des *paterfamilias* macht die unmittelbar seiner Gewalt unterstehenden Personen frei von dieser, und mit dem Ende der Gewalt hat diese engere *familia* ihr Ziel

erreicht; durch natürliche Entwickelung sind aus ihr mehre andere hervorgegangen, denn jede der Gewalt des verstorbenen *paterfamilias* unterworfen gewesene Person bildet nun mit den ihr etwa unterworfenen Personen wieder eine engere *familia* für sich *(et cum paterfamilias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt).* Eine Frau freilich ist nicht fähig, die *familia,* aus welcher sie hervorgegangen ist, weiter fortzupflanzen und einen Zusammenhang von ihr abstammender Personen mit jener *familia* zu vermitteln, denn sie ist selbst keiner Familiengewalt fähig, wodurch dieser Zusammenhang hergestellt werden könnte *(mulier familiae suae et caput et finis est).* Jenes durch den Tod des Gewalthabers bewirkte natürliche Hervorgehen mehrerer *familiae* aus einer *familia* führt zu der Bedeutung der *familia* im weitern Sinne. Bilden die Angehörigen dieser mehreren *familiae* auch keine *familia* im engern Sinne mehr, so ist doch durch jene natürliche Entwickelung der bisherige rechtliche Zusammenhang zwischen den zu ihnen gehörigen Personen zwar wohl ein lockerer, weiterer geworden, aber nicht völlig zerrissen. *Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patrefamilias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui(a) ex eadem domo et gente proditi sunt.* Die zu den aus der einen ursprünglichen *familia* hervorgegangenen *familiae* gehörigen und weiter dazu geborenen (bezw. adoptierten) Personen bilden eine *familia* im weitern Sinne, sind *adgnati,* da sie immer noch ideell durch die die ursprüngliche *familia* beherrscht habende *potestas* des Stammvaters geeint sind. Und wenn dann auch im Verlauf der Generationen die Möglichkeit des Nachweises des Grades der Agnation sich verloren hat, so bleibt doch noch der im Gedächtnis an gewissen Familieninstitutionen sich erhaltende rechtliche Zusammenhang zwischen den *familiae. Item appellatur familia plurium personarum, quae ab eiusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur (sicuti dicimus familiam Iuliam), quasi a fonte quodam memoriae.*[1]

Die Zugehörigkeit des einzelnen Individuums zu der *familia* im engern Sinne und in ihren entfernteren Entwickelungsstadien drückt sich sehr prägnant in den dem Individualnamen hinzugefügten Namensdeterminativen aus. Zu dem Individualnamen tritt hinzu nicht bloß eine Angabe des Stammes, der *gens* oder der *familia* in ihrem entferntesten Entwickelungsstadium, sondern auch eine Angabe der Ascendenz, nämlich des gegenwärtigen oder gewesenen Gewalthabers, sowie des Gewalthaber .des Gewalthabers u. s. w., also der Ascendentenreihe, welche den Zusammenhang des Individuums mit dem Stamm vermittelte. Der Name soll also die Person kennzeichnen als Individuum und nach ihrer agnatischen Abstammung.[2] Was die Stellung des Namens betrifft, so wird bei den Römern die Ordnung beobachtet, daß auf den Individualnamen zunächst der Stammname folgt, und daran erst die Angabe des Ascendenten geschlossen wird, obwohl es natürlicher wäre, daß, wie es bei den Griechen u. a. geschieht, die Namen des Vaters, Großvaters, welche ja den Zusammenhang des Individuums mit dem Namen vermitteln, zwischen den Individualnamen und Stammnamen

[1] M. Voigt, Ius naturale III, S. 1163 f. sucht nachzuweisen, daß die Agnation die civilen Verwandten bis zu und mit dem sechsten Grade umfasse, während mit dem siebenten Grade die Agnation aufhöre und die Gentilität allein Platz greife.

[2] Vgl. über das römische Namenwesen Th. Mommsen in d. röm. Forsch. I. S. 33 ff. A. Schneider, Beiträge z. Kenntnis der röm. Personennamen und die hier S. VII angeführte Litteratur.

gestellt würden. Über die Namen innerhalb einer *gens* Bestimmungen zu treffen, galt in alter Zeit als zur Befugnis der *gens* gehörig.[1] Auch die Freigelassenen haben Anspruch auf den Namen des Geschlechts, zu welchem sie gehören. Eine Unterscheidung aber zwischen ihnen und den vollberechtigten Gentilen scheint in alter Zeit dadurch erreicht zu sein, daß ihnen das *praenomen* versagt war. Das *cognomen* ist „niemals rechtlich allgemein geworden". Wo es aber innerhalb größerer *gentes stirpes* giebt, kommen *cognomina* vor, welche innerhalb der *gens* die *stirps* bezeichnen und innerhalb der *stirps* erblich werden. Nur bei der Nobilität kamen solche erbliche *cognomina* vor. Ebenso wie die Hinzufügung eines *cognomen*, gehört auch die Hinzufügung der lokalen *tribus*, welcher der Betreffende angehört, zum Namen erst späterer Zeit an, hat sich aber eher festgestellt, als die des *cognomen*, was darin hervortritt, daß das *cognomen* erst hinter der *tribus* steht.

Auch die der privatrechtlichen Herrschaft des selbständigen *civis romanus* unterworfene Sachgesamtheit wird mit dem Wort *familia*, bezw. vollständiger als *familia pecuniaque* bezeichnet, und zwar nicht bloß, wenn es sich um den Übergang dieses Sacheninbegriffes auf andere Subjekte infolge des Todes oder einer sakralen *capitis diminutio* des bisherigen Inhabers handelt, sondern auch sonst, wie die Bestimmung zeigt, daß ein Magistrat eine Mult verhängen solle *dum minoris partis familias taxat*. Namentlich für das Erbrecht wird die ursprünglich römische Auffassung wichtig, daß dieser Sacheninbegriff mit den unter der Herrschaft des *civis romanus* stehenden freien Personen durch den einheitlichen Herrscher, welchem sie alle, wenn auch in verschiedener Weise, gehören, zu einer Einheit zusammengefaßt wird. Doch ist die Zugehörigkeit der Sachen zu jener Hausgesamtheit noch eine mehr oder minder feste und enge. Es giebt Sachen, welche für das ursprüngliche, auf Grundbesitz und Ackerbau gegründete römische Hauswesen eine wesentliche Bedeutung haben und daher in einer innigern Beziehung zu demselben stehen, als andere. Sie gehören, wie die der Herrschaft des alten Römer unterworfenen freien Personen, zur *familia* im Gegensatze der *pecunia*. Eine uralte gemeinschaftliche Bezeichnung der privatrechtlichen Herrschaft des *civis romanus* über die zur *familia* gehörigen Personen und Sachen, welche eine Verschiedenartigkeit der unter diesem Ausdruck begriffenen Rechte nicht ausschließt, ist *manus*. Von den Sachen gehören außer den Sklaven, für deren Gesamtheit die Bezeichnung *familia* ja besonders häufig ist, die übrigen *res mancipi* zur *familia;* es ist ihnen mit den der Familiengewalt unterworfenen Personen gemeinschaftlich, daß sie, wenn auch mit anderer Wirkung als jene, mancipiert werden können. Die *pecunia* im engern Sinne, das Kleinvieh (Schafe, Ziegen, Schweine u. s. w.), hatte aus Gründen, welche erst später bei besonderer Betrachtung des Gegensatzes der *res mancipi* und *nec mancipi* entwickelt werden können, nur einen losern Zusammenhang mit dem Hauswesen. Hier aber schon sind verschiedene bisher nicht erkannte, nicht unmittelbar mit jener Lehre zusammenhängende Unterschiede dieser Sachkategorieen zusammenzustellen. Zunächst handelt es sich um einige die Vormundschaft in ihrer ältern Gestaltung betreffende Sätze. Dem *tutor* ist immer eine Gewalt über die (sächliche) *familia* des Bevormundeten eingeräumt, nicht immer auch über die *pecunia* in dem vorher bezeichneten Sinne. Hier macht sich vielmehr der Unterschied der *tutela pupillorum* und der *tutela mulierum* geltend. Der *tutor pupilli* hat Gewalt

[1] Vgl. die Stellen bei Mommsen, a. a. O. S. 16 A. 16.

über *familia pecuniaque pupilli,* auch von der *pecunia* kann der Pupill nichts ohne die *auctoritas tutoris* veräußern; der *tutor mulieris* hat nur Gewalt über die *familia* desselben, nicht über ihre *pecunia:* von der *pecunia* kann sie ohne seine Genehmigung veräußern, die *familia* dagegen soll den Agnaten gesicherter bleiben, zur Veräußerung einer zur *familia* gehörenden *res mancipi* ist die *auctoritas tutoris* nötig. Der *curator furiosi* hat ursprünglich nur Gewalt über die *pecunia,* nicht über die *familia* des *furiosus:* von der *pecunia* kann er veräußern, nicht aber von der *familia,* bezüglich dieser ist seine Aufgabe nur, dieselbe in ihrem gegenwärtigen Zustande zu erhalten *(si furiosus escit,* sagen die XII Tafeln, — *adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto).*[1] Es bleibt endlich ein Satz aus der ältern Legatenlehre anzuführen, welcher bei der jetzigen Gestalt unserer Quellen am meisten auffallen wird. Die *pecunia* folgt wegen ihres doch immer vorhandenen Zusammenhangs mit der *familia* der letztern, wenn dieselbe beim Tode ihres Inhabers auf Erben übergeht. Setzte der *civis romanus* testamentarisch einen Erben ein, so konnte er durch Anordnung von Legaten Einzelnes dem Erben entziehen, aber nur von der *pecunia,* nicht von der *familia:* die letztere mußte (von Freilassungen abgesehen) ungeschmälert dem *heres* verbleiben. Die betreffende Zwölftafelbestimmung lautet nach Ulpian fr. XI, 14 und Paulus in l. 53 pr. D. de verb. sign. 50, 16 (von geringfügigen Differenzen zwischen ihnen abgesehen): *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto,* dagegen der Auctor ad Herenn. I, 13, 23 und Cic. de invent. II, 80, 148 geben an: *Paterfamilias uti super familia pecuniave (pecuniaque) sua legaverit (legassit), ita ius esto.* Die von Ulpian und Paulus überlieferte Fassung ist die genauere. Der Sinn der Bestimmung ist folgender. Dieselbe handelt nur vom *legare suae rei,* d. h. von Nebenbestimmungen, welche der Hauptbestimmung über die *res sc. familiaris,* d. h. der Erbeinsetzung, hinzugefügt werden. Die Erbeinsetzung, auf welche man das *legare super famtlia* hat beziehen wollen, ist in Wahrheit kein *legare suae rei,* sondern es ist die Hauptverfügung über den Nachlaß, welche in unserer Zwölftafelbestimmung vorausgesetzt wird. Damit scheint zunächst der Ausspruch des Pomponius in l. 120 D. de verb. sign. 50, 16 nicht vereinbar zu sein, wonach: *verbis legis duodecim tabularum his ‚uti legassit suae rei, ita ius esto' latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi e. q. s.* Auch diese Äußerung des Pomponius bezw. des Quintus Mucius kann nicht als Beweis dafür angesehen werden, daß der Ausdruck *legare* in den 12 Tafeln als Bezeichnung jeder Art letztwilliger Verfügung gebraucht sei und erst später auf eine Art (das Legat) beschränkt worden sei, denn dann wäre höchst auffällig, daß das Wort später gerade dasjenige *legare* nicht mehr bezeichnet hätte, welches die Grundlage jedes andern bildete, die Erbeseinsetzung. Jene Äußerung erklärt sich vielmehr aus der Art, wie die Zwölftafelbestimmung über das *legare* zur Bildung des *testamentum per aes et libram* verwandt ist. In diesem nahm, wie später zu zeigen ist, das *dare legare* auch die Erbeseinsetzung in sich auf. Dies vor Augen, haben die späteren Juristen das *legare* in der Zwölftafelbestimmung auch auf die Erbeseinsetzungen bezogen. Diese Deutung war fast unvermeidlich, wenn ihnen der alte längst abgekommene Unterschied zwischen *familia* und *pecunia* nicht mehr bekannt

[1] Auf den Unterschied der Befugnisse des *tutor* und des *curator* in Bezug auf die *familia* und *pecunia* der Pfleglinge hat auch Ihering aufmerksam gemacht in seinem Jahrbuch XXIII S. 208 Anm.

war. Dieser Unterschied rührte her aus den Zeiten der Naturalwirtschaft, in welchen die Vermögensbestandteile nach ihrem mehr oder minder bedeutenden Gebrauchswerte in dieser Weise unterschieden waren. Fortgewirkt hatte der Unterschied, wenn auch nicht völlig in der alten Weise, auch nach dem Aufkommen des gemünzten Geldes. Als aber die Unterwerfung Italiens vollendet war, als die kommerzielle und industrielle Thätigkeit der Römer sich steigerte, die überseeischen Beziehungen von immer größerer Bedeutung wurden und das großstädtische Wesen Roms sich zu entwickeln begann, da wurden die Nachwirkungen der alten Naturalwirtschaft beseitigt. Rom trat in das hellenische Geld- und Münzwesen ein, neben der Kupferprägung wurde die Silberwährung angenommen und 485 von Rom, als dem Haupt Italiens, ein für ganz Italien geltender Kourantfuß eingeführt. Diese ganze Entwickelung wirkte nivellierend auf den naturalwirtschaftlichen Unterschied zwischen *familia* und *pecunia,* es hat sich jetzt ausgebildet der Begriff des Vermögens als einer Einheit von Rechten und Verpflichtungen, welche sich sämtlich auf einen größern oder geringern Geldwert reduzieren lassen. Nur formell noch wurde der Unterschied zwischen *res mancipi* und *nec mancipi* beibehalten, jene materiellen Unterschiede wurden (ob auf gewohnheitsrechtlichem Wege oder durch Gesetzgebung, ist nicht mehr zu ermitteln) größtenteils beseitigt. Der *curator furiosi* erlangte jetzt die Stellung, daß er ebenso, wie der *tutor,* jede Sache seines Pflegebefohlenen veräußern konnte (Gai. II, 64. l. 56 § 4 D. de furtis 47, 2. l. 10 § 1 D. de curator. furios. 27, 10), bis auch er den Beschränkungen der *oratio Septimii Severi* unterworfen wurde. Bezüglich des *tutor mulieris* blieb es beim Alten. Man hätte hier nur die Wahl gehabt, entweder die Gewalt dieses Tutors auch auf die *res nec mancipi* auszudehnen, was der damals schon hervortretenden Tendenz der Beschränkung seiner Rechte nicht entsprochen hätte, oder die freie Dispositionsbefugnis der Frau auch auf die *res mancipi* auszudehnen und damit in Wahrheit die Frauentutel zu beseitigen, wozu die Zeiten noch nicht reif waren. Am folgenreichsten erwies sich die jetzt eintretende Möglichkeit, jede Sache zu legieren. Dem Testator war jetzt die Möglichkeit gegeben, die ganze Erbschaft durch Anordnung von Legaten zu erschöpfen, während er früher die *familia* (abgesehen von Freilassungen) dem Erben ungeschmälert lassen mußte. Die Übelstände, welche infolgedavon sich ergaben, riefen eine Reaktion zu Gunsten der *sacra privata* und der Erben selbst hervor. Die zu Gunsten der *sacra,* welche von den *pontifices* ausging, machte sich zuerst geltend. Sie liegt vor in den von Cic. de legib. II, 19 fl. mitgeteilten, den *antiqui* zugeschriebenen älteren Bestimmungen über die Prästation der *sacra.* Nach altem Recht haftete die Verpflichtung zur Prästation der *sacra* auf der *familia,* sie ging mit dieser auf den Erben über, die Legatare hatten ursprünglich nicht mit dafür aufzukommen. Die *pontifices* sind aber darauf bedacht gewesen, die Zahl der zur Prästation der *sacra* Verpflichteten zu vergrößern. Das erschien ihnen als ein um so dringenderes Bedürfnis, als seit dem Schwinden des Unterschieds zwischen *familia* und *pecunia* für den Testator die Möglichkeit gegeben war, durch Legate die Erbschaft zu erschöpfen. Wie die *pontifices* sich dagegen halfen, wird in späterem Zusammenhange dargelegt werden. Aber auch für den Erben mußte durch die Gesetzgebung gesorgt werden: mit der *lex Furia* (571?) beginnen die Versuche, ihn gegen übermäßige Anordnung von Legaten, welche sich im Erfolge auch für die Legatare als nachteilig erwies, zu schützen. — Das Mittel, wodurch die Einheit der altrömischen *familia* hergestellt wurde, war die Gewalt,

das Recht des *princeps familiae*, des *paterfamilias*. Darin finden sämtliche dem *paterfamilias* über die in seinen Herrschaftskreis fallenden Personen und Sachen zustehenden Rechte ihren Einigungspunkt, daß sie den Interessen des Hauswesens dienen. Ja, die Rechte des *paterfamilias* über die seinem *ius* unterworfenen Menschen sind unter sich in dem Einfluß, welchen sie auf die vermögensrechtliche Stellung dieser Personen ausüben, nahe verwandt. Will man insofern von einem Urbegriff einer einheitlichen hausherrlichen Gewalt reden, so ist dagegen nichts zu erinnern. Wenn man aber weitergegangen ist und eine Zeit angenommen hat, zu welcher die hausherrliche Gewalt noch nicht nach den einzelnen Kategorieen der Haus- und Familiengenossen geschieden gewesen, zu welcher noch gar keine begriffliche Sonderung von Recht über Hauskinder, Sklaven u. s. w. stattgefunden habe, so ist das meines Erachtens völlig irrig. Die juristisch-technische Formulierung der Begriffe der einzelnen Familienbotmäßigkeitsverhältnisse und die damit zusammenhängende Fixierung der Ausdrücke für die einzelnen, wie wir sie später finden, gehört zwar nicht jenen alten Zeiten an, aber der rechtliche Unterschied zwischen dem Recht über das Kind und dem über den Sklaven hat so lange bestanden, als es Sklaven und Freie gegeben, d. h. so lange Sklaverei bestanden hat. Daß der Sohn einer wahren Ehe fähig und einmal selbst Haupt einer Familie werden konnte, der Sklave dagegen nicht, daß das Kind erbte, der Sklave vererbt ward, das sind Unterschiede, welche mit den Institutionen selbst gegeben sind, und diese Unterschiede zwischen Sohn und Sklaven schließen eine Gleichheit, eine Unterschiedslosigkeit des hausherrlichen Rechts über sie aus. Nach der spätern juristischen Distinktion stehen die dem *ius* eines *civis romanus* unterworfenen Personen entweder *in potestate* oder *in manu* oder *in mancipio*, und die *in potestate* befindlichen entweder *in potestate patrum* oder *in potestate dominorum*. Nur das Recht über Hauskinder und Sklaven wird nach dieser Einteilung als *potestas* bezeichnet und damit dem *in manu* und dem *in mancipio esse* entgegengesetzt. Die *potestas*, nicht minder die *patria* als die *dominica*, gewährt noch durchgreifendere Befugnisse gegenüber der *persona subiecta*, als jene beiden anderen Figuren des *ius* über andere. Alle Figuren des *ius* über andere haben aber das miteinander gemeinsam, daß sie Herrschaftsrechte, Gewaltverhältnisse sind. Das das Herrschaftsrecht gegenüber anderen Rechten Charakterisierende besteht darin, daß vermöge desselben innerhalb einer Gemeinschaft von Menschen eine Person der andern übergeordnet, diese jener andern untergeordnet ist, so daß die letztere von jener die Gemeinschaft Repräsentierenden abhängig, mehr oder weniger unselbständig ist. Bei den privaten Herrschaftsrechten zeigt sich das darin, daß die Rechtsfähigkeit der untergeordneten Person mehr oder weniger durch das Herrschaftsrecht der übergeordneten gebunden ist.[1] Hervorzuheben ist hier noch, daß nach altrömischer Anschauung die *familia* nicht bloß eine bürgerliche, sondern auch eine sakrale Einheit bildet. Das Haus ist der Sitz besonderer Hausgötter. Es giebt einen eigenen Familiengottesdienst. Der Vorsteher und Leiter desselben ist der Hausherr. Von ihm dargebrachte Opfer und Gebete gelten als für die ganze *familia* dargebracht. Die *materfamilias* und die Hauskinder können ihm dabei assistieren.

[1] Über den Begriff des Herrschaftsrechts vgl. Rosin, Souveränetät u. s. w. S. 4, S. 35. Brie, Theorie der Staatenverbindungen S. IX.

Erste Abteilung.

Die Familienherrschaftsrechte.

I. Die *patria potestas.*

1. Wesen und Inhalt derselben.

§ 5. Die römische *patria potestas* ist ursprünglich die volle, mit rücksichtsloser Energie durchgeführte hausherrliche Herrschaft des selbständigen *civis romanus* über die mit seiner Ehefrau erzeugten Kinder sowie weiteren agnatischen Descendenten. Über den allgemeinen Charakter dieser *potestas* sind sehr voneinander abweichende Ansichten aufgestellt.[1] Die einen haben sie geradezu als Eigentum des Vaters an den Kindern bezeichnet, die anderen als ein *domesticum imperium*, eine häusliche Magistratur, durchaus vergleichbar dem *imperium* der an der Spitze der *res publica* stehenden Könige oder Magistrate. Die erste Ansicht ist entschieden und ganz zu verwerfen. So viel Ähnlichkeit die väterliche Gewalt mit der Gewalt des Herrn über seinen Sklaven bieten mag, so verschieden ist doch die ihnen zu Grunde liegende Idee. Dem Vater gehört das Kind nicht wie eine Sache, sondern als ein aus seinem Blut, seinem Selbst Hervorgegangenes, als eine Entfaltung seiner eigenen Persönlichkeit; der Sklave gehört ihm, wie eine Sache. Das Kind kann der Vater aussetzen, wie er sich ein Glied abschneiden kann, weil er glaubt, daß es nicht kräftig und gesund und kein gedeihlicher Teil seines Selbst sei, oder weil er etwa glaubt, daß sein Familienbaum zu üppige Schößlinge treibe; das Sklavenkind kann er aussetzen und derelinquieren, wie ein wertloses Besitztum. Den Sohn kann der Vater töten als Richter, den Sklaven, wie der Eigentümer eine Sache vernichten kann. Der Erwerb des Sklaven fällt dem Herrn zu, wie die Früchte seiner Sachen, der Erwerb des Sohnes als der eines persönlich zu ihm gehörenden Wesens, wie der Erwerb durch sich selbst. Den Sohn, der zunächst für die Familie des Vaters erwirbt, kann der letztere zwar verkaufen und ihn zum Erwerbsinstrument eines andern machen, aber er kann dadurch die Zugehörigkeit des Sohnes zu seiner eigenen *familia* nur suspendieren, nicht (wenigstens nicht durch den einmaligen Verkauf) abschneiden; den Sklaven, welchen der Herr verkauft, setzt er dadurch definitiv außer aller Beziehung zu sich, wie jede andere Sache, welche er verkauft. Am schärfsten zeigt sich der Unterschied bei der Eheeingehung. Ein Verlöbnis kann der Vater namens des Sohnes für ihn abschließen, aber nicht *filiofamilias dissentiente* (l. 13 D. de sponsalib. 23, 1), die Ehe dagegen geht der Sohn durch seinen eigenen Willen ein und bedarf dazu nur der Genehmigung, also einer sekundären Willenserklärung des Gewalthabers, das *contubernium* der Sklaven dagegen wird einfach durch den Willen des Herrn bestimmt.

Die zweite Ansicht, welche die *patria potestas* als ein *domesticum imperium* ansieht, ist nicht so unbedingt zu verwerfen. Die *patria potestas* schloß aller-

[1] Vgl. die Übersicht über die verschiedenen Hauptansichten bei Danz, Lehrbuch der Gesch. des röm. Staats. I³ S. 168 f.

dings eine Befugnis in sich, vermöge deren sie in die Regionen der Staatsgewalt emporragte: nämlich die Strafgewalt, die *vitae necisque potestas* des Gewalthabers. Andererseits bietet der Staat in ältester Zeit unleugbar gewisse Ähnlichkeiten mit der *familia,* indessen war doch schon seit sehr alter Zeit das öffentliche und private Gebiet so geschieden, daß man in der Ziehung solcher Parallelen sehr vorsichtig sein muß: es giebt Versuche solcher Parallelisierung, welche entschieden gekünstelt und erzwungen sind.[1] Von den einzelnen in der *patria potestas* enthaltenen Befugnissen mögen die unmittelbar und lediglich auf die Person des Kindes sich beziehenden vorangestellt werden. Bis zur erreichten Mannbarkeit ist das Dasein der Knaben und Mädchen auf die *familia,* welcher sie von Geburt angehören, beschränkt. Erst mit der erreichten Mannbarkeit und der Annahme der *toga virilis* wird dem Knaben das *praenomen* fest für das bürgerliche Leben beigelegt und tritt er auch in dieses ein; von diesem Moment an hat auch der Staat an ihm ein unmittelbares Interesse.[2] In der politischen Rechtsfähigkeit steht aber der *filiusfamilias* dem *paterfamilias* an sich gleich: es zeigt sich hier, daß die *patria potestas* eine privatrechtliche Gewalt ist, welche, soweit privatrechtliches und staatsrechtliches Gebiet streng geschieden sind, auf das letztere nicht übergreift. Es fragt sich, ob dem Gewalthaber gegenüber der Person des Kindes in der Zeit, wo es nur der Familie angehörte, noch durchgreifendere Befugnisse zustanden, als in dem spätern Lebensalter. Stand dem Gewalthaber ein Recht zu, Kinder willkürlich auszusetzen, bezw. zu töten? Brinz[3] will von einem Recht des Vaters, das Kind beliebig zu töten, bezw. es beliebig auszusetzen, nicht geredet wissen, sondern nur von der Thatsache, daß Handlungen dieser Art bis spät hinab, zum Teil gegen das Gesetz (der XII Tafeln), straflos ausgingen. Nach Mommsen[4] dagegen war die Aussetzung zwar tadelnswert, gemeinschädlich und religiös untersagt, aber „das Recht dazu konnte dem Vater nicht genommen werden, denn vor allen Dingen war er in seinem Hause durchaus und unbedingt Herr und sollte es bleiben". Die in Dionys. II, 15—17 mitgeteilte *lex Romuli,* also uralte Satzung, verordnete die Aufziehung aller Söhne (bezw. männlichen Descendenten) und der erstgeborenen Tochter, sodann: daß keines *τῶν γενομένων*, also auch keine der später geborenen Töchter und Enkelinnen vor zurückgelegtem dritten Lebensjahre getötet werden solle.[5] Es ist damit also das Recht des Vaters, die Descendenten der zweiten Kategorie nach zurückgelegtem dritten Lebensjahre zu töten, anerkannt. Indirekt sollte die Satzung das Aussetzen bezw. Töten der Kinder ganz verhüten, denn man rechnete darauf, daß es dem Vater faktisch unmöglich sein werde, das bis zu jenem Alter von ihm selbst und anderen liebgewonnene Kind noch zu töten. Bis zu welchem Alter aber dem Vater dieses willkürliche Tötungsrecht zustehen solle, wird nicht gesagt. Nicht unter-

[1] So der von Böcking, Pandekten d. röm. Privatrechts I² S. 166 Anm.

[2] Wahrscheinlich ist es, daß der mannbar gewordene Sohn, der nun politische Bürgerrechte selbständig auszuüben hatte, sich selbständig bei Abhaltung des Census melden mußte und jetzt mit seinem Namen in die Bürgerlisten eingetragen wurde. Die Zahl der nicht mannbaren Söhne hatte der Vater beim Census anzugeben. So erklärt sich die Äußerung des Dionys. 9, 36: *καὶ ἦσαν οἱ τιμησάμενοι πολῖται σφάστε αὐτοὺς καὶ χρήματα καὶ τοὺς ἐν ἥβῃ παῖδας ὀλίγῳ πλείους τρισχιλίων τε καὶ δέκα μυριάδων.*

[3] Lehrbuch der Pandekten § 247 S. 1163.

[4] Römische Gesch. I (4. Aufl.) S. 59.

[5] Wie Rein, Privatrecht S. 485, die Verbindung beider Bestimmungen zu einem Gesetz für unmöglich erklären kann, ist unbegreiflich.

sagt war allein die Aussetzung eines monströsen oder prodigiösen *partus*, mit der Maßgabe jedoch, daß jene Beschaffenheit desselben von den fünf nächsten Nachbarn, denen er vorzuzeigen war, anerkannt wurde. Auf die Übertretung ihrer Verbote setzte die *lex Romuli* außer ζημίας ἄλλας die Publikation der Hälfte des Vermögens. Aus der ganzen Satzung kann man für eine noch ältere Zeit auf ein unbeschränktes Aussetzungsrecht des Vaters schließen. Keineswegs enthält aber jene *lex Romuli* nur eine religiöse Untersagung bezw. Androhung religiöser Ahndung, sondern, wie durch das Vergehen die Gemeinde selbst beeinträchtigt wird, insofern ihr zukünftige Bürger entzogen werden, so ist auch die Hauptstrafe jedenfalls eine bürgerliche: Einziehung der Hälfte des Vermögens des Thäters für die Gemeindekasse. Daß trotz des Verbots das Recht zur Aussetzung in dem verpönten Umfange fortbestanden habe, die *lex* also eine *minus quam perfecta* gewesen sei, darf nicht angenommen werden. Cicero de leg. III, 8, 19 erwähnt, daß die XII Tafeln die sofort nach der Geburt erfolgende (*cito ablegatus*) Aussetzung der monströsen Geburt (des *insignis ad deformitatem puer*) gestattet haben. Daß die sonstige durch jene *lex Romuli* angeordnete Beschränkung des Aussetzungsrechts in die XII Tafeln nicht aufgenommen sei, ist zu viel behauptet. Was hätte es der besondern Gestattung der Aussetzung des *insignis ad deformitatem puer* bedurft, wenn nicht im allgemeinen die Aussetzung bezw. Tötung neugeborener Kinder verboten gewesen wäre? Eine andere Frage ist, ob nicht später die Strafdrohungen dieser alten Gesetze infolge der Versäumung ihrer Handhabung abgekommen sind. Darauf scheint allerdings hinzudeuten, daß Kindesaussetzungen nicht selten vorkamen.[1] Es scheint also in späterer Zeit der Zustand eingetreten zu sein, welchen Brinz annimmt, denn aus der Straflosigkeit darf man in dieser Zeit nicht das Recht zur Aussetzung schließen, vielmehr läßt die Äußerung Senecas de ira I, 15: *liberos quoque, si debiles monstrosique editi sunt, mergimus* durchblicken, daß immer nur die alte Ausnahme bezüglich der Mißgeburt bestand. — Auch dem erwachsenen Hauskinde gegenüber stand dem *paterfamilias* ein Züchtigungs- und Strafrecht zu, welches die *vitae necisque potestas* in sich schloß.[2] Dabei ist eine scharfe Abgrenzung zwischen sittenrichtlicher Zuchtgewalt und eigentlicher Strafjurisdiktion nicht durchzuführen. Je schwerer aber das zu ahndende Vergehen des Hauskindes und das dem entsprechend zu verhängende Strafübel war, um so mehr nahm das *iure patrio animadvertere* den Charakter einer wirklichen Strafjurisdiktion an. Der Sitte nach hatte hier der Gewalthaber die Formen eines *iudicium domesticum* zu beobachten. Zweifellos forderte die Sitte die Zuziehung eines *consilium* vor der Verhängung einer Kapitalstrafe über das Hauskind.[3] Wenn aber der *paterfamilias* die Forderung der Sitte nicht beobachtete und sein Kind ohne vorhergehende gehörige Untersuchung und Beiziehung eines *consilium* tötete, so konnte er deshalb wohl vom Censor geahndet, nicht aber von irgend einem Gericht mit Strafe belegt werden. Der ursprüngliche Standpunkt ist der, daß der Staat in die Rechtssphäre des *paterfamilias*, welche nicht minder alt ist, wie die seinige, nicht eingriff; vor seinem eigenen Gewissen und den Göttern hat jener es zu verantworten, wie er die Gewalt über die ihm Unterworfenen ausübt. Noch die *lex Pompeia de*

[1] Belegstellen findet man bei Rein, Privatrecht S. 485 angegeben.

[2] Diese *potestas* ist in der Arrogationsformel ausdrücklich hervorgehoben. Vgl. sodann Dionys. II, 26. 27. Liv. I, 26. Oras. IV, 13.

[3] Val. Max. V, 8, 2. 3. Liv. II, 41. Val. Max. V, 9, 1 u. a. St.

parricidiis vom Ende des 7. Jahrhunderts der Stadt führt den Vater nicht unter den Personen auf, welche einen Verwandtenmord begehen können.[1] Im *iudicium domesticum* fand wirkliche Untersuchung statt, natürlich konnten aber vor dem väterlichen Richter, welcher natürlich auch das Recht der Strafmilderung hatte, moralische Entschuldigungsgründe vorgebracht werden, welche im *iudicium publicum* jedenfalls in gleichem Maße keinen Eingang finden konnten. Nach geschlossener Untersuchung geben auch hier die Mitglieder des *consilium* ihre Stimmen ab, die *sententia* aber, welche unter kurzer Angabe des betreffenden Vergehens die Strafe ausspricht, geht vom *poterfamilias* aus.[2] Das *consilium* wurde aus den *συγγενεῖς*, den *necessarii, propinqui,* d. h. den Blutsverwandten des abzuurteilenden Hauskindes, auch aus *amici* zusammengesetzt. Auf das Moment der agnatischen Verwandtschaft kam es nicht an, wie schon die Ausdrücke zeigen und wie es auch innerlich motiviert ist, denn der Standpunkt der *familia* war genügend durch den Hausvater vertreten: es galt, den Stimmen der Blutsverwandten Einfluß auf das Urteil des vielleicht zu einseitig von dem Interesse der *familia* geleiteten *princeps familiae* zu verschaffen. Der Strafen gab es verschiedenartige, so Einsperrung, Geißelung, Verwendung zu niederen landwirtschaftlichen Arbeiten, Tötung u. a. In den Bereich des väterlichen Strafrechts fielen nicht bloß Vergehen im Innern der *familia,* sondern auch gemeine und politische Verbrechen. Bezüglich der zweiten und dritten Kategorie konkurrierte natürlich mit der Gerichtsbarkeit des Vaters die des Staats, und es entschied die Prävention; auch kam es vor, daß der Staat dem Gewalthaber bezw. der Familie die Aburteilung und Bestrafung überließ, zumal wenn es sich um Verbrechen von Frauen handelte, welche überhaupt mehr dem Haus als dem Gemeinwesen angehörten.[3] In solchen Fällen darf nicht etwa die Familiengerichtsbarkeit als eine vom Staat übertragene, von ihm abgeleitete angesehen werden. In einzelnen Fällen aber, namentlich wenn es sich um ein direkt gegen den Staat gerichtetes Verbrechen handelt, geht wohl die staatliche Gerichtsbarkeit der des Vaters vor. — Auch ein Verkaufsrecht steht dem Gewalthaber bezüglich seiner Hauskinder zu. Ein Verkauf in die Sklaverei war auf römischem Territorium (bezw. auf dem eines mit Rom befreundeten Staats) nicht möglich; mit der Wirkung, daß es Sklave wurde, konnte das Hauskind nur nach auswärts, in die Fremde, und zwar so verkauft werden, daß jede Anwendung des *ius postliminii* ausgeschlossen war.[4] Derartiger Verkauf war nur als Strafe möglich und fand, da er eine *capitis diminutio maxima* des Hauskinds zur Folge hatte, wohl nur nach Anhörung eines *consilium* im *iudicium domesticum* statt. Dagegen die Manzipation des Hauskinds an einen *civis romanus* oder einen Latinus, mit welchem *commercium* bestand, brachte dasselbe nur in eine die Freiheit nicht aufhebende dienende Stellung, in das römische oder latinische *in mancipio esse,* wovon später näher zu handeln ist. Solche Manzipation von Hauskindern konnte zum Zweck der Strafe oder der

[1] L. 1 u. 5 D. de lege Pomp. de p. 48, 9.

[2] Val. Max. V, 8, 3. V, 9, 1. Fest. s. v. sororium tigillum. Liv. II, 41. Liv. epit. LIV. Sen. de Clem. 1, 15.

[3] Liv. XXXIX, 18.

[4] Cic. de Or. I, 40, 181. pro Caec. 34, 98. Vgl. Walter, Röm. Rechtsgesch. II § 538 S. 148. Keller, Institutionen S. 199. Mommsen, Röm. Gesch. I (4. Aufl.) S. 60. Danz, Gesch. des röm. R. I[3] S. 177. Pernice, Labeo I. S. 168 A. 2. Schmidt, Das Hauskind *in mancipio* S. 3 A. 11. Mommsen, Bürgerl. u. peregr. Freiheitsschutz S. 5. Anderer Ansicht: M. Cohn, Beiträge z. Bearb. des röm. Rechts, I, 2 S. 71 A. 1.

noxae datio oder auch als gemeines Verkehrsgeschäft vorkommen. In sehr alter Zeit, wo die Sklaven noch wenig zahlreich waren, auch *locatio conductio operarum* noch nicht vorkam, mag wohl hier und da ein armer Römer, der zahlreiche Kinder hatte, einem Bemitteltern, der Arbeitskräfte gebrauchte, sein Kind für einen namhaften Preis manzipiert haben. Dies Verkaufsrecht bezeichnet Dionysius II, 27 als den Vätern schon von Romulus eingeräumt, also als uraltes latinisches Recht. Auf Romulus führt er auch den es beschränkenden Satz zurück, welchen die XII Tafeln so ausdrücken: *Si pater filium ter venumduuit, filius a patre liber esto;* allein Dionysius' Angabe eines so hohen Alters dieser Bestimmung verdient keinen Glauben. Sie setzt voraus, daß mit dem Verkaufsrecht längere Zeit schon Mißbrauch getrieben war, und zwar ein Mißbrauch bestimmter Art. Kam es überhaupt nur selten vor, daß ein *in mancipio* Befindlicher vom Herrn manumittiert wurde und in die Gewalt seines Vaters zurückfiel, so lag keine genügende Veranlassung zur Zwölftafelbestimmung vor, und daß die Herren häufig die ihnen schlechthin Manzipierten ohne einen sie zwingenden Grund manumittierten, ist gewiß für jene Zeiten nicht anzunehmen. Die ganze Bestimmung setzt eine bestimmte Art von Manzipationen voraus, Manzipationen *fiduciae causa,* nämlich mit der Auflage, daß der Käufer den *mancipatus* nach Ablauf einer bestimmten Zeit freilassen solle. Derartige Manzipation eines Hauskindes konnte eine Vermietung desselben ersetzen und sich häufiger wiederholen. Im übrigen ist von der künstlichen Verwendung, welche man später von dieser Bestimmung machte, bei der Darstellung der Emanzipation näher zu handeln. Eine andere von Dionysius II, 37 dem Numa beigelegte Bestimmung, wonach dem Vater der Verkauf eines Sohnes, zu dessen Heirat er eingewilligt, nicht gestattet sein sollte, scheint nur auf die konfarreierte Ehe bezogen werden zu dürfen. Wenigstens ist später[1] auch von verheirateten Haussöhnen, welche sich in der *mancipii causa* befinden, die Rede, ohne daß angedeutet würde, die Verheiratung sei erst nach der Manzipation geschehen.

Seit ältester Zeit erwirbt das Hauskind Familiengewalten und Vermögensrechte nicht für sich selbst, sondern für den *paterfamilias*, dessen Gewalt es unterworfen ist.[2] Näher ist das so zu denken, daß das Hauskind als freies, aktives Familienglied zwar Privatrechtsfähigkeit hat, aber einstweilen keine selbständige, sondern eine durch die seine Persönlichkeit und deren Wirkungen ergreifende *potestas* gebundene, derart gebundene, daß die Wirkungen der Rechtsfähigkeit nicht für das Kind als selbständige Person für sich, sondern für den Inhaber der *patria potestas* eintreten. Das römische Hauskind hatte keinen selbständigen Interessenkreis, sondern es nahm an dem väterlichen Interessenkreis teil und erwarb für ihn. In neuerer Zeit hat Mandry in seinem sehr verdienstlichen Werk über das gemeine Familiengüterrecht darüber folgende Sätze aufgestellt.[3] Die Vermögenslosigkeit des Hauskindes beruhe auf der Vermögensunfähigkeit desselben, sie sei nicht Folge des Rechts des Paterfamilias auf sämtlichen Erwerb; weiter:[4] die Vermögensunfähigkeit des Hauskindes habe ihren Grund zwar nicht in dem Anspruch des Hausvaters auf den Erwerb der Hauskinder, wohl aber in der Existenz der väterlichen Gewalt und lediglich in ihr. Dennoch aber soll sie nicht als Folgerung aus dem juristischen Wesen der väterlichen Gewalt erscheinen, sondern auf dem materiellen Wesen der letz-

[1] Gai. I, 135. [2] Dion. VIII, 79. Gai. II, 86. 87. Ulp. fr. XIX, 18, 19.
[3] S. 7 ff. [4] S. 28 ff.

tern beruhen,[1] d. h. unmittelbar mit der Organisation der römischen *familia* gegeben sein. Die Unterwerfung der Ehefrau und Kinder unter die Gewalt des Hausherrn und infolgehiervon die Vermögensunfähigkeit jener *personae subjectae* habe aller Wahrscheinlichkeit nach ihren Grund in vorrömischen, ja selbst in voritalischen Zuständen, das entsprechende Prinzip des römischen Familiengüterrechts sei einer weitern Ableitung weder bedürftig noch fähig, es sei als eine gegebene Thatsache zu behandeln. — Zugegeben nun, daß die Römer die Grundlage ihrer Familienverfassung als ein Erbteil aus vorrömischen bezw. voritalischen Zeiten überkommen haben, so wird dadurch der von Mandey statuierte Unterschied zwischen materiellem und juristischem Wesen der *patria potestas* nicht einleuchtender. Das Recht des Hausvaters auf sämtlichen Erwerb der Hauskinder ist eine Konsequenz der *patria potestas*, deren juristisches Wesen darin besteht, daß dadurch die Rechtsfähigkeit der übrigen freien, aktiven Familienglieder rechtlich völlig gebunden und in den Dienst der *familia* des Vaters als einer Einheit gestellt wird, sogar, ohne daß der Wille des Hausvaters etwas daran ändern könnte. Fassen wir zunächst die Wirkung der *potestas* auf die von Haussöhnen erworbenen Familienrechte ins Auge, so steht fest, daß die *patria potestas* über die von den Haussöhnen in rechter Ehe gezeugten Kinder zunächst dem zusteht, in dessen *potestas* sie selbst stehen, also dem Großvater,[2] und daß erst, wenn beim Tode desselben aus dem Schoß der nun aufgelösten väterlichen *familia* die Familien der Söhne sich zur Selbständigkeit entfalten, die nun zu *patresfamilias* gewordenen Söhne die väterliche Gewalt über die von ihnen abstammenden Descendenten, welche bisher mit ihnen in gemeinsamer *patria potestas* standen, erhalten.[3] Etwas anders gestaltet sich die Sache bezüglich der *manus* über die rechte Ehegattin des Haussohnes. Es hat nichts Unnatürliches, daß die *patria potestas* über die Kinder der Söhne nicht diesen selbst, sondern unmittelbar dem Großvater zusteht, denn sie sind auch des letztern Descendenten, mittelbar aus seinem Blute hervorgegangen.[4] Die Ehe des Sohnes ist aber nicht die des Vaters, die *manus* ist eheliche Gewalt, sie ist unlösbar von dem ehelichen Verhältnis selbst, sie kann bei der Ehe des Sohnes nur ihm selbst, nicht seinem Vater zustehen. Aber die *potestas* über den Sohn, welche sonst bewirkt, daß er unmittelbar dem Vater erwirbt, bindet hier nur das dem Sohn erworbene, an seine Person unlöslich geknüpfte Recht und bewirkt, daß, soweit immer möglich, die aus jenem Recht sich ergebenden Befugnisse dem Vater zustehen. Ihm steht die Hausgerichtsbarkeit über die Schwiegertochter zu, welche ihm *nuptis loco est,* ihm fällt der Erwerb derselben zu. Wenn Ihering[5] die von ihm weiter aufgeworfene Frage, ob der Sohn die *manus* über die Frau vor Gericht vindizieren konnte, mit einem entschiedenen Nein beantwortet, so mag er auch darin Recht haben; obwohl mir das nicht so unzweifelhaft ist. Der Grund davon würde der sein, daß die *manus* des Sohnes völlig durch die *potestas* des Vaters verdeckt ist. Der Vater kann jedenfalls keine *manus* über die Schwiegertochter, sondern nur *patria po-*

[1] S. 30 ff. S. 35 f. [2] Gai. I, 135. [3] Gai. I, 127.

[4] Mit Unrecht nimmt Pernice, Labeo I S. 159 an, daß der Haussohn schon bei Lebzeiten seines Gewalthabers seine eheliche Descendenz in seiner väterlichen Gewalt habe. Stellen, wie Gai. I, 127. Ulp. fr. X, 2, sagen doch so deutlich wie möglich, daß die Enkel *mortuo avo in patris sui potestate fiunt*, also vor jenem Tode nicht schon in dessen *patria p.* sind.

[5] Geist d. röm. R. II. 1[2] S. 172 A. 273.

testas, wie an einer Enkelin, vindizieren. Und wenn es zu einer Aufhebung der *manus* nach Scheidung der Ehe kommen soll, so kann freilich, ebenso wie die Scheidung, die Remancipation nicht ohne Einwilligung des Vaters geschehen, aber vornehmen muß die Remancipation der Sohn, als das Subjekt der *manus*. Dieser Darlegung gemäß muß die bei Gaius und Ulpian[1] sich findende Bezeichnung solcher Schwiegertocher als der *nurus, quae in manu est filii, quem in potestate habemus*, als die streng dem juristischen Wesen des Verhältnisses entsprechende bezeichnet werden. Für geradezu widersprechend kann ich auch nicht halten die Worte bei Gell. XVIII, 6, 9 und Serv. in Aen. XI, 476: *quae in mariti manu mancipioque aut in eius, in cuius maritus, manu mancipioque esset.* Denn wenn hier auch der *maritus* als *in manu mancipioque* stehend bezeichnet wird, so ist das ja nach dem spätern Sprachgebrauch offenbar ungenau: er jedenfalls steht *in patria potestate* seines Vaters, und so kann man aus der Stelle nicht mehr herleiten, als daß auch die *uxor in manu filii* als in der *potestas* ihres Schwiegervaters (nämlich der *patria potestas*) desselben stehend bezeichnet werden sollte.

Wenden wir uns weiter zu dem vermögensrechtlichen Erwerb der Hauskinder, so ist es bezüglich der Erwerbsgründe der verschiedensten Art (*ex aliqualibet causa*),[2] civile und naturale, auf dem Gebiete des Sachenrechts, Obligationenrechts, Erbrechts, in Bezug auf rechtsbegründende sowohl wie befreiende Akte in den Quellen anerkannt, daß Hauskinder dadurch für den Gewalthaber erwerben: insbesondere erwerben sie also für ihn durch Mancipation und Tradition, durch *usucapio* und *longi temporis possessio*, durch Stipulation, *contractus* und *pacta*, durch Acceptilation, durch Erbgang und Legatsanfall[3] u. s. w. Daraus ergiebt sich nun ohne weiteres, daß die verschiedensten Rechte bezw. rechtlich geschützten Verhältnisse durch Hauskinder für den Gewalthaber erworben werden können: Eigentum, *bonae fidei possessio*, Besitz, Servitutrechte, Forderungen und Exceptionsrechte u. s. w. Natürlich hat sich der Kreis der durch die Hauskinder erwerbbaren Rechte im Laufe der Zeit mit dem Aufkommen neuer, in früherer Zeit unbekannter Rechte erweitert. Gefragt ist, seit wann die Befähigung der Hauskinder zum Abschluß erwerbender Rechtsgeschäfte anerkannt sei.[4] Wenn nun auch bestimmte Gründe dafür sprechen, daß die *ex persona domini* abgeleitete Fähigkeit der Sklaven, für den *paterfamilias* zu erwerben, erst bei einer gewissen Entwickelung des Verkehrs als Bedürfnis gefühlt und eingeführt ist, so ist doch für die Hauskinder entschieden etwas Anderes zu behaupten. Sie sind Freie, wie der *paterfamilias*, es liegt also im Wesen des Hauskindes kein Hindernis, daß es nicht von jeher als fähig zum Erwerb, wenn auch natürlich nur für die *familia*, anerkannt werden konnte. Bei dem als Sache behandelten Sklaven liegt ein solches erst zu überwindendes Hindernis gerade darin, daß er als Sache aufgefaßt wurde. Der später durchgehende Parallelismus der *servi* und der Hauskinder bezüglich ihrer vermögensrechtlichen Stellung läßt durchaus nicht notwendig auf eine Gleichzeitlichkeit der Einführung jener Erwerbsfähigkeit schließen, es ist vielmehr innerlich wahrscheinlich, daß die Erwerbsfähigkeit der Sklaven nach dem Muster

[1] Gai. II, 159. Collat. 16, 2, 3. Ulp. fr. XXII, 14. [2] Gai. II, 87.

[3] Gai. II, 87, 89. III, 163. 166. 167. Fr. Dosith. 5. Ulp. XIX, 18. 19. Fr. Vat. § 89. § 3 I. per quas personas 2, 9. pr. — § 3 I. her. iust. 2, 14. L. 10 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. L. 11 pr. L. 63 pr. D. de accept. 46, 4. L. 1 §§ 5 ff. D. de a. p. 41, 2. L. 7 § 18 L. 17 § 7. — L. 21 pr. D. de pactis 2, 14. L. 16 D. qui test. f. 28, 1.

[4] Vgl. darüber Mandry, a. a. O. S. 58 ff.

der schon vorhandenen Erwerbsfähigkeit der Hauskinder eingeführt ist. Die Durchführung der Erwerbsfähigkeit der *personae subiectae* konnte am ehesten bei den Formalgeschäften auf Schwierigkeiten stoßen, also zunächst bei der *mancipatio* und *stipulatio*. Verschiedentlich ist in den Quellen ausgesprochen, daß das, was Haussöhne oder *servi mancipio acceperunt*, dem Gewalthaber erworben werde. Es steht auch fest, daß ein solches *mancipio accipere* ausdrücklich *nomine* des betreffenden Gewalthabers geschehen kann, so daß er als Subjekt des zu erwerbenden Rechts in der Mancipationsformel genannt wird, nach Gai. III, 167: *Hanc rem ex iure Quiritium Lucii Titii domini mei esse aio eaque ei empta esto hoc aere aeneaque libra.* Als Gegensatz zu solchem *nominatim mancipio accipere* wird ein anderes nicht *nominatim* geschehendes, welches auch zulässig sein soll, angenommen. Ihering[1] u. a., welche ihm gefolgt sind, meinen, als Gegensatz zu der individuellen Bezeichnung des Gewalthabers (mit Anführung von dessen Namen) könne man sich ebensowohl die Stellung der Formel auf den Herrn mit abstrakter Bezeichnung desselben *(aio rem domini esse)*, als auf den Sprechenden selbst *(aio rem meam esse)* denken. Letztere Fassung hätte eine innere Unwahrheit enthalten, denn ein *filiusfamilias* oder *servus* könne *nihil suum habere.* Dann müßten wir also annehmen, daß auch ein *servus, qui in libertate moratur,* und ein *servus fugitivus,* welche bekanntlich auch durch *mancipio accipere* für ihren Herrn erwerben, in dem Mancipationsakt auf den Herrn hingewiesen hätten. Und doch sehen wir für die auf ein *dare* gehende Stipulation in den Quellen etwas Anderes behauptet. *Cum servus stipuletur,* heißt es in l. 1 pr. de stip. serv. 45, 3, *nihil interest, sibi an domino an vero sine alterutra eorum adiectione dari stipuletur.* Würde es nicht ebensowohl eine innere Unwahrheit sein, wenn ein Sklave stipulierte: *Mihi centum dari spondesne?,* als wenn er in der Mancipationsformel sagte: *Hanc rem meam esse aio.* Durch das *dare* konnte auch nicht ihm, sondern nur dem Herrn Eigentum verschafft werden, und doch konnte er gültig stipulieren: *Mihi dari spondesne?* Aber wenn man sich nur in die römische Auffassung versetzt, so fällt die behauptete Disharmonie und innere Unwahrheit fort. Was das zu erwerbende Recht anlangt, geht die Person des Sohnes oder Sklaven in der des Gewalthabers auf. *Si servus communis damni infecti stipulatus fuisset* (und zwar wenn er für sich oder *impersonaliter* stipuliert), *perinde habetur, ac si ipsi domini sua voce pro partibus stipularentur* (l. 42 D. de damno infecto 39, 2), und in allgemeinerer Fassung sagen die Institutionen (§ 4 I. de inut. stip. 3, 19): *filii vox tanquam tua intellegitur in his rebus quae tibi adquiri possunt.* Wenn der Sohn oder Sklave beim Sprechen der Mancipationsformel sagte: *hanc rem meam esse aio,* so war es so gut, als wenn der Gewalthaber diese Worte ausgesprochen habe. Anders aber verhält es sich bei einer Geschäftsform: der *in iure cessio.* Denen, *qui in potestate manu mancipiove sunt*, kann nichts *in iure* cediert, kein Recht in der Form der *in iure cessio* bestellt werden.[2] Es ist gefragt worden,[3] warum bei der *in iure cessio* nicht auch, wie bei der *mancipatio,* das Prinzip der Unzulässigkeit des Handelns auf fremden Namen zu Gunsten der Erwerbsakte der *personae subiectae* durchbrochen worden sei. Die Antwort lasse sich nicht mit voller Sicherheit geben, es könne auf verschiedenes als Grund rekurriert werden. Die *legis actio* als Prozeß habe eine mehr starre, weniger modificierbare Natur gehabt, als das

[1] Geist II. 2[3] S. 534 A. 693. [2] Gai. II, 96.
[3] Mandry, a. a. O. S. 64. Vgl. auch die dort S. 65 A. 4 angeführten Schriftsteller.

reine, obgleich ebenfalls formelle, Rechtsgeschäft; bei der täglich vorkommenden *mancipatio* habe das Bedürfnis entschiedener eine Ermöglichung der Vornahme durch *personae subiectae* gefordert, als bei der seltener verwendeten *in iure cessio*. Vielleicht liege sogar bei Haussöhnen der Grund für den anfänglichen Ausschluß der *in iure cessio* darin, daß sie in früherer Zeit (wie die Sklaven) keine *persona standi in iudicio* gehabt hätten. Mir scheinen alle diese Erwägungen den entscheidenden Grund nicht zu treffen. Wo es sich um Geltendmachung des Rechts durch Angriff oder Verteidigung handelt, da muß nach altrömischer Anschauung der Berechtigte persönlich eintreten; wohl beim friedlichen Erwerb, nicht aber im prozessualischen Kampf über das Recht kann der *paterfamilias* sich des Haussohnes oder gar des Sklaven als seines Organs bedienen. In den Worten des Gaius II, 96: *cum enim istarum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicet, ut nihil suum esse in iure vindicare possint,* ist jener Gegensatz angedeutet. Sie können *nihil sum esse in iure vindicare,* weil, was *in iure* an Rechtsbehauptungen aufgestellt wird, nur für die eigene Person gilt; während bei der Manzipation die *persona subiecta* das *hanc rem meam esse ajo* sehr wohl sprechen kann, weil es hier als vom Gewalthaber selbst durch die *vox filii* oder *servi* gesprochen gilt.

Fassen wir jetzt den Erwerb des *paterfamilias* durch die Hauskinder, sofern er durch Rechtsgeschäfte geschieht, noch näher ins Auge, so sind dabei verschiedene Punkte auseinander zu halten. Die abstrakte Fähigkeit zum Erwerb des zu begründenden Rechts ist aus der Person des Gewalthabers, nicht aus der des Gewaltunterworfenen zu beurteilen, ein Satz, der allerdings mit gutem Grund im allgemeinen nur bezüglich der Sklaven hervorgehoben wird, da die Hauskinder notwendigerweise römische Bürger sind, die Erwerbsfähigkeit der römischen Bürger aber die gleiche ist. Es kann daher von einem römischen Bürger ein Sklave zum Erben eingesetzt bezw. demselben etwas legiert werden, wenn er in der Gewalt jemandes steht, den man selbst zum Erben einsetzen, welchem man selbst legieren könnte.[1] Was aber die Voraussetzungen des konkreten Rechtserwerbs anlangt, so besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen den Geschäften unter Lebenden, insbesondere Stipulationen und dem Erwerb durch Erbeinsetzungen und Legate. Bei den Stipulationen werden diese Voraussetzungen des Rechtserwerbs, z. B. der Besitz eines *praedium* seitens dessen, dem eine Realservitut bestellt werden soll, der Mangel des Eigentums einer Sache, deren *dare* versprochen wird, aus den Verhältnissen dessen beurteilt, welcher zur Zeit des Stipulationsabschlusses den *stipulator* in seiner *potestas* hat. Soll eine Stipulation nicht auf ein *dare,* d. h. auf Verschaffung civilen Eigentums- oder Servitutsrechts, sondern auf ein *facere* gestellt werden, so ist von Einfluß, daß das Recht auf ein *facere* immer mehr faktischer, also individueller Natur ist. Während das Recht auf das *dare* stets dem Gewalthaber erworben wird, mag der Sohn *„patri dari“* oder *„sibi dari“* oder impersonell *dari* stipuliert haben, erwirbt der Gewalthaber das Recht auf das *facere* nur, wenn der Sohn z. B. *operas patri dari* oder impersonell *operas dari,*

[1] l. 12 § 2 D. de leg. I (30): *Regula iuris civilis est, quae efficit, ut, quibus ipsis legare possumus, eorum quoque servis legare possimus.* L. 31 pr. D. de hered. inst. 28, 5: *Non minus servos quam liberos heredes instituere possumus: si modo eorum scilicet servi sint, quos ipsos heredes instituere possumus, cum testamentifactio cum servis ex persona dominorum introducta est.* l. 82 § 2 D. de leg. II (31): — *cum servo alieno in testamento damus, domini persona ad hoc tantum inspicitur, ut sit cum eo testamenti factio.*

nicht aber, wenn er *operas sibi dari* stipuliert hat. Nur wo es sich um eine juristische, nicht wo es sich um faktisch individuelle Leistungen handelt, ist das *patri* oder *sibi* gleichgültig. Nur dann konnte eine Stipulation einer *persona subjecta* auf ein *facere* mit einer ausdrücklich auf sie selbst verstellten Konzeption als gültig angesehen werden, wenn sich dieselbe so auslegen ließ, es solle der Gewalthaber ein Recht darauf haben, daß die *persona subiecta* etwas thun oder haben dürfe; denn durch solche Auslegung war dann das juristisch unmögliche Resultat vermieden, daß die *persona subiecta* sich für sich persönlich ein Recht ausbedang. So galt als gültig die Stipulation des Haussohns *„per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat"*; so konnte nach milderer Auslegung auch die Stipulation des Haussohns *sibi habere licere* aufrecht erhalten werden,[1] während allerdings eine strengere Ansicht in der Stipulation eines *habere licere* die Ausbedingung eines *ius* sah und, da dies faktisch individueller Natur, die Stipulation bei ausdrücklicher Verstellung auf den Haussohn selbst als nichtig ansah. Überall aber, wo in Stipulationen von einem *factum*, einer Leistung die Rede ist, welche nicht Inhalt des ausbedungenen Rechts bilden soll, muß dieses *factum*, wenn es ausdrücklich auf die *persona subiecta* verstellt ist, auch in ihr oder in Bezug auf sie, nicht in der Person des Gewalthabers sich realisieren; *quia quae facti sunt, non transeunt ad dominum* (L. 44 pr. D. de cond. 35, 1). Ist also die *persona subiecta* in einer Stipulation als *solutionis causa adiectus* bezeichnet, so kann der *promissor* sich nur durch Zahlung an sie, nicht an den Gewalthaber, liberieren. Ist ein *dare* an eine *persona subiecta* zur Bedingung eines Versprechens (auch einer letztwilligen Verfügung) gemacht, so wird nur durch Geben an die *persona subiecta*, nicht durch Geben an den Gewalthaber die Bedingung erfüllt. Wenn bei einer Stipulation die *persona subiecta* als Stipulator die Wahlbefugnis unter Verstellung auf ihre Person ausbedungen hat, so hat sie selbst, nicht der Gewalthaber, die Wahl zu treffen. — Für Erbeinsetzungen und Legate zu Gunsten gewaltunterworfener Personen sind, abgesehen von der *testamenti factio*, die Verhältnisse der *persona subiecta*, nicht die des Gewalthabers maßgebend; obwohl der, welcher im Moment der Antretung der Erbschaft, bezw. im Moment des Anfalls des Legats (des *dies legati cedens*) die *potestas* über die bedachte Person hat, durch sie die Erbschaft bezw. das Recht aus dem Vermächtnis erwirbt. Man hat zu deduzieren versucht, daß dieser von dem bei der Stipulation geltenden abweichende Satz damit zusammenhänge, daß die Erbschaft erst mit der Antretung auf Grund der Delation, das Legat erst mit der *cessio diei* erworben werde. Der Grund ist aber in Wahrheit dieser. Die testamentarischen Dispositionen: Enterbung, Erbeinsetzung, Legat enthalten ein *iudicium* des Erblassers, ein Urteil über den Wert des Bezeichneten für den Erblasser, insbesondere die Enterbung regelmäßig eine *nota*, eine Erklärung, daß der Enterbte des Eintretens als Successor unwürdig sei, dagegen die Erbeinsetzung und, wenn auch nicht in gleich hohem Maße, das Legat eine Ehr- und Freundschaftserweisung. Wenn nun ein Gewalthaber durch eine *persona subiecta* Erbe wird, bezw. ein Legat erwirbt, so hat er zwar das *commodum* des Erbeseins, aber nicht durch das *iudicium* des Erblassers, er ist nicht der, welchem der *honor* der Erbeinsetzung, der Legatshinterlassung erwiesen ist. Mit größter Deutlichkeit spricht das namentlich l. 3 § 2 D. de legat. praest. 37, 5 aus: *Hoc autem solum debetur, quod*

[1] L. 38 § 6 D. de v. o. 45, 1.

ipsis parentibus relictum est et liberis: ceterum si servo eorum fuerit adscriptum vel subiectae iuri eorum personae, non debetur: nec enim quaerimus, cui adquiratur, sed cui honor habitus sit. Weil durch die Einsetzung der *persona subiecta* oder durch Hinterlassung des Legats an sie ihr der *honor habitus est*, darum sind die Erfordernisse der Gültigkeit, abgesehen von der *testamenti factio*, sowie die Erfordernisse der Antretung aus ihrer Person zu beurteilen. Daher kann z. B. eine dem Gewalthaber bereits gehörige Sache der *persona subiecta* gültig legiert werden. Die zur Vornahme des betreffenden Erwerbsgeschäfts erforderliche Handlungsfähigkeit ist bei der Vornahme durch eine *persona subiecta* aus ihrer Person, nicht aus der des Gewalthabers, zu beurteilen, denn das Geschäft selbst ist eines jener, nicht dieses: es kann also z. B. ein *filiusfamilias furiosus* nicht durch ein Rechtsgeschäft für den Gewalthaber etwas erwerben. Überhaupt werden nach späterem Recht alle Verhältnisse, welche auf den Bestand oder die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von Einfluß sein können, nach der gewaltunterworfenen Person, welche das Subjekt des Rechtsgeschäfts ist, beurteilt. Nur ganz ausnahmsweise ist daneben auch dem Wissen oder Nichtwissen des Gewalthabers von Eigenschaften des Objekts des Erwerbs Bedeutung für die Wirksamkeit des Geschäfts beigelegt. — Das Recht, welches durch das von der *subiecta persona* abgeschlossene Geschäft erworben wird, entsteht nicht etwa erst in dieser und geht dann auf den Gewalthaber über, sondern es entsteht unmittelbar in dem letztern, wie dies namentlich deutlich ausgesprochen ist in l. 79 D. de acq. hered. 29. 2: *Placet, quotiens adquiritur per aliquem hereditas vel quid aliud ei cuius quis in potestate est, confestim adquiri ei cuius est in potestate, neque momento aliquo subsistere in persona eius per quem adquiritur et sic adquiri ei cui adquiritur.*

Inhalt und Umfang des Rechts gestalten sich dadurch, daß dasselbe durch eine *persona subiecta* erworben wird, nicht anders, als bei einer durch sie nicht vermittelten Erwerbung. Anders war es beim *ususfructus* und *usus*, jedoch nur, wenn sie einer *persona subiecta* legiert waren. Daß auch diese Rechte durch eine *persona subiecta* erworben werden konnten, steht fest, nur nicht vermittelst *in iure cessio*, weil einer *persona subiecta* überhaupt nichts *in iure* cediert werden konnte. Nun scheinen aber diese Rechte insoweit als an der *persona subiecta* haftend angesehen worden zu sein, daß man sie mit dem Tode, der Manumission resp. Emancipation oder sonstiger *capitis deminutio* derselben, ja auch mit Veräußerung derselben, also mit der *potestas* über sie untergehen ließ. In den betreffenden Quellenstellen (l. 5 § 1 l. 18 D. quib. mod. usufr. 7, 4. L. 15. 17 C. de usufr. 3, 33) ist jedoch nur von legiertem *usufructus* bezw. *usus* die Rede. Daß es, wenn ein Sklave einen *usufructus* stipuliert hatte und infolgedavon derselbe (*pactionibus et stipulationibus* oder anf dem Umwege von fr. Vat. § 51 i. f.) bestellt war, sich anders verhielt, sagt fr. Vat. § 57 ausdrücklich. Auch hier liegt der Grund der Abweichung in der Natur des Legats. Ist der *persona subiecta* ein *usufructus* legiert, so ist, wenn auch der Gewalthaber das Recht erwirbt, jene die Person, welcher *honor habitus est.* Dies ist der Grund, weshalb die Dauer des Rechts in der Person des Gewalthabers sich bei solchen Rechten persönlicher Natur nach der Dauer seiner *potestas* über die honorierte Person bestimmen muß. Bei dem legierten *usus* hat diese Erwägung auch auf die Bestimmung des Rechtsinhaltes Einfluß. Ist einem *paterfamilius* der *usus* einer Sache vermacht, so kann er an dem *uti* auch die Gattin und die Kinder in seiner Gewalt mitteilnehmen lassen; ist ihm aber

nicht aber, wenn er *operas sibi dari* stipuliert hat. Nur wo es sich um eine juristische, nicht wo es sich um faktisch individuelle Leistungen handelt, ist das *patri* oder *sibi* gleichgültig. Nur dann konnte eine Stipulation einer *persona subjecta* auf ein *facere* mit einer ausdrücklich auf sie selbst verstellten Konzeption als gültig angesehen werden, wenn sich dieselbe so auslegen ließ, es solle der Gewalthaber ein Recht darauf haben, daß die *persona subiecta* etwas thun oder haben dürfe; denn durch solche Auslegung war dann das juristisch unmögliche Resultat vermieden, daß die *persona subiecta* sich für sich persönlich ein Recht ausbedang. So galt als gültig die Stipulation des Haussohns *„per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat"*; so konnte nach milderer Auslegung auch die Stipulation des Haussohns *sibi habere licere* aufrecht erhalten werden,[1] während allerdings eine strengere Ansicht in der Stipulation eines *habere licere* die Ausbedingung eines *ius* sah und, da dies faktisch individueller Natur, die Stipulation bei ausdrücklicher Verstellung auf den Haussohn selbst als nichtig ansah. Überall aber, wo in Stipulationen von einem *factum*, einer Leistung die Rede ist, welche nicht Inhalt des ausbedungenen Rechts bilden soll, muß dieses *factum*, wenn es ausdrücklich auf die *persona subiecta* verstellt ist, auch in ihr oder in Bezug auf sie, nicht in der Person des Gewalthabers sich realisieren; *quia quae facti sunt, non transeunt ad dominum* (L. 44 pr. D. de cond. 35, 1). Ist also die *persona subiecta* in einer Stipulation als *solutionis causa adiectus* bezeichnet, so kann der *promissor* sich nur durch Zahlung an sie, nicht an den Gewalthaber, liberieren. Ist ein *dare* an eine *persona subiecta* zur Bedingung eines Versprechens (auch einer letztwilligen Verfügung) gemacht, so wird nur durch Geben an die *persona subiecta*, nicht durch Geben an den Gewalthaber die Bedingung erfüllt. Wenn bei einer Stipulation die *persona subiecta* als Stipulator die Wahlbefugnis unter Verstellung auf ihre Person ausbedungen hat, so hat sie selbst, nicht der Gewalthaber, die Wahl zu treffen. — Für Erbeinsetzungen und Legate zu Gunsten gewaltunterworfener Personen sind, abgesehen von der *testamenti factio*, die Verhältnisse der *persona subiecta*, nicht die des Gewalthabers maßgebend; obwohl der, welcher im Moment der Antretung der Erbschaft, bezw. im Moment des Anfalls des Legats (des *dies legati cedens*) die *potestas* über die bedachte Person hat, durch sie die Erbschaft bezw. das Recht aus dem Vermächtnis erwirbt. Man hat zu deduzieren versucht, daß dieser von dem bei der Stipulation geltenden abweichende Satz damit zusammenhänge, daß die Erbschaft erst mit der Antretung auf Grund der Delation, das Legat erst mit der *cessio diei* erworben werde. Der Grund ist aber in Wahrheit dieser. Die testamentarischen Dispositionen: Enterbung, Erbeinsetzung, Legat enthalten ein *iudicium* des Erblassers, ein Urteil über den Wert des Bezeichneten für den Erblasser, insbesondere die Enterbung regelmäßig eine *nota*, eine Erklärung, daß der Enterbte des Eintretens als Successor unwürdig sei, dagegen die Erbeinsetzung und, wenn auch nicht in gleich hohem Maße, das Legat eine Ehr- und Freundschaftserweisung. Wenn nun ein Gewalthaber durch eine *persona subiecta* Erbe wird, bezw. ein Legat erwirbt, so hat er zwar das *commodum* des Erbeseins, aber nicht durch das *iudicium* des Erblassers, er ist nicht der, welchem der *honor* der Erbeinsetzung, der Legatshinterlassung erwiesen ist. Mit größter Deutlichkeit spricht das namentlich l. 3 § 2 D. de legat. praest. 37, 5 aus: *Hoc autem solum debetur, quod*

[1] L. 38 § 6 D. de v. o. 45, 1.

ipsis parentibus relictum est et liberis: ceterum si servo eorum fuerit adscriptum vel subiectae iuri eorum personae, non debetur: nec enim quaerimus, cui adquiratur, sed cui honor habitus sit. Weil durch die Einsetzung der *persona subiecta* oder durch Hinterlassung des Legats an sie ihr der *honor habitus est*, darum sind die Erfordernisse der Gültigkeit, abgesehen von der *testamenti factio*, sowie die Erfordernisse der Antretung aus ihrer Person zu beurteilen. Daher kann z. B. eine dem Gewalthaber bereits gehörige Sache der *persona subiecta* gültig legiert werden. Die zur Vornahme des betreffenden Erwerbsgeschäfts erforderliche Handlungsfähigkeit ist bei der Vornahme durch eine *persona subiecta* aus ihrer Person, nicht aus der des Gewalthabers, zu beurteilen, denn das Geschäft selbst ist eines jener, nicht dieses: es kann also z. B. ein *filiusfamilias furiosus* nicht durch ein Rechtsgeschäft für den Gewalthaber etwas erwerben. Überhaupt werden nach späterem Recht alle Verhältnisse, welche auf den Bestand oder die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von Einfluß sein können, nach der gewaltunterworfenen Person, welche das Subjekt des Rechtsgeschäfts ist, beurteilt. Nur ganz ausnahmsweise ist daneben auch dem Wissen oder Nichtwissen des Gewalthabers von Eigenschaften des Objekts des Erwerbs Bedeutung für die Wirksamkeit des Geschäfts beigelegt. — Das Recht, welches durch das von der *subiecta persona* abgeschlossene Geschäft erworben wird, entsteht nicht etwa erst in dieser und geht dann auf den Gewalthaber über, sondern es entsteht unmittelbar in dem letztern, wie dies namentlich deutlich ausgesprochen ist in l. 79 D. de acq. hered. 29, 2: *Placet, quotiens adquiritur per aliquem hereditas vel quid aliud ei cuius quis in potestate est, confestim adquiri ei cuius est in potestate, neque momento aliquo subsistere in persona eius per quem adquiritur et sic adquiri ei cui adquiritur.*

Inhalt und Umfang des Rechts gestalten sich dadurch, daß dasselbe durch eine *persona subiecta* erworben wird, nicht anders, als bei einer durch sie nicht vermittelten Erwerbung. Anders war es beim *ususfructus* und *usus*, jedoch nur, wenn sie einer *persona subiecta* legiert waren. Daß auch diese Rechte durch eine *persona subiecta* erworben werden konnten, steht fest, nur nicht vermittelst *in iure cessio*, weil einer *persona subiecta* überhaupt nichts *in iure* cediert werden konnte. Nun scheinen aber diese Rechte insoweit als an der *persona subiecta* haftend angesehen worden zu sein, daß man sie mit dem Tode, der Manumission resp. Emancipation oder sonstiger *capitis deminutio* derselben, ja auch mit Veräußerung derselben, also mit der *potestas* über sie untergehen ließ. In den betreffenden Quellenstellen (l. 5 § 1 l. 18 D. quib. mod. usufr. 7. 4. L. 15. 17 C. de usufr. 3, 33) ist jedoch nur von legiertem *ususfructus* bezw. *usus* die Rede. Daß es, wenn ein Sklave einen *ususfructus* stipuliert hatte und infolgedavon derselbe (*pactionibus et stipulationibus* oder auf dem Umwege von fr. Vat. § 51 i. f.) bestellt war, sich anders verhielt, sagt fr. Vat. § 57 ausdrücklich. Auch hier liegt der Grund der Abweichung in der Natur des Legats. Ist der *persona subiecta* ein *ususfructus* legiert, so ist, wenn auch der Gewalthaber das Recht erwirbt, jene die Person, welcher *honor habitus est.* Dies ist der Grund, weshalb die Dauer des Rechts in der Person des Gewalthabers sich bei solchen Rechten persönlicher Natur nach der Dauer seiner *potestas* über die honorierte Person bestimmen muß. Bei dem legierten *usus* hat diese Erwägung auch auf die Bestimmung des Rechtsinhaltes Einfluß. Ist einem *paterfamilius* der *usus* einer Sache vermacht, so kann er an dem *uti* auch die Gattin und die Kinder in seiner Gewalt mitteilnehmen lassen; ist ihm aber

das Recht vermittelst des Legats eines *usus* an eine seiner Gewalt unterworfenen Person erworben, so hat er nur selbst das Recht zum *uti* und darf andere in seiner Gewalt befindliche Personen nicht daran teilnehmen lassen (l 12 § 5 D. de usu 7, 8).

Dass die hier des Zusammenhangs halber gleich näher auseinandergesetzte Theorie der Römer über den Erwerb des Gewalthabers durch *personae subjectae* sich erst allmählig ausgebildet hat und in den alten Zeiten, die hier zunächst unsrer Betrachtung vorliegen, nur ihren Keimen und Grundlagen nach vorhanden gewesen sein wird, braucht kaum bemerkt zu werden.

Es ist vielfach von Juristen und Nichtjuristen, Kundigen und Unkundigen die Meinung von einem egoistischen Charakter der *patria potestas*, von einer Ausbildung des römischen Familiengüterrechts im egoistischen Interesse des Gewalthabers geäußert worden. Es liegt darin eine völlige Verkennung der Grundidee der römischen Familiengewalt. Man kann vielleicht sagen, dass das römische Recht durch seine Organisation der *familia* den Familienegoismus befördert habe, nicht aber den der Individuen, auch nicht den des Hausvaters. Es wird vielmehr nicht leicht ein Recht namhaft gemacht werden können, welches den Egoismus der abstrakten atomistischen Persönlichkeit im Verhältniss der Familienglieder so absolut ausschliesst, wie das römische Recht, kein Recht, welches den Gedanken der Einheit und damit der geschlossenen, konzentrierten Kraft der Familie so energisch zur Geltung bringt, wie das altrömische, und dieselbe so lange zu erhalten sucht, wie dieses. In einer Zeit, wo Arbeitsteilung und Verkehr sich noch nicht ausgebildet haben, wo jede Familie auf ihre eigenen Anstrengungen und die Bebauung ihres Landes angewiesen ist, ist es von grösstem Interesse für ihr Gedeihen, dass ihre Kräfte und Mittel sich nicht zersplittern, sondern möglichst eng und möglichst lange zusammengehalten werden. Die *potestas* des Familienoberhauptes bot das Mittel, um die Einheit herzustellen. Die Familie ist eine zum engsten Zusammenleben, Zusammenarbeiten, Zusammenerwerben, Zusammengenießen bestimmte Einheit von Menschen. Zwar kann die absolute Gewalt, welche dem *pater familias* zur Herstellung und Erhaltung dieser Einheit eingeräumt ist, im egoistischen Sinne misbraucht werden, aber darum ist doch seine *potestas* nicht etwa bloß der Anforderung der Sitte, sondern auch dem Rechtsgedanken nach keine „selbstnützige". Alles, was er und andere an Vermögen erwerben, erwirbt der Gewalthaber als *pater familias*, als *princeps familiae*, d. h. er erwirbt es nicht bloß für seine individuellen Interessen und Bedürfnisse, sondern für sein erweitertes Ich, für sich und die in seiner Gewalt stehenden freien Familienglieder. Zwar ist es m. E. nicht gerechtfertigt, den Hauskindern während Lebzeiten des Gewalthabers auch nur ein gewisses *dominium* zuzuschreiben und den Gewalthaber dem Sinne und Gedanken nach zugleich als Fiduciar, allgemeiner ausgedrückt als Vertreter oder Vollmachtträger für das Kind zu bezeichnen. Nach meiner Auffassung ist das eine nicht zutreffende Formulierung eines Gedankens, den auch ich teile: des Gedankens, daß alle sächlichen Bestandteile der *familia* dem *paterfamilias* nicht bloß für seine individuellen Zwecke und Bedürfnisse, sondern auch für die Interessen der übrigen Familienglieder gehören. Aktive Familienglieder sind sie eben insofern, dass sie für den *pater familias* nicht bloße Mittel sind, daß sie als persönlich zu ihm gehörende zu den Interessen und Zwecken gehören, zu deren Befriedigung die sächlichen Bestandteile der Familie ihm dienen sollen. Recht deutlich zeigt sich das

darin, daß, wenn der *paterfamilias* ein Hauskind lediglich als Mittel behandelt, d. h. wenn er es einem andern mancipiert, für so lange, als das Kind in dieser Stellung eines Mittels jetzt für eine fremde *familia* verbleibt, seine aktive Mitgliedschaft in der eigenen Familie suspendiert ist. Gewiß kann der *paterfamilias* durch sein ganzes Verhalten den Gedanken des Rechts, daß er das Vermögen nicht bloß für seine individuellen Interessen habe, verletzen und insofern nicht bloß unsittlich, sondern widerrechtlich handeln, z. B. dann, wenn er seine Familienglieder trotz überflüssig vorhandener Mittel darben läßt; aber, wenn wir von der späteren censorischen Rüge absehen, ist er dafür weder den Gewaltunterworfenen selbst noch dem Staat Rechenschaft schuldig. Es widerspricht römischer Anschauung, daß der mit einer Autorität Begabte, wenn er innerhalb seines Kreises das Recht verletzt, wegen solcher Verletzung, zumal von den der Autorität Unterworfenen, zur Rechenschaft gezogen werden könne. Auch der *rex* ist an die Gesetze gebunden und kann sie verletzen, ebenso kann es auch der *paterfamilias* innerhalb seines Kreises, aber beide können wegen solcher Verletzungen nicht zur Verantwortung gezogen werden.

Seitdem das Obligationenrecht mehr zur Entwickelung kam, mußte auch die Möglichkeit der Übernahme von Verpflichtungen durch Hauskinder in Frage kommen. Daß sie durch Rechtsgeschäfte die *familia*, zu welcher sie gehörten, also den Gewalthaber nicht obligieren könnten, wird nie bestritten gewesen sein. Für das klassische römische Recht steht es auch durch eine Anzahl von Aussprüchen der Quellen unzweifelhaft fest, daß ein *filiusfamilias* sich *ex omnibus causis* wie ein *paterfamilias* obligieren, bezw. schon bei Lebzeiten des Gewalthabers wegen solcher Schuld belangt und kondemniert werden konnte.[1] Anders stand es mit der Exekution. Daß eine Vermögensexekution einem Haussohne gegenüber, der rechtlich kein Vermögen für sich haben kann, nicht möglich ist, liegt auf der Hand. Die Unmöglichkeit einer Personalexekution ist nicht so offensichtlich, dennoch muß man wohl denen,[2] welche auch diese gegenüber dem Haussohne ausschließen, zustimmen. Von den für diese Ansicht angeführten Argumenten scheint besonders überzeugend der Hinweis auf das dem gewesenen Hauskinde eingeräumte Kompetenzbenefizium. Wegen der aus der Zeit der Gewalt herrührenden Geschäftsschulden ist Kondemnation des gewesenen Hauskindes bezw. Exekution gegen dasselbe nur *in id quod facere potest* zulässig, es hätte denn einen beträchtlichern Teil des väterlichen Vermögens erhalten; es ist also namentlich auch keine Personalexekution wegen Schulden aus der Zeit der Gewalt zulässig. Unbegreiflich wäre dies, wenn *durante potestate*, wo das Kind noch gar nicht für sich erwerben konnte, Personalexekution gegen dasselbe zu erlangen gewesen wäre. Auch würde durch die Durchführung der Personalexekution gegen das Hauskind das Gewaltrecht des Vaters an dem Kinde beeinträchtigt werden, was (abgesehen von Delikten des Hauskindes) nicht als zulässig erscheint. Keine genügenden Gründe scheinen mir aber für die neuerdings verteidigte Ansicht[3] zu sprechen, daß die Möglichkeit der Begründung klagbarer Verpflichtungen erst im Laufe der Entwickelung des römischen Rechts anerkannt worden sei. Von den beiden „gewichtigsten"

[1] L. 6 § 7 D. de a. e. v. 19, 1. L. 39 D. de o. e. a. 44, 7. L. 141 § 2 D. de v. o. 45, 1. L. 57 D. de jud. 5, 1. L. 8 § 4 D. de acceptil. 46, 4. L. 2 § 2 D. de cap. min. 4, 5. L. 1 § 42 D. depos. 16, 3. L. 44 D. de pecul. 15, 1. L. 45 D. eod. tit. L. 10 § 2 D. de fidej. 46, 1. L. 5 pr. D. quod cum eo 14, 5.

[2] Vgl. Mandry, a. a. O. S. 407 ff. [3] Vgl. Mandry, a. a. O. S. 340 ff.

Gründen könnte am ehesten Eindruck machen die Behauptung, daß ein nicht exequierbares Urteil dem Charakter des ältern römischen Rechts widerspreche, aber es handelt sich hier nicht um ein absolut nicht exequierbares, sondern vorläufig nicht exequierbares Urteil. Und daß nicht auch in alter Zeit die Exekution eines Urteils zwar nicht durch die *sententia* selbst, aber infolge irgend welcher außerhalb des Urteils liegender Umstände hinausgeschoben sein konnte, dafür mangelt es an innerem Grunde. Eine Bestätigung der ursprünglichen Verpflichtungsunfähigkeit der Hauskinder kann meines Erachtens auch nicht in dem Ausspruch Ulpians (l. 2 § 1 D. de pollic. 50, 12) gefunden werden: *Filiusfamilias vel servus sine patris dominive auctoritate voto non obligantur.* Aus den auf das *votum* bezüglichen Ausdrücken *voti reus, voti damnatus* kann man schließen, daß, wenn die Bedingung des *votum* erfüllt war, die Verpflichtung gegen den Gelobenden wie gegen einen *condemnatus* exekutivisch geltend gemacht werden konnte. Der göttliche Gläubiger heischt, wenn er die Bedingung erfüllt, prompte Befriedigung. Einem Haussohn gegenüber würde die Exekution erst nach Beendigung der *potestas* möglich sein. Das schien der Natur des *votum* zu widersprechen, daher ließ man den Haussohn aus einem *votum* nicht *sine patris auctoritate* obligiert werden. Erteilte aber der Vater seine Zustimmung, dann haftete er schon nach altem Civilreht (das müssen wir annehmen) mit für die Erfüllung des *votum.* Der ganze Satz macht den Eindruck eines aus alter Zeit herrührenden. So aufgefaßt, wie es hier geschehen, folgt er aus der besondern Natur des *votum* und spricht als Ausnahme für eine regelmäßige Verpflichtungsfähigkeit der Hauskinder; wie er sich denn auch noch in einer Zeit erhalten hat, in welcher die Verpflichtungsfähigkeit der Hauskinder keinem Zweifel unterliegt. Größere praktische Bedeutung wird die Verpflichtungsfähigkeit der Hauskinder erst erlangt haben, seitdem es Pekulien gab, aus welchen sie die von ihnen übernommenen Verpflichtungen mit Bewilligung der Gewalthaber erfüllen konnten. Das Aufkommen und Wesen der Pekulien soll aber erst bei der Darstellung der *dominica potestas* und der Sklaverei ins Auge gefaßt werden. Ebenso wird da über die Delikte gewaltunterworfener Personen und deren Folgen zu reden sein. Hier ist aber noch die Frage zu berühren, ob die Schuldenfähigkeit nicht bloß für die *filii familias*, sondern auch für die *filiae familias* anzunehmen sei. Savigny[1] verteidigte das noch mit Lebhaftigkeit gegenüber der abweichenden Ansicht des Cuiacius u. a.[2]: Jetzt steht die Unfähigkeit der *filiafamilias,* sich zu obligieren, fest durch Gai. III, 104 nach der neueren Lesung Studemunds. Danach sah also Rudorff, Vormundschaftsrecht I, 171 Stellen, wie L. 141 § 2 D. de v. o. 45, 1 ganz richtig als interpoliert an.

Die *potestas* des Vaters über das Hauskind kann sich in gewissen Dispositionen noch über den Tod hinaus geltend machen: er kann das Hauskind enterben, ihm im Testament einen *tutor* geben, ebenso für das unmündige Hauskind im Testament einen Pupillarsubstituten ernennen. Von diesen Befugnissen wird ebenfalls erst in anderen Zusammenhängen zu reden sein.

2. Begründung, Aufhebung, Schutz derselben.

§ 6. Fragen wir nach der Begründung der *patria potestas,* so ist der wichtigste und ursprünglich gewiß einzige Entstehungsgrund die Zeugung in rechter

[1] System II. Beilage V, S. 430 ff.

[2] Vgl. die bei Cohn, Beiträge H. 2, S. 318, A. 1 Angeführten.

Ehe. Die Frage, in wessen Recht das durch Zeugung neu entstandene Wesen falle, präzisiert sich näher dahin, ob die männliche oder weibliche Zeugung den Ausschlag gebe. Die Antwort lautet verschieden. In den Sätzen, daß die Frucht nach ihrer Separation in das Eigentum dessen fällt, welchem die Muttersache zur Zeit der Separation gehört, daß ferner das aus einem *matrimonium juris gentium* entsprossene Kind der Mutter folgt, spricht sich eine Auffassung aus, nach welcher bei dem Naturvorgange der Zeugung das weiblich Zeugende den vorwiegenden Anteil hat. Dagegen der Satz, daß das Kind dem Vater folge, welcher es erzeugt, ist eine Konsequenz rechtlicher Sanktionierung der gesellschaftlichen Anschauung, wonach der Mann das Haupt der Ehe ist; der Anschauung, nach welcher ein Hauptzweck der Ehe ist, Kinder für den Mann zu erwerben. Nach dieser Anschauung ist die eheliche Zeugung kein bloßer Naturvorgang, sondern ein von einem bestimmten rechtlich anerkannten Willen, einer bestimmten Absicht geleiteter Naturvorgang: der Absicht, dem Manne Kinder zu erwerben.

Nur die vom Ehemann in einem *iustum matrimonium* gezeugten Kinder sind *iusti patris liberi* und fallen in die *patria potestas* des Ehemannes[2] oder in die dessen, in dessen *patria potestas* der Vater zur Zeit der Konzeption stand. Das Kind, welches eine *filiafamilias* geboren, kommt mit der Geburt nie in die *patria potestas* seines mütterlichen Großvaters. Keine Kinder zu haben, ist ein Unglück. Deshalb ist es dem kinderlosen Manne schon früh ermöglicht worden, künstlich ein Kind anzunehmen, eines zu adoptieren. Die älteste und ursprünglich einzige Art der Adoption war die Arrogation, über deren Hergang wir ziemlich genau durch Cicero[3] und Gellius[4] unterrichtet sind. Arrogiert konnte nur jemand werden, welcher bereits *sui iuris* war. Lange meint, diese Beschränkung sei keine ursprüngliche gewesen; solche Beschränkung sei schon deshalb unwahrscheinlich, weil der sakralrechtliche Zweck der Arrogation, die *sacra* des Arrogierenden fortzupflanzen, ebensogut durch einen *filiusfamilias*, wofern derselbe nur *pubes* war, wie durch einen *paterfamilias* habe erreicht werden können. Allein der Arrogation eines *filiusfamilias* steht entgegen, daß in alter Zeit das Band der bestehenden *patria potestas* nicht künstlich, weder durch Emanzipation noch durch *in adoptionem datio*, lösbar war. Die später zu betrachtenden Formen dieser Akte zeigen es deutlich, daß man keinen einfachen, direkt die Lösung der väterlichen Gewalt bewirkenden Akt hatte, sondern dieses Ziel erst auf einem komplizierten Umwege, unter Benutzung eines zu einem andern Zweck gegebenen Satzes erreichen mußte. Wäre ferner die Arrogation früher auch auf *filiifamilias* anwendbar gewesen, so würde man sie, auch wenn sie später durch das Aufkommen der *in adoptionem datio* für den einen Fall überflüssig geworden wäre, für diesen vielleicht wenig mehr verwendet, aber doch nicht abgeschafft haben. Das ist nicht römische Weise. Später aber ist unzweifelhaft die Arrogation nur in Bezug auf *personae suri iuris* zulässig.

Die Arrogation ist künstliche Herstellung eines Verhältnisses, welches eigentlich nur auf der Natur beruhen soll, sie ist Nachbildung des natürlichen Vater- und Kindesverhältnisses, insofern *„simulata"*, und soll *quam maxime veritatem suscipiendorum liberorum* nachahmen.[6] Diese Imitation des eheleiblichen

[1] L. 25 § 1 D. de usur. et fruct. 22, 1. [2] Gai. I, 55.
[3] or. pro domo 13. 14. 29. [4] N. A. V, 19. [5] Röm. Altertümer I[3], S. 131 f.
[6] Cic. p. domo 14, 36.

Kindesverhältnisses wird in der Formel der an das Volk gerichteten Rogation durch die Fiktion angedeutet: *tam filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset.* Ein bloßes Privatrechtsgeschäft, abgeschlossen zwischen den zunächst beteiligten Personen, genügt nicht, um einen bereits selbständigen *civis romanus* wieder unter die *potestas* eines andern zu bringen: es ist vielmehr dazu ein Spezialgesetz erforderlich, ein Beschluß der Volksversammlung, welche auch später in den die Familien und *gentes* betreffenden Angelegenheiten, sei es für Beschlußfassung, sei es für bloße Zeugnisleistung, kompetent blieb: der *comitia curiata.* Daß diese Komitien unter dem Vorsitz des *pontifex maximus* abgehalten seien, folgt weder aus der Natur der Sache, noch auch aus den vorhandenen Zeugnissen. Die Arrogation hatte zwar eine sakralrechtliche Seite, aber eine nicht minder wichtige rein bürgerliche: die Begründung der *patria potestas* und damit Aufnahme in eine neue *familia* bezw. *gens* hatte zwar für das *ius pontificium* ein Interesse, war aber noch mehr von rein bürgerlicher Bedeutung. Nach Gellius *comitia arbitris pontificibus praebentur,* d. h. nicht *comitia pro collegio pontificum habentur,* sondern die *comitia* zum Zweck der Arrogation werden nach Entscheidung der *pontifices* gewährt. Die beabsichtigte Annahme an Sohnesstatt muß nach einer Untersuchung des Pontifikalkollegiums durch ein Dekret desselben gebilligt sein, bevor die Komitien gewährt werden können. Falls die *pontifices* ihre Mißbilligung aussprechen, werden die Komitien gar nicht berufen. Daß aber die Berufung von dem *pontifex maximus,* nicht vom Konsul geschehen sei, ist meines Erachtens nicht anzunehmen. Das *quaerere,* die *notio* der *pontifices* erstreckt sich nach Ciceros Darlegung auf drei Punkte. Zunächst sollen die *pontifices* feststellen, daß dem, welcher arrogieren will, die Hoffnung auf eheleibliche Kinder abgeschnitten ist, und die beabsichtigte Adoption wirklich eine Nachbildung leiblichen Kindesverhältnisses sein würde. Natürlich muß es also dem Arrogator an eigenen, in seiner Gewalt befindlichen Söhnen oder Enkeln mangeln und muß er sich in einem Alter befinden, welches ihn als zur künftigen Zeugung leiblicher Kinder nicht mehr fähig erscheinen läßt. Doch darf er auch früher nicht notorisch zeugungsunfähig gewesen sein (*„nempe ut is adoptet, qui neque procreare iam liberos possit, et, cum potuerit, sit expertus“*). Sodann soll erforscht werden, *quae sit causa cuique adoptionis,* ob wirklich nur, was die Natur versagt hat, *legitimo et pontificio iure* erreicht werden solle, oder ob etwa eine der Parteien durch fremdartige, unlautere, egoistische Motive geleitet werde, ob also namentlich der, welcher adoptieren will, es nicht hinterlistig bloß auf die *bona* des *arrogandus* abgesehen habe. Mit diesem Erfordernis, daß jede *fraus,* jeder *dolus* bei der Arrogation ausgeschlossen sein soll, hängt wohl das von Gellius erwähnte *iusiurandum a Q. Mucio pontifice maximo conceptum, quod in arrogando iuraretur* zusammen. Dieser von dem Adoptierenden *in arrogando,* also wohl erst in den Komitien zu schwörende Eid möchte des Inhalts gewesen sein, daß er nur in treuer, wohlwollender, nicht in doloser, fraudulöser Absicht den andern an Sohnesstatt annehmen wolle. Drittens sollen die *pontifices* prüfen, *quae ratio generum ac dignitatis, quae sacrorum,* sie sollen verhüten, *ut nequid de dignitate generum aut de sacrorum religione minuatur.* Kann also durch die Arrogation ein altes Geschlecht erhalten, vor dem Aussterben behütet werden, so ist sie zu befürworten; droht umgekehrt durch Adoption eines Angehörigen eines Geschlechts, welches nur auf wenig Augen steht, diesem und den *sacra gentilicia* desselben der Untergang, so ist sie nicht zu billigen. Will ein niedrig Stehender einen nach Geburt und Dignität Hochstehenden

adoptieren, so ist das auch nicht zu befürworten. In den Arrogationskomitien selbst handelt es sich zunächst darum, daß die beteiligten Privaten ihre auf die Adoption gerichteten Willenserklärungen vor dem Volk abgeben. Es wird also ohne Zweifel von dem Vorsitzenden der Versammlung der *arrogaturus* gefragt sein, ob er wolle, daß der andere, den er adoptieren will, ihm *iustus filius* sei. Es kann aber kein römischer Bürger, welcher *sui iuris* ist, diese seine *libertas* verlieren, *nisi ipse auctor factus est.* Daher muß ferner der, welcher sich *in alienam potestatem* begeben will, auf eine an ihn gerichtete Frage *eius rei auctor fieri.* Die Frage lautet inhaltlich etwa: *Rogo auctorne sis, ut in te P. Fonteius vitae necisque potestatem habeat, ut in filio.* Die mehrfache Bezeichnung der Erklärung des zu Adoptierenden als *auctorem fieri* zeigt, daß sie als eine sekundäre, nur zustimmende Erklärung im Verhältnis zu der prinzipalen Willenserklärung dessen, der die väterliche Gewalt erwerben will, angesehen wird. Die Übertragung der Gewalt selbst an den *adoptans* erfolgt aber erst durch den *iussus populi*, welcher nach geschehener Zustimmung jener Privaten auf eine an das Volk durch den Vorsitzenden gerichtete *rogatio* erfolgt. Von diesem Hauptakte des ganzen Vorgangs heißt diese Art der Begründung der väterlichen Gewalt *adrogatio.* Ausdrücklich gesagt wird noch, daß weder ein Weib noch ein *impubes per populum* arrogiert werden konnte. Als Grund für das erste wird angegeben, daß *„cum feminis nulla comitiorum communio est"*; für das letztere, daß man den Tutoren keine so große Gewalt über ihre Pupillen habe zugestehen können, dieselben fremder *potestas* zu unterwerfen. Jener formale Grund, daß Frauen keine Teilnahme an den Komitien hätten, war sicher nicht der ausschlaggebende. Entscheidend war der materielle Grund, daß durch die Arrogation einer Frau der eigentliche Zweck der Arrogation, nämlich die Fortpflanzung der *familia* des Arrogators, nicht erreicht werden konnte, denn *mulier familiae suae finis est.* Der für die Unfähigkeit der Pupillen, arrogiert zu werden, angegebene Grund mag nicht unrichtig sein, aber mitgewirkt hat wohl auch die Erwägung, daß durch einen Pupillen erst in einer mehr oder weniger entfernten Zukunft die Fortpflanzung der *familia* des Arrogators möglich ist, und daß die Erreichung dieses Zieles bei der Arrogation eines *pubes* in näherer und sicherer Aussicht steht. — Die Wirkung der Arrogation ist, daß der *arrogatus* samt den bereits seiner Gewalt unterworfenen Kindern in die *patria potestas* des Arrogators fällt, und damit in jeder, auch in sakraler Beziehung in die *familia* bezw. *gens* desselben eintritt. Eine Folge dieser Begründung der *patria potestas* ist, daß auch, was er bereits an sächlicher *familia pecuniaque* hat, *per universitatem* auf den Arrogator übergeht. Es möge in diesem Zusammenhange gleich die Frage erwogen werden, ob das Recht der spätern Republik neben der wahren Arrogation eine *arrogatio fiduciae causa* gekannt habe, wie Lange[1] behauptet. Das soll eine *dicis causa,* zum Schein vorgenommene Arrogation eines Plebejers sein, vorgenommen nur zu dem Zweck, um dem Arrogierten den Austritt aus dem Patriziat zu ermöglichen, bei welcher es mit dem Namen, den *sacra,* dem Erbrecht und den Imagines anders, als bei der wahren Adoption, gehalten sei, da dieselben bei der *arrogatio fiduciae causa* dem *arrogatus* verblieben seien. Es ist zunächst zu prüfen, ob in dem Fall der Arrogation der *Clodius* durch *Fonteius,* von welchem die angebliche *arrogatio fiduciae causa* entnommen ist, jene Minderung der Wirkungen der Arrogation angenommen

[1] Lange, Über die *transitio ad plebem.* Leipz. 1864. Röm. Altert. I², S. 139.

werden könne bezw. müsse. Ciceros Ausführung in der oratio pro domo gewährt darüber Aufschluß. Denn wenn er auch seine Rechtsansicht dahin ausspricht, *istam adoptionem — pro nihilo esse habendam*, so giebt er doch genugsam an, welches, wenn sie mit Clodius als gültig zu betrachten sei, die Wirkungen derselben gewesen sein würden. *Tu neque Fontejus es, qui esse debebas: neque patris heres: neque, amissis sacris paternis, in haec adoptiva venisti.* Diese Worte faßt Lange so auf, Clodius habe sein Erbrecht in seiner *familia* und *gens* beibehalten, dagegen keines gegen seinen Adoptivvater erhalten. Indessen die Worte: *neque patris heres* sind anders zu erklären. Cicero hat vorher vom Arrogator Fonteius gesagt: *habet uxorem: suscepit etiam liberos. exheredabit igitur pater filium,* d. h. Fonteius wird seinen emancipirten Sohn Clodius exheredieren. Exheredieren mußte er ihn also, um ihn von seinem Nachlasse auszuschließen, denn sonst hätte Clodius als präterierter *emancipatus* die *bonorum possessio contra tabulas* gegen das Testament nachsuchen können. Also nur als *exheredatus* wird er nicht *patris heres* sein: ohne *exheredatio* würde er den *pater Fonteius* unter dessen *liberi* mitbeerben. Daß Clodius durch die Arrogation, vorausgesetzt, daß man sie als gültig ansehen konnte, aus jedem agnatischen Nexus mit seiner bisherigen *familia* ausgeschieden war, zeigen auch die Worte: *iure Quiritium legitimo tutelarum et hereditatum relicto, factus es eius filius contra fas* etc. Auch die Worte *neque amissis sacris paternis in haec adoptiva venisti* sind nicht so zu verstehen, als habe Clodius die *sacra paterna* beibehalten, die Negation ist nicht auf das *amittere sacra paterna*, sondern nur auf das *venire in adoptiva sacra* zu beziehen. Die Teilnahme an den *sacra paterna* hatte Clodius durch die Arrogation eingebüßt, aber er hatte sich nicht im geringsten um die *sacra* seiner Adoptivfamilie faktisch gekümmert, wenn er auch das Recht bezw. die Pflicht dazu gehabt hätte. *Tu neque Fonteius es, qui esse debebas* bedeuten: dem Recht nach bist und heißt du Fontejus, wenn du auch faktisch dich nicht für einen Fontejus giebst und so nennst. Diese Worte stimmen also genau zu pro domo 44, 116: *inferiorem aedium partem assignavit non suae genti Fonteiae, sed Clodiae, quam reliquit,* und de har. respons. 27, 57: *Iste parentum nomen, sacra, memoriam, gentem Fonteiano nomine obruit*, welche Äußerungen keineswegs mit Lange für bloß rhetorische Ausdrücke zu halten sind, sondern zeigen, daß infolge der Arrogation (falls sie gültig war) Clodius in die *familia* des Fontejus eingetreten war und den Namen Fontejus erhalten hatte. Ciceros ganze Darlegung beweist also nur, daß Clodius faktisch die Wirkungen der Arrogation, soweit sie nicht in seinen Interessen lagen, völlig ignorierte und sich namentlich nach wie vor Clodius nannte. Langes Auffassung der angeblichen *arrogatio fiduciae causa* ist aber auch in sich nicht klar und widerspruchslos. Zunächst scheint es, er denke sie sich als eine *arrogatio dicis causa,* zumal er sie mit der *coemtio fiduciaria* vergleicht. Wäre dies der Fall, so müßte er annehmen, daß Clodius sein *nomen,* sein Erbrecht, seine *sacra paterna* nie verloren habe, wie bei der *coemtio fiduciaria* die Frau dem *coemtionator* gar nicht *filiae loco* wird. Andererseits sagt aber Lange, juristisch ermöglicht sei der Nichteintritt der übrigen Wirkungen einer ernstlichen Adoption vermutlich durch die von den Pontifices zugelassene juristische Fiktion, daß die bei der Adoption und Emanzipation stattfindende *deminutio capitis minima* so gut wie nicht geschehen sei, d. h. also: die *ipso iure* eingetretene *capitis diminutio* soll rescindiert werden. Das wäre dann keine *dicis causa* vorgenommene Arrogation, sondern eine mit den gewöhnlichen Wirkungen, von denen nur eine Anzahl vermöge jener Fiktion wieder beseitigt würde. Solche Rescissionen be-

reits eingetretener Rechtsveränderungen vorzunehmen, wäre Sache der mit dem *imperium (mixtum)* betrauten Magistrate gewesen, wenigsten in Bezug auf alle rein bürgerlichen Folgen der Arrogation. Ganz außer acht gelassen hat Lange bei seiner Annahme einer *arrogatio fiduciae causa*, daß die Arrogation ihrem Hauptbestandteile nach in einem wirklichen Volksbeschluß besteht, dessen Wirkungen illusorisch zu machen weder in der Macht der beteiligten Privaten noch der *pontifices* stand.

Mit dem Akte der Arrogation haben manche die *sacrorum detestatio* in Verbindung bringen wollen.[1] Nach ihnen soll dieselbe ein feierliches Lossagen von der *gens* bezw. deren *sacra* sein, es sei ein und dieselbe Handlung, die von seiten des Vaters *arrogatio*, von seiten des Sohnes *detestatio sacrorum* genannt werde. Nach anderen dagegen kam sie in Verbindung mit Testamenten vor[2] und enthielt eine von dem Erblasser ausgehende Erklärung, daß er für den Fall des Antritts der Erbschaft seine Privatsakra von seinen durch das Familienband dazu verpflichteten Angehörigen auf den Testamentserben übertrage und deshalb das Volk um sein Zeugnis bitte. Meines Erachtens sind beide Ansichten nicht zu billigen. Es spricht nichts dagegen, daß nach gutheißendem Dekret der *pontifices* der zu Adoptierende durch den Akt der Arrogation selbst, ohne eine besondere Lossagung, aus der bisherigen *gens* bezw. der Teilnahme an deren *sacra* ausschied und in die neue *gens* übertrat. Was aber die *sacra familiaria* angeht, so klebten sie an der sächlichen *familia*, sie trafen den, welcher Subjekt dieser *familia* wurde, den *heres*, einerlei, ob er *ex testamento* oder *ab intestato* berufen wurde. Beiden Ansichten ist das gemeinsam, daß sie die *sacrorum detestatio* als unselbständigen Bestandteil eines andern Akts (der Arrogation oder Testamentserrichtung) betrachten, und gerade dazu bieten die wenigen Äußerungen, welche uns über sie erhalten sind, keine Veranlassung. Zunächst berichtet Gellius XV, 27, wie es scheint, aus der Schrift des Laelius Felix ad Q. Mucium: *Iisdem comitiis, quae calata appellari diximus, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant.* Danach waren die *sacrorum detestationes* damals schon abgekommen, sie geschahen aber *calatis comitiis*, d. h. in den vom *pontifex maximus* berufenen Zeugnisversammlungen. Dies spricht auch gegen die Verbindung mit der Arrogation, denn die Arrogationskomitien, in welchen doch die Lossagung von den bisherigen *sacra* geschehen sein müßte, sind keine *comitia calata*. Sodann werden aber die *sacrorum detestationes* als etwas Selbständiges neben den *testamenta* genannt, was es als unzulässig erscheinen läßt, sie als einen bloßen Bestandteil der Testamentserrichtung anzusehen. Nach einer Nachricht bei Gell. VI, 12 hat der berühmte republikanische Jurist Servius Sulpicius, der Freund Ciceros, eine Schrift von mindestens zwei Büchern *de sacris detestandis* geschrieben: *Servius Sulpicius iure consultus, vir aetatis suae doctissimus, in libro de sacris detestandis secundo, qua ratione adductus testamentum verbum esse duplex scripserit, non reperio.* Auch hier erscheint das *sacra detestari* wieder als ein selbständiger Akt. Daß diese Stelle gerade auf eine Verbindung desselben mit der *testamenti factio* hindeute, ist unerfindlich. Daraus, daß Servius Sulpicius, welcher über die Herleitung und Bedeutung des Wortes *detestari* ge-

[1] Savigny, Vermischte Schriften I, S. 196 ff. Walter, Gesch. d. röm. Rts. I[3], S. 23. Lange, Röm. Altert. I[3], S. 132 u. a.

[2] Rubino, Untersuch. üb. röm. V. S. 250. Huschke in Richters Jahrb. 1837, S. 407. Das alte röm. Jahr. S. 182 fl.

handelt haben wird, dabei auch das Wort *testamentum* berührt und besprochen hat, kann man für eine sachliche Verbindung der *sacrorum detestatio* und des *testamentum* nicht den geringsten Anhalt entnehmen. Endlich gehört sicher auch Cic. Or. 42, 144 hieher: *An, quibus verbis sacrorum alienatio fiat, docere honestum est, ut est, quibus ipsa sacra retineri defendique possint, non honestum est?* Es ist nicht zu zweifeln, daß, wenn hier auch der Ausdruck nicht gebraucht wird, unter der *sacrorum alienatio* unsere *sacrorum detestatio* zu verstehen ist; denn anerkanntermaßen bezeichnet die Präposition *de* in dem Worte soviel wie: von sich ab, von sich weg. *Testari* ist eine Erklärung vor Zeugen, *sacra detestari* ist also eine Erklärung vor dem Volk als Zeugen, durch welche die auf dem Erklärenden, bezw. seinem Vermögen ruhenden *sacra* von ihm abgewälzt werden. Cicero bezeichnet sie als eine *sacrorum alienatio*, eine Entäußerung, eine Aufgabe der *sacra*, im Gegensatz zum *retinere et defendere sacra*, dem Festhalten derselben. Genauer ist die *alienatio* wohl als eine Veräußerung, eine Übertragung der *sacra* auf einen andern zu denken. Aus Ciceros Äußerung ergiebt sich endlich, daß die *sacrorum detestatio* eine in bestimmten solennen *verba* abzugebende Erklärung gewesen sein muß. Diesen verschiedenen Spuren nach war die *sacrorum detestatio* ein selbständiger Akt,[1] wodurch ein römischer Bürger sich, bezw. seine *familia* von den darauf haftenden *sacra* frei machen und dieselben (vermutlich für eine Vergütung) durch eine feierliche *calatis comitiis* abzugebende Erklärung auf einen andern übertragen konnte. Daß das Ganze unter der Kontrolle der *pontifices* stand, ist schon aus der Vornahme *calatis comitiis* zu ersehen. Diese Erklärung wird noch wahrscheinlicher, wenn man die *sacrorum detestatio* mit der *coemtio sacrorum interimendorum gratia* zusammenhält. Haben in Zeiten abnehmender Religiosität die *pontifices*, welche zugleich die Juristen waren, den Frauen einen Weg angegeben, um ihr Vermögen von den lästigen *sacra* zu befreien, wie sollten sie nicht dasselbe, und zwar zunächst, für die Männer gethan haben? Wenn sie aber für die Frauen einen besondern Weg, einen Schleichweg, ersannen, so muß es wohl für die Männer einen andern, den Frauen nicht zugänglichen, Weg gegeben haben. Auch diese Erwägung bestätigt die hier gegebene Erklärung der *sacrorum detestatio*. Frauen konnten nicht *in calatis comitiis* das Volk zu Zeugen aufrufen, also auch sich nicht in der angegebenen Weise ihrer *sacra* entäußern.

Beendet wurde die väterliche Gewalt[2] durch den Tod des Gewalthabers oder der gewaltunterworfenen Person, erstern Falls vorausgesetzt, daß zwischen dem Gewalthaber und der betreffenden gewaltunterworfenen Person keine andere, ebenfalls der Gewalt unterworfene Person in der Mitte stand. Sodann wurde sie, da die römische *patria potestas* nur unter *cives romani* vorkommen konnte, durch jeden Verlust der *civitas romana*, resp. der Freiheit aufgehoben. Welchen Einfluß die Manzipation der Hauskinder von seiten des Vaters auf die *potestas* des letztern hatte, ist nach der Darstellung des *in mancipio esse* erst darzulegen. Die *filiafamilias* wurde von der *patria potestas* durch Eingehung einer Ehe mit *manus* befreit. Endlich schied ein *filiusfamilias* dadurch, daß er *flamen dialis*, eine *filiafamilias* dadurch, daß sie *virgo vestalis* wurde, aus der *patria potestas* aus.

[1] Für einen selbständigen Akt erklärt die *sacrorum detestatio* auch Th. Mommsen, nämlich für die Erklärung eines selbständigen Patriziers, aus dem Patriziat aus- und zu der Plebs übertreten zu wollen. Röm. Forsch. I, S. 126. Staatsr. II. 1², S. 36. Vgl. auch Marquardt, Röm. Staatsverwaltg. III², 306 ff.

[2] Gai. I, 127 sqq. Ulp. X, 2 sqq.

Die Erörterung dieses Beendigungsgrundes wird bei der Darstellung der *capitis diminutio* erfolgen.

Wie andere Rechte, genoß die *patria potestas* seit alter Zeit eines Rechtsschutzes. Die klassische Stelle über die verschiedenen, zur Geltendmachung der *patria potestas* dienenden Rechtsmittel ist l. 1 § 2 D. de rei vind. 6, 1 von Ulpian: *Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt iuris nostri, ut puta liberi qui sunt in potestate, non petuntur: petuntur igitur aut praeiudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria, et ita Pomponius libro trigesimo septimo: nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet: si quis ita petit filium suum vel in potestate ex iure Romano, videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse: ait enim adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse.* Diese Darlegung Ulpians ist rein dogmatischer Natur, über das historische Verhältnis der erwähnten verschiedenen Rechtsmittel ist daraus direkt nichts zu entnehmen. Ein Unterschied besteht zunächst darin, daß mit dem betreffenden Rechtsmittel entweder ein Streit zwischen dem angeblichen Vater und einem Dritten oder ein Streit zwischen jenem und dem Kinde selbst zur Entscheidung gebracht wird. Nur dem letztern Zweck dient das *praeiudicium*, nur dem erstern die *vindicatio filii* und die *interdicta*, dem erstern sowohl als dem letztern kann die *cognitio praetoria* dienen. Es gehören aber diese Rechtsmittel ihrer Entstehung nach verschiedenen Zeitaltern an, wenn sie dann auch nebeneinander bestehen geblieben sind. Zu Ulpians Zeit muß, wie aus der ganzen Art seiner Erörterung zu schließen ist, die *vindicatio filii in potestatem* schon zu einer Seltenheit geworden sein; wenn man sie auch theoretisch noch zugelassen, kam sie wohl *in praxi* kaum noch vor. Gerade sie aber ist unfraglich das älteste, der hier in Frage stehenden Periode angehörende Schutzmittel der *patria potestas*. In ihr wird entschieden und einzig der Gesichtspunkt des *ius* des Vaters an der Person des Kindes hervorgekehrt: dieses Recht macht er, wenn auch mit abweichender Formel, doch sonst ganz in derselben Weise geltend, wie sein Eigentumsrecht an Sachen. In der Zeit, als die *legis actio sacramento* noch die einzige Prozeßform für Geltendmachung solches Streits war, konnte dadurch nur ein Streit ausgetragen werden mit einem Gegner, der entweder selbst *patria potestas* oder doch ein anderes, mit der behaupteten *patria potestas* des Klägers unvereinbares Recht über den streitigen Menschen zu haben behauptete. Daß die *interdicta* zum Schutz der *patria potestas*, welche solcher Beschränkung nicht unterlagen, schon vor der Einführung des Formularprozesses aufgekommen seien, ist gar nicht unwahrscheinlich. Sie gehören aber dem ihnen zu Grunde liegenden, hier noch nicht zu entwickelnden Gedanken nach schon der folgenden Periode an. Eine Form, in welcher der Streit über das Bestehen der *patria potestas* direkt zwischen Vater und Kind selbst zum Austrage gebracht wurde, entsprechend den späteren *actiones praeiudiciales*, wird es zur Zeit der *legis actiones* schwerlich gegeben haben: es gab für den Vater damals keinen andern Weg, seine Gewalt zu behaupten, als den der Vindikation, und dieser gegenüber kann nur ein Dritter, nicht das Kind selbst, als Prozeßpartei auftreten. Möglich ist aber, daß dieser Dritte der Vindikation des Klägers nicht die Behauptung eines eignen Rechts über das Kind, sondern bloß die Behauptung, daß dasselbe *sui iuris* sei, entgegensetzen konnte.

II. Die *dominica potestas* und *servitus*.

1. Doppelnatur des Rechts am Sklaven. Fähigkeit des Erwerbs für den Herrn, Deliktsfähigkeit, sonstiger Mangel der Verpflichtungsfähigkeit, Pekulium.

§ 7. Die Römer teilen, wie das Altertum überhaupt, die Menschen in zwei große Klassen ein: die Freien und die Sklaven. *Et quidem summa divisio de iure personarum,* sagt Gaius I, 9, *haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.* Obwohl die Römer, von der Beobachtung ausgehend, daß der Unterschied der Freien und Sklaven bei allen ihnen bekannten Völkern vorkomme, die Sklaverei als durch das *ius gentium* eingeführt, als eine *constitutio iuris gentium* betrachteten,[1] so unterschieden sie doch sehr wohl zwischen römischer Freiheit bezw. Sklaverei und nichtrömischer. Nur die Freiheit des *civis romanus* ist *iusta libertas,* durch das römische Civilrecht anerkannt, der Peregrine ist nicht *liber ex iure Quiritium,*[2] seine *libertas* ist eine *non iusta;* ebenso ist nur der Zustand eines im vollen Eigentum und der Gewalt eines römischen Bürgers stehenden Sklaven *iusta servitus,*[3] dagegen der Zustand des Sklaven eines Peregrinen *non iusta servitus.* Dem Sklaven erkennt das römische Recht, und zwar zunächst das Civilrecht, gar keine Rechtsfähigkeit zu, er ist rechtlich Sache. Als Sache wird er unter der Benennung *homo* unter den *res corporales*[4] und sonst neben *fundus, vestis, aurum, argentum* oder neben *cetera animalia* aufgeführt. Als bewegliche Sache ist er Gegenstand aller an solcher vorkommenden Rechte und rechtlich geschützten Verhältnisse, so wie sie allmählich bei den Römern aufgekommen sind: Eigentum in allen seinen Gestalten und Entwickelungsstadien (Miteigentum, *in bonis, nudum ius Quiritium*) ist an ihm möglich, er kann Gegenstand eines *ususfructus, usus,* des Rechts an den *operae* sein, auch Objekt des Besitzes und der *bonae fidei possessio,* er kann verpfändet werden.[5] Wie andere Sachen, kann er auch zum Inhalt einer obligatorischen Leistung und des Legats in seinen verschiedenen Figuren gemacht werden. Wären nun die Sklaven nichts als Sachen, so müßte man es mit A. Schmidt[6] als einen Irrtum bezeichnen, daß Gaius die *personae* in *liberi* und *servi* teile und die Sklaven zu den *personae alieno iuri subiectae* rechne. Die Sklaven, sagt Schmidt, gehörten in das *ius quod ad res pertinet,* die *potestas domini* sei nicht eine Gewalt über Personen, sondern es sei nur die Gestaltung, welche das Eigentum an vernünftigen Sachen annehme. Schmidt behauptet ferner, entsprechend dieser seiner Auffassung, Gaius habe I, 50: *Videamus nunc de his quae alieno iuri subiectae sunt: (nam) si cognoverimus quae istae personae sint, simul intellegemus quae sui iuris sint: ac prius dispiciamus de iis qui in aliena potestate sunt,* ganz die Möglichkeit der *servi sine domino* vergessen, denn nach dem, was er dort auseinandersetze, wären sie *homines sui iuris.* Sollte nicht aber gerade in dem Umstand, daß Gaius hier die *servi sine domino* ganz außer acht läßt, der Schlüssel für das Verständnis seiner ganzen Gliederung des *ius quod ad personas pertinet*

[1] Gai. I, 52. L. 4 D. de just. et jure 1, 1. L. 4 § 2 D. de statu hom. 1, 5. L. 64 D. de cond. ind. 12, 6. Isid. Or. V, 6.

[2] Cic. pro Caecina 33, 96. [3] Cic. pro Caec. 34, 99. Gai. I, 11. [4] Gai. II, 13.

[5] Gai. I, 54. II, 86. 91. 92. III, 166. Ulp. I, 16. XIX, 20. L. 24—27 D. comm. div. 10, 3. L. 3 § 1, L. 26 D. de usufr. 7, 1. L. 9 D. in quib. causis pign. 20, 2. L. 26. D. eod. tit.

[6] Das Hauskind *in mancipio* S. 2.

gegeben sein? Der herrenlose Sklave ist Sache, ihn rechnet Gaius überhaupt in keinem Sinne zu den *personae,* als *persona* in einem gewissen Sinne betrachtet Gaius nur den *in potestate domini* stehenden Sklaven. Ist es denn aber in irgend einem Sinne möglich, die Sklaven nach *ius civile* als *personae* zu bezeichnen? Heißt es doch (L. 32 D. de reg. iur. 50, 17): *Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur* und (L. 3 § 1 D. de cap. min. 4, 5) — *servile caput nullum ius habet.* Diese Äußerungen finden ihre genügende Rechtfertigung darin, daß der Sklave selbst gar keine Rechte, weder Familien- noch Vermögensrechte, haben kann, auch einer Ehe und der darauf beruhenden Verwandtschaft im rechtlichen Sinne nicht fähig ist. Dennoch aber wird nicht bloß in der Gajanischen Einteilung, sondern auch sonst von einer *persona servi* gesprochen,[1] die *personae liberae* und *serviles* werden neben *animalia* u. s. w. genannt. Es ist den Römern keineswegs entgangen, daß in dem Institut der Sklaverei ein Widerspruch liegt: der Widerspruch, daß ein vernunftbegabtes Wesen als Sache behandelt werden soll. Diesen Widerspruch erkennen sie offen durch ihr Zugeständnis an, daß das *ius naturale* keine Sklaverei kenne, daß nach *ius naturale* alle Menschen frei seien.[2] Keineswegs haben sie sich bestrebt, diesen Widerspruch positivrechtlich völlig zu vernichten und den Sklaven rechtlich wie jede andere Sache zu behandeln: sie haben es vielmehr verstanden, in Anerkennung des zwiespältigen Wesen des Sklaven den Begriff desselben kunstvoll zu gestalten und ihn für die römische *familia* und den Rechtsverkehr noch nutzbringender zu machen. Der im Eigentum eines Herrn stehende Sklave ist nicht bloß Sache, er hat eine aus der des Herrn, des *paterfamilias,* abgeleitete Persönlichkeit[3] und kann, wie ein Haussohn, durch Rechtsgeschäfte aller Art für ihn erwerben. Entsprechend dem zwiespältigen Wesen des Sklaven, ist auch das Recht an ihm nicht ein einfaches: es ist nicht bloß Eigentum und nicht rein *potestas,* sondern es ist Eigentum und daneben *potestas;* Eigentum ist es, sofern nur die Sachennatur des Sklaven in Betracht kommt, *potestas,* sofern die aus der des Herrn abgeleitete Persönlichkeit des Sklaven in Frage steht. Als dem Eigentum unterwerfbare Sache gehört der Sklave dem *ius quod ad res pertinet* an, als für den Herrn erwerben könnende, in dessen *potestas* stehende *persona* gehört er ins *ius quod ad personas pertinet.* Daß Gaius jene von Schmidt getadelte Einteilung selbst erst aufgestellt habe, ist gar nicht anzunehmen: er hat sie als eine traditionelle überkommen. Besonders in die Augen springen mußte jener Gegensatz im Wesen des Sklaven in Fällen, in welchen ein Sklave Subjekt und Objekt des abzuschließenden Rechtsgeschäfts war, wie in der bekannten inschriftlich erhaltenen *mancipatio fiduciae causa.* Es scheint, daß man gerade in solchen Fällen die verschiedene Stellung des Sklaven auch im Ausdruck auseinander hielt. Als Subjekt des Geschäfts wird der Sklave bezeichnet als *L. Titi servus,* als Objekt eines Geschäfts oder einer Vindikation als *homo.* Der Erwerb von Sklaven für den Herrn steht im ganzen unter denselben Regeln, wie der von Hauskindern für den Vater, nur macht sich für den Sklavenerwerb geltend, daß bezüglich desselben eine Konkurrenz mehrerer an dem Sklaven Berechtigter in Betracht kommen kann: der Sklave kann im Miteigen-

[1] Gai. I, 120. 123. III, 163. 189. Ulp. XIX, 18. L. 22 pr. D. de reg. j. 50, 17. L. 86 § 2 D. de leg. I. L. 20 pr. D. de interr. i. i. 11, 1.

[2] L. 4 D. de iustit. et j. 1, 1. L. 32 D. de reg. i. 50, 17.

[3] Theophil, ad pr. I. de stip. serv. 3, 17.

tum mehrerer stehen, es kann einer an ihm Eigentum, der andere einen Nießbrauch haben. Ein im Miteigentum stehender Sklave erwirbt[1] der Regel nach für seine Herren nach Verhältnis ihrer Eigentumsquoten *(pro dominica parte)*.[2] Wenn aber der Sklave das Erwerbsgeschäft ausdrücklich auf den Namen eines der Miteigentümer verstellt, so erwirbt er nur diesem.[3] Unter den beiden Rechtsschulen der Kaiserzeit war es bestritten, ob dasselbe Resultat, welches durch das *nomen adiectum* eines Miteigentümers erreicht werde, auch durch ein Geheiß *(iussum)* eines der Herren bewirkt werden könne. Die Prokulianer sahen ein solches Geheiß als wirkungslos an, die Sabinianer dagegen ließen nach dem Vorgange des Ofilius das *iussum* ebenso wirken, wie das *nomen adiectum*,[4] und diese Meinung hat demnächst die Herrschaft erlangt.[5] Auch in solchen Fällen fand, wenn einige von mehreren Miteigentümern ausdrücklich genannt waren oder Geheiß erteilt hatten, der Erwerb *pro dominicis portionibus*, nicht *pro viribus* statt.[6] Streit bestand auch darüber, ob, wenn von einem Miteigentümer das *iussum*, für ihn zu erwerben, ausgegangen, das Geschäft vom Sklaven aber auf den Namen eines andern Miteigentümers verstellt war, der Erwerb dann für den erstern oder den letztern oder für beide gemacht werde. Nach Justinians Entscheidung[7] soll auch hier das *iussum* den Ausschlag geben, weil es nicht zu dulden sei, daß der Sklave selbst durch seinen Ungehorsam das Geheiß eines Herrn vereiteln könne. Kann endlich der eine Herr aus dem Erwerbsgeschäft des Sklaven nichts erwerben, z. B. weil die Sache, welche der Sklave sich von einem Dritten promittieren läßt, dem einen der Herren gehört, so tritt die Wirkung des Erwerbsgeschäfts ganz in der Person des andern Herrn ein.[8] Stand der Sklave in der Proprietät des einen, im *ususfructus* resp. der *bonae fidei possessio* eines andern,[9] so findet eine eigentümliche Art der Teilung des Erwerbs des Sklaven unter jenen Berechtigten statt, aus welcher wieder erhellt, daß der Sklavenerwerb nicht völlig dem Ertrage einer Sache gleichsteht, und das Recht auf diesen Erwerb sich nicht völlig nach sachenrechtlichen Grundsätzen beurteilen läßt. Wäre der Erwerb des Sklaven lediglich dem Ertrage einer Sache gleich zu achten, so müßte er, wie dieser, gänzlich dem Usufruktuar anheimfallen. Es verhält sich aber anders: nur was der fruktuarische Sklave *ex duabus causis* erwirbt, fällt dem Usufruktuar zu, nämlich was er vermittelst der Sachen, der vermögensrechtlichen Mittel des Usufruktuars und was er *operis suis*, durch seine Arbeiten, erwirbt. Alles andere, also was er unentgeltlich durch Erbschaften, Vermächtnisse, Schenkungen u. dgl. erwirbt, fällt dem Proprietar als dem Gewalthaber zu,[10] es müßte denn die

---

[1] Vgl. für d. folgende: Salkowski, Zur Lehre vom Sklavenerwerb S. 3 ff.

[2] Gai. III, 167. L. 45 i. f. D. de a. r. d. 41, 1. L. 5 D. de stip. serv. 45, 3. § 3 I. de stip. s. 3, 17. L. 54 § 1 D. de v. o. 45, 1. L. 50 pr. D. de leg. I.

[3] Gai. III, 167. L. 37 § 3 D. de a. r. d. 41, 1. L. 28 § 3 D. de stip. s. 45, 3. L. 8 § 1 D. de accept. 46, 4.

[4] L. 6 D. de stip. serv. 45, 3. Gaius III, § 167a.

[5] L. 25 § 6 D. de usufr. 7, 1. L. 5 D. de stip. s. 45, 3. [6] L. 7 pr. D. eod. tit.

[7] L. 3 (2) C. per quas pers. 4, 27.

[8] L. 23 § 3 D. de a. r. d. 41, 1. § 3 I. de stip. s. 3, 17. L. 12 D. de auct. tut. 26, 8.

[9] Über diesen Fall vgl. Kuntze, Der *servus fructuarius* des röm. Rechts (1889). Salkowski, a. a. O. S. 116 ff.

[10] Gai. II, §§ 91. 92. III, §§ 164. 165. Ulp. XIX, 21. Paul. V, 7, § 3, L. 21 D. de usufr. 7, 1. L. 5 § 4a si usufr. 7, 6. L. 49 D. de a. p. 41, 2. L. 23 pr. D. de a. r. d. 41, 1. L. 25 § 2 D. de usur. 22, 1. L. 1 pr. C. de r. v. 3, 32 u. a. St.

Schenkung erweislich im Hinblick auf den Usufruktuar geschehen sein.[1] Die Gewalt des Proprietars über den fruktuarischen Sklaven macht sich sogar bezüglich des dem Usufruktuar gebührenden Erwerbs geltend, wenn der Sklave das betreffende Erwerbsgeschäft ausdrücklich auf den Namen des Proprietars verstellt hat,[2] während nicht das Umgekehrte gilt;[3] doch kann der Usufruktuar, was der Sklave so ohne genügenden materiellen Grund dem Proprietar erworben, diesem mit einer *condictio* abfordern.[4] Wie dieses Recht bezüglich der Teilung des Sklavenerwerbs sich historisch gebildet hat, ist nicht zu ermitteln. Die beiden Erwerbskategorieen fallen unter einen verschiedenen Gesichtspunkt. Da *„fructus hominis in operis consistit"* (L. 4 D. de oper. ser. 7, 7), so kann man den Erwerb *ex operis* als einen Fruchterwerb ansehen; dagegen den Erwerb *ex re fructuarii* kann man nicht unter diesen Gesichtspunkt bringen. Daß aber der Erwerb des *bonae f. p.* bezw. Usufruktuars sich ursprünglich nur auf den Erwerb *ex re* bezogen habe und erst später auf den *ex operis* ausgedehnt worden sei, wie Pernice[5] vermutet, halte ich mit Czyhlarz[6] und Salkowski[7] für wenig wahrscheinlich. Die Zusammenstellung der beiden Erwerbskategorieen findet sich auch sonst: der vom Dotalsklaven *ex re mariti* und *operis* gemachte Erwerb braucht nicht restituiert zu werden.[8] Bei welchem Verhältnis diese Zusammenstellung zuerst aufgekommen ist, läßt sich nicht ermitteln. In republikanische Zeit reicht sie jedenfalls zurück. Besonders ist hier noch der Satz: *partus ancillae in fructu habendus non est"* hervorzuheben. In praktischer Geltung dürfte derselbe schon gestanden haben, bevor er theoretisch allseitig anerkannt war. Ob er richtig sei, war eine unter den alten republikanischen Juristen, unter P. Scaevola, M'. Manilius einerseits und M. Brutus andererseits, verhandelte Streitfrage.[9] Brutus' Ansicht, daß der *partus* nicht zu dem *fructus* zu rechnen, gewann aber die Oberhand[10] und wird in der Kaiserzeit nicht mehr bezweifelt. Was aber ist der Grund des Satzes? Nach Böcking[11] ist er eine Folge des ältern Axioms, daß der Nießbraucher einer Sklavin nur das erwarb, was sie *ex re fructuarii* und *operis suis* erworben hatte: zu keinem von beiden gehöre das von ihr geborene Kind. Damit ist indessen das Problem nicht gelöst, denn es ergiebt sich die Frage: warum haben die Römer den Usufruktuar auf das beschränkt, was der fruktuarische Sklave *ex re fructuarii* und *operis suis* erwirbt, warum haben sie ihm nicht den gesamten Erwerb des Sklaven zufallen lassen? Aus der Natur des Nießbrauchs geht jene Beschränkung gewiß nicht hervor. Darin hat aber Böcking gewiß recht gesehen, daß ein Zusammenhang zwischen den beiden hier in Frage stehenden Sätzen besteht. Auch in dem Satze, daß der *partus ancillae* nicht zu den *fructus* zu rechnen, zeigt sich, daß die Auffassung des Sklaven als einer Sache nicht überall bis zur äußersten Konsequenz durchgeführt ist. Was von einer *persona servilis* geboren wird, ist, wie diese selbst, nicht bloß Sache, sondern *persona servilis*, als solche bestimmt, nicht bloß im Eigentum, sondern auch *in potestate* zu stehen, und soll daher

[1] L. 22 D. de usufr. 7, 1. L. 49 D. de a. r. d. 41, 1.
[2] L. 37 § 5 D. de a. r. d. 41, 1.
[3] L. 22, 23 D. de stip. s. 45, 3. L. 25 § 3 D. de usufr. 7, 1.
[4] L. 39 D. de stip. s. 45, 3. [5] Labeo II, S. 170, A. 66.
[6] Eigentumserwerbsarten S. 529, A. 1. [7] A. a. O. S. 117, A. 5.
[8] L. 19 § 1 D. de pecul. 15, 1. L. un. § 9 C. de cad. toll. 6, 51.
[9] Cic. de fin. I, 4, § 12. [10] L. 68 pr. D. de usufr. 7, 1.
[11] Pandekten d. röm. Privatr. I², S. 275 f.

nicht dem zufallen, welcher nichts weiter als ein Sachenrecht an der Mutter hat, sondern dem, in dessen *potestas* die Mutter steht, d. h. dem Eigentümer. Derselbe Gedanke schwebt wohl auch den späteren römischen Juristen vor bei ihren Äußerungen, daß ein *homo* nicht *in fructu* sein könne.[1]

Eine weitere für die Erfassung der Persönlichkeit des Sklaven bedeutsame Frage ist die nach seiner Fähigkeit, sich durch unerlaubte Handlungen und durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten. Die Handlung eines Sklaven, welche, wenn sie ein Freier begangen hätte, ein *delictum* sein würde, wird von den Römern seit alter Zeit als *noxa* bezeichnet. Über die sprachliche Bedeutung der Worte *noxa* und *noxia* ist neuerdings ausführlicher von M. Voigt[2] und A. Pernice[3] gehandelt, von denen der letztere treffend die willkürlichen Annahmen des erstern kritisiert hat. *Noxa* bedeutete, wie Servius Sulpicius[4] erklärt, *peccatum aut pro peccato poenam*, Vergehen, Schädigung, *noxia* bedeutete nach der Erklärung desselben alten Juristen, also in der Gesetzessprache, den (durch die *noxa*) angerichteten Schaden. Daß beide Worte im spätern Sprachgebrauch vermischt wurden, ist allerdings sicher. Aber mit jener rein sprachlichen Bedeutung der Worte ist die sachlich-juristische noch nicht ermittelt. *Noxa* bedeutet keineswegs bloß das Sklavendelikt, sondern als *noxa* wurde ein Vergehen, als *noxia* der dadurch angerichtete Schaden in Fällen bezeichnet, in denen der Thäter nicht völlig oder wegen seiner Abhängigkeit, Unselbständigkeit nicht unmittelbar persönlich die Verantwortung dafür zu tragen hatte.[5] So wurde in alter Zeit der nicht vorsätzlich, sondern *casu, id est negligentia* angerichtete Schaden[6] als *noxia*, und, wie wir annehmen dürfen, die Handlung selbst als *noxa* bezeichnet; ebenso nannte man den durch das *furtum* eines *puer impubes*, also eines noch nicht völlig Zurechnungsfähigen,[7] verursachten Schaden als *noxia*, charakterisierte also das Vergehen selbst nur als eine *noxa*. Ferner wird das von Bürgern eines Staates gegen einen andern Staat, gegen welchen sie sich völkerrechtlich selbst nicht vertreten können, begangene Vergehen als ein *noxam nocere* bezeichnet.[8] Endlich werden, dem letztern Fall ganz entsprechend, die Vergehen der *in potestate* befindlichen Sklaven und Hauskinder, wegen welcher sie sich dem Dritten gegenüber anch nicht persönlich vertreten können, als *noxae* bezeichnet. Selbst in Äußerungen nichtjuristischer Schriftsteller schimmert hier und da die hier dargelegte Bedeutung von *noxa* durch. Namentlich ist als bemerkenswert anzuführen Liv. III, 42, 1 u. 2: *Nihilo militiae quam domi melius res publica administrata est, illa modo in ducibus culpa, quod ut odio essent civibus fecerant; alia omnis penes milites noxia erat, qui, ne quid ductu atque auspicio decemvirorum prospere usquam gereretur, vinci se per suum atque illorum dedecus patiebantur.* Das Vergehen der *duces*, wenn es gleich geringer war, wird hier als *culpa* bezeichnet, weil sie es selbst zu vertreten haben; dagegen die wenn auch größere Schuld der den Führern untergebenen Soldaten als *noxia*, weil die Verantwortung dafür doch zunächst und unmittelbar die Führer traf. Nur mit den *noxae* gewaltunterworfener Personen haben wir es hier zu thun. Nach der Ansicht der Mehrzahl unserer neueren Schriftsteller (so Zimmerns, Dirksens, v. Wyss', Bekkers, Bechmanns, Huschkes, Sells) soll die Noxal-

[1] L. 28 § 1 D. de usur. et fr. 22, 1. L. 68 pr. cit.
[2] Über d. Bedeutungswechsel u. s. w. S. 125 ff. [3] Labeo II, S. 235 ff.
[4] Fest. p. 174. [5] Vgl. schon meinen Civilpr. z. Zeit der Legisakt. S. 118 ff. S. 224.
[6] L. 9 D. de incend. 47, 9. [7] Gell. XI, 188. Plin. H. N. XVIII, 3, 12.
[8] Liv. IX, 10.

pflicht ursprünglich eine unbedingte Verpflichtung des Herrn, bezw. Gewalthabers zur Auslieferung des Sklaven oder Sohnes, welcher delinquiert hatte, an den Beschädigten zum Zweck der Rache gewesen sein, während die Befugnis zur Abfindung des Beschädigten durch Bezahlung der Ästimation nur als eine im Interesse des Herrn selbst eingeführte Modifikation jener ursprünglichen unbedingten Pflicht erscheine. Wäre das wirklich der Gang der Entwickelung gewesen, so sollte man annehmen, der Gewalthaber sei auch später noch zur Dedition verpflichtet gewesen, habe sich aber von dieser Verpflichtung durch Zahlung der *aestimatio* befreien können, während doch anerkanntermaßen später wenigstens die Verpflichtung auf Zahlung der *litis aestimatio* geht, welcher der Gewalthaber aber durch *noxae deditio* des Schuldigen entgehen kann. Eine andere Ansicht nimmt an, daß die Verpflichtung des Gewalthabers von jeher auf Genugthuung wegen des Delikts seines Untergebenen (Entschädigung, Strafzahlung) gegangen sei, aber mit dem Recht, sich durch Hingabe des Delinquenten an den Verletzten von jener Pflicht loszumachen.[1] Wenn sich so zwei verschiedene Anschauungen über Verhältnisse in Urzeiten einander gegenüberstehen, so pflegen keiner von beiden äußere Beweisstücke zu Gebote zu stehen. Im vorliegenden Fall liegt die Sache etwas anders, denn es liegen Zeugnisse vor über die auf ganz gleichen Gedanken, wie die privatrechtliche, beruhende völkerrechtliche *noxae deditio*. Einer der neuesten Schriftsteller über das Noxalrecht, C. Sell,[2] hat gerade die Nachrichten über die völkerrechtliche *deditio* als Beweis dafür verwerten wollen, daß der Anspruch des Verletzten aus dem Delikt einer gewaltunterworfenen Person gegen den Gewalthaber ursprünglich auf Überlassung des Delinquenten an den beleidigten Teil zu beliebiger Bestrafung gegangen sei.[3] Die Sache steht indessen gerade umgekehrt. Bei Vergehungen des Mitgliedes eines Staates gegen einen fremden Staat, bezw. dessen Mitglieder geht die Forderung des verletzten Staates keineswegs direkt auf Herausgabe des Thäters, der verletzte Staat verlangt vielmehr von dem Staat, dem der oder die Delinquenten angehören, Rückgabe der geraubten Menschen und Sachen *(res repetere)*, resp. Genugthuung. Der Staat, welcher die Schuldigen in seiner Gewalt hat, ist verpflichtet, sie deswegen zu vertreten: nur an ihn kann sich der verletzte Staat halten, nicht unmittelbar an den Schuldigen. Zur Genugthuung, nicht zur Überlieferung des Schuldigen ist jener verpflichtet: er ist durch die *noxa* der Schuldigen *(ex contagione noxae)* völkerrechtlich obligiert, kann sich aber von dieser *obligatio* durch die vom *pater patratus* vorzunehmende völkerrechtliche *noxae deditio* frei machen.[4] Den prägnantesten Ausdruck des Wesens dieser gewiß uralten völkerrechtlichen *noxae deditio* bietet die von Fetialen dabei zu sprechende Deditionsformel, Liv. IX, 10, 1: *Quandoque hisce homines iniussu populi Romani Quiritium foedus ictum iri spoponderunt atque ob eam rem noxam nocuerunt, ob eam rem, quo populus Romanus scelere impio sit solutus, hosce homines vobis dedo.*

---

[1] Karlowa, Der röm. Civilpr. S. 120 f. [2] Aus dem Noxalrechte der Römer S. 3 ff.

[3] Sell scheint S. 3, A. 2 die Worte der Formel für das *res repetere: Si ego iniuste impieque illos homines illasque res dedier mihi exposco* u. s. w. dahin mißzuverstehen, als seien *illos homines* die Delinquenten, deren Auslieferung verlangt werde. In Wahrheit sind es aber die bei der *incursio* geraubten Menschen und Sachen, welche zurückgefordert werden. Herausgabe der Delinquenten wird immer nur in dem Sinne verlangt, daß das andere Volk sich dadurch von der Haftung für sie befreien könne.

[4] Vgl. auch Cic. pro Caec. c. 34 § 98. Liv. IX, 6. 8.

Also die Dedition wird vorgenommen, damit nicht das römische Volk durch das *scelus impium*, welches die zu Dedierenden begangen, obligiert sei: sie ist ein Mittel, um den *populus romanus* von sich sonst für ihn aus dem *scelus impium* ergebenden Folgen frei zu machen. Dem entsprechend haben wir anzunehmen, daß durch die *noxa* einer *persona alieno iuri subiecta* die *familia*, bezw. ihr Haupt, der *paterfamilias*, obligiert wurde, dem Verletzten wegen dieses Vergehens der zu seiner *familia* gehörigen Person Genugthuung zu leisten hatte, sich aber von dieser Verpflichtung, und zwar nicht etwa erst seit den XII Tafeln, durch Hingabe des Schuldigen an den Verletzten frei machen konnte. Die Noxalverpflichtung des Gewalthabers aus Vergehen von Sklaven, bezw. Haussöhnen ist durch einzelne römische Gesetze ausdrücklich sanktioniert worden: vor allem durch die XII Tafeln für *furtum* (*nec manifestum*) und andere *noxia* (*si servus furtum faxit noxiamve noxit*, l. 2 § 1 D. de nox. act. 9, 4); sodann für das *damnum injuria datum* durch die *lex Aquilia*. Die weitere hier noch nicht interessierende Ausdehnung und Fortbildung der *actiones noxales* ist durch das prätorische Edikt geschehen (Gai. IV, 76: *Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto: legibus, velut furti lege duodecim tabularum, damni iniuriae lege Aquilia; edicto praetoris, velut iniuriarum et vi bonorum raptorum.*

Über die Stellung, welche Sklave bezw. Haussohn und Gewalthaber zu der Noxalverpflichtung einnehmen, sind die neueren Bearbeiter dieser Lehre keineswegs einverstanden. Nach einer namentlich von v. Wyss[1] verteidigten, dann von anderen adoptierten Meinung soll von einer aus dem Delikt des Sklaven entsprungenen *obligatio* des Sklaven nicht die Rede sein, denn als Sache könne der Sklave nicht wie eine Person obligiert werden: der *dominus* sei es, der aus der *noxa* des Sklaven in erster und letzter Linie hafte; Gegenstand seiner Haftung sei aber nicht der gewöhnliche Inhalt der entsprechenden Deliktsobligation schlechthin, sondern alternativ damit die Herausgabe des Sklaven. Die Sklaven hießen, sagt Bekker,[2] *obligati*, wie die *res obligatae*, gegen deren Besitzer die dingliche Pfandklage gehe. Der *servus* erscheint nach Hartmann[3] als das äußere Objekt, welches die Haftung vermittelt, und welches nach dem Willen des Belangten auch zum Satisfaktionsobjekt werden kann; der *servus* sei in diesem eigentümlichen Sinne körperlich bestrickt oder obligiert. Nach diesen Auffassungen würde also, unumwunden gesagt, der Sklave ein Pfandobjekt für eine *obligatio* des jedesmaligen Herrn darstellen. Meines Erachtens ist diese Auffassung des Verhältnisses den Römern völlig fremd. Der Sklave ist nicht ein Objekt, dessen Wert dem Verletzten die Realisierung seines Anspruchs sichern soll, durch dessen Hingabe der Anspruch befriedigt würde. Die *noxae datio* ist nicht eine Art Zahlung, sondern sie ist ein Mittel für den Herrn, um der von ihm geforderten Befriedigung des Anspruchs zu entgehen (*evitare, evadere litis aestimationem*), sich in diesem Sinne von der Haftung loszumachen. Nach der noch von den meisten Schriftstellern geteilten Meinung ist der Sklave persönlich aus dem Delikt obligiert, kann aber, solange er Sklave ist, nicht selbst aus dieser *obligatio* belangt werden, sondern der jedesmalige Herr muß für ihn *actionem suscipere*. Den unwigerleglichsten äußern Beweis dafür, daß der Sklave persönlich durch sein Delikt obligiert wird, bietet die bekannte Äußerung Ulpians in l. 14 D. de obl. et act. 44, 7: *Servi ex delictis quidem ob-*

[1] Haftung f. fremde Kulpa S. 7 ff.
[2] Aktionen I, S. 186 ff., nam. S. 188, A. 8.
[3] Die Obligation S. 157.

ligantur et, si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. Daß die Sklaven hier als *obligati* nicht, wie *res obligatae,* bezeichnet werden, zeigt klar der ganze Zusammenhang der Stelle. Sie bleiben auch nach der Manumission obligiert, die *obligatio* bleibt dieselbe, wenn auch durch die Manumission die aus der *obligatio* entspringende *actio* eine Veränderung erleidet. Ebenso zeigt der Gegensatz der aus den Kontrakten entspringenden *naturales obligationes,* daß nur von *personales obligationes,* nicht von *res obligatae* die Rede ist. Diese Äußerung damit beiseite zu schieben, daß man sie für den Ausspruch eines Ulpian eigentümlichen philosophischen Lehrsatzes erklärt, ist bare Willkür. Wenn Africanus sagt, der Sklave werde bezüglich des Betrages der *litis aestimatio,* den der Herr für ihn gezahlt, dessen (*naturalis*) *debitor,* was spricht sich denn darin anders aus, als der Gedanke, daß der Herr eine Schuld des Sklaven bezahlt hat (l. 16 D. de pecul. legat. 33, 8: — *quidquid enim pro capite servi praestitum sit, in eo debitorem eum domini constitui*)? In der Stelle Ulpians wird die aus dem Delikt des Sklaven entspringende Obligation zwar nicht geradezu *obligatio civilis* genannt, aber sie wird deutlich genug als eine klagbare bezeichnet, denn es wird im Gegensatz zu den Deliktsobligationen gesagt: *ex contractibus autem civiliter non obligantur, sed naturaliter* etc. Zu erklären bleibt, wie denn die Obligation des Sklaven als eine klagbare bezeichnet werden könne, da doch eine Klage wider den Sklaven nicht möglich ist. Schmidt[1] will die hier vorliegende Schwierigkeit durch die Betrachtung beseitigen, daß *obligatio* im eigentlichen Sinne eine jede sei, woraus der Gläubiger eine Klage habe (wie im vorliegenden Fall gegen den Gewalthaber). Daß die Klage wider den eigentlichen Schuldner gerichtet sei, gehöre nicht zu dem Begriff. Ich glaube nicht, daß damit ganz die römische Auffassung getroffen ist. Die Römer sahen die *actio noxalis* zwar als zunächst gegen den Herrn, der allein selbständige Prozeßfähigkeit hat, aber auch als durch Vermittelung des Herrn gegen den Sklaven gerichtet an. Diese Anschauung spricht sich deutlich aus in Stellen, wie § 7 I. de nox. act. 4, 8: — *et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas;* l. 9 § 1 D. quod falso tutore 27, 6: — *et adversus eas personas, quae alieno iuri subiectae sunt, noxales erunt;* l. 1 pr. D. de incendio 47, 9: — *item in servum et in familiam iudicium dabo.* Von dieser Auffassung aus konnte die Deliktsobligation des Sklaven sehr wohl als eine mittelbar auch ihm gegenüber klagbare bezeichnet werden. Ein Einwand, der wiederholt gegen die Annahme einer aus der *noxa servi* entsprungenen Obligation des *servus* erhoben wurde, ist folgender. Behaupte man eine *obligatio servi,* so müsse analog eine solche der Tiere für die *actio de pauperie* behauptet werden, denn alle *actiones noxales* beruhten auf dem gleichen Grundgedanken. Eine Konstruktion, die bezüglich des Tieres schlechthin ausgeschlossen sei, könne auch nicht bezüglich des Sklaven maßgebend gewesen sein. Diese völlige Gleichstellung der *actio de pauperie* mit den übrigen Noxalklagen muß indessen als unbegründet zurückgewiesen werden. Nahe Verwandtschaft ist unzweifelhaft vorhanden, aber andererseits liegt auch Abweichung, und gerade in dem hier maßgebenden Punkte, vor. Warum haben die Römer für die Tücken der *quadrupedes,* aus denen die hier in Frage stehende *actio* entspringt, den besondern *terminus: pauperies* gewählt? Die Antwort liegt in der Erklärung, welche die römischen Juristen geben: *pauperies est damnum sine in-*

[1] Von d. Deliktsfähigkeit des Sklaven nach röm. R. S. 18, A. 2.

iuria facientis datum: nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret. Weil der Sklave in seiner *noxa* eine *iniuria* begeht, das *animal, quod sensu caret,* dagegen nicht, ist der erstere einer *obligatio* fähig, das letztere nicht. Daher wurden denn auch, wie unsere Rechtsbücher ausweisen, die *actio de pauperie* und die *actiones noxales* in abgesonderten Titeln des Edikts und der Rechtsbücher behandelt. Für die *actio de pauperie* trifft es zu, daß hier den Herrn einzig und allein eine immer an das Eigentum des Tieres geknüpfte Obligation trifft, von der er sich allerdings, ebenso wie bei den *actiones noxales,* durch *noxae deditio* des Tieres, welches den Schaden angerichtet, frei machen kann. Die Stellung des Sklaven zur Noxalklage läßt sich nicht völlig erledigen, ohne den Herrn in die Betrachtung hineinzuziehen. Sehr häufig wird in den Quellen die Funktion des Herrn, welcher sich mit der Noxalklage belangen läßt, als ein *servum defendere* bezeichnet.[1] Daß damit etwas Anderes, als *rem defendere,* gemeint sei, ergiebt sich aus unseren früheren Darlegungen. Eine andere Frage aber ist es, ob das *defendere* hier in dem Sinne gemeint sei, in welchem den Schuldner ein anderer verteidigt. Nach Schmidt, der das *defendere servum* so versteht, unterscheidet sich der Herr von einem gewöhnlichen *procurator* oder *defensor* nur dadurch, daß er kein freiwilliger *defensor* ist.[2] Diese Auffassung führt aber zu bedenklichen Konsequenzen. Wäre sie richtig, so müßten wir Dietzel[3] recht geben, daß in der Noxalklage der *servus* in der *intentio* stehe, der *dominus* nur in der *condemnatio,* eine Konsequenz, zu welcher Schmidt allerdings sich bekannt hat.[4] Der Sklave ist aber unfähig, selbst und allein in der *intentio* einer *actio* als Verpflichteter zu erscheinen. Die Defensionspflicht geht hier weiter: der Herr ist namens seines Sklaven für ihn verpflichtet, und als solcher *servi nomine* Verpflichteter muß er in der *intentio* auftreten, der *servus* kann darin nur als durch die Person seines *dominus* gedeckt erscheinen. Wie die Wortfassung gewesen ist, wird man nicht mehr mit einiger Sicherheit ermitteln können, denn anzunehmen, daß in l. 42 § 1 D. de noxal. act. 9, 4 in den Worten *propter servum dare oportere* gerade die genaue Formelfassung angegeben sei, ist allerdings bedenklich.[5] Eher als *propter servum* möchte ich *servi nomine — dare oportere* (*noxiam sarcire oportere*) annehmen. Daß Korrealität zwischen der Haftung des Delinquenten und der des Gewalthabers vorliege, wie Brinz behauptet,[6] will mir nicht einleuchten. Bei Korrealität kann die *actio* entweder gegen den einen oder den andern *correus* geltend gemacht werden. Bei der Noxalpflicht ist *actio* nur gegen den Gewalthaber *servi nomine,* welche mittelbar zugleich gegen den *servus* gerichtet ist, möglich. Verschiedenen Ansichten begegnet man darüber, ob für den Herrn eine Pflicht bestand, *pro servo* das *iudicium* zu übernehmen. Während manche annehmen, daß für den Herrn eine solche Pflicht ebensowenig besteht, wie bei den *actiones in rem* für den Beklagten, nimmt A. Schmidt,[7] dem C. Sell[8] zustimmt, eine solche Pflicht mit Recht an. Das Recht der *noxae deditio* ist eine bloße Milderung seiner Haftung für den *servus;* er kann sich dadurch der Haftung entziehen, und nur insofern hängt also das Fortbestehen der Haftung von seinem Willen ab. Zunächst aber, und solange er von diesem Mittel keinen Gebrauch gemacht, trifft ihn dieselbe. Welche Nach-

[1] Ich verweise im allgemeinen auf Tit. D. de noxal. act. 9, 4. [2] A. a. O. S. 20 f.
[3] Bekkers und Muthers Jahrb. d. gem. deutsch. Rechts II, S. 418 f.
[4] Die Persönlichkeit der Sklaven S. 12, A. 20a. [5] Vgl. Lenel, Edictum S. 264.
[6] Lehrbuch der Pandekten II. 1[2]. S. 216. [7] Deliktsfäh. des Sklaven S. 22.
[8] A. a. O. S. 78, A. 1.

teile den in der Erfüllung jener Pflicht säumigen Herrn trafen, ist erst in späterem Zusammenhange darzulegen. — Die *actio noxalis* geht gegen den Gewalthaber aus dem Delikt der *persona subiecta,* nicht aus eigenem Delikt. Wie aber, wenn der Gewalthaber dem Sklaven Befehl erteilt hat, ein *furtum,* eine Sachbeschädigung zu begehen? Nach einer Äußerung des Celsus[1] könnte man annehmen, nach den XII Tafeln sei auch in solchem Fall immer nur eine *noxa* des Sklaven. kein Delikt des Herrn selbst angenommen, denn er legt den XII Tafeln die Absicht unter: *Quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare.* Es ist aber gewiß nicht anzunehmen, daß zur Zeit der XII Tafeln die Gewalt des Herrn über den Sklaven eine geringere gewesen sei, als später. Wenn später Sklaven, welche auf Geheiß des Herrn ein Delikt begangen hatten, als entschuldigt galten, so wird dies noch mehr zur Zeit der XII Tafeln der Fall gewesen sein. Im Gegenteil, der Gang der Entwickelung ist der, daß der Kreis der Fälle, in denen der Sklave dem Befehl des Herrn, eine unerlaubte Handlung zu begehen, nicht Gehorsam leisten soll, allmählich mehr erweitert wird. War aber in der Zwölftafelzeit ein Sklave, welcher auf Befehl seines Herrn ein *furtum* begangen hatte, entschuldigt, so muß damals schon gegolten haben, was Sabinus[2] sagt, daß der *„dominus furti sit condemnandus, qui servo suo uti furtum faceret, imperavit".* Auch in Bezug auf eine andere, auf die XII Tafeln schon sich stützende Klage, die *actio arborum furtim caesarum* wird ausdrücklich berichtet, daß gegen den Herrn, welcher seinem Sklaven Befehl zum *arbores furtim caedere* erteilt habe, als selbst das Delikt begangen habend belangt werden könne (L. 7 § 4 D. arborum furtim caesarum 47, 7: *Sive autem quis suis manibus, sive dum imperat servo arbores cingi subsecari caedi, hac actione tenetur. idem et si libero imperet).* Anders wurde der Herr, *qui non prohibuit,* welcher wußte, daß sein Sklave ein Delikt begehen wollte, es hindern konnte und nicht hinderte, behandelt. Nach den XII Tafeln wurde er nicht selbst als Delinquent behandelt, aber es konnte gegen ihn auch in diesem Falle die *actio noxalis* angestellt werden. Einen Fortschritt machte hier die *lex Aquilia:* sie macht den *dominus qui non prohibuit* selbst verantwortlich und behandelt ihn so, wie wenn er das Delikt selbst begangen habe (*ipse enim videtur dominus accidisse*).[3] Celsus war nun der Meinung, daß in solchem Falle nach der *Aquilia* nur gegen den Herrn *suo nomine,* nicht aber mit der *noxalis actio servi nomine* geklagt werden könne. Darin widersprach ihm mit Recht Julian, welcher geltend machte, daß, wenn die *lex Aquilia* den Herrn wegen seiner Mitwissenschaft auch in eigenem Namen verantwortlich macht, sie darum den Sklaven nicht entschuldige, es greife also die nach den XII Tafeln hier zulässige *noxalis actio* auch nach der *Aquilia* Platz. Diese Ansicht fand bei den späteren Juristen (Marcellus, Ulpian) Zustimmung. Daß das prätorische Edikt die Mitwissenschaft des Herrn noch in anderer Weise behandelt und neben der alten noch eine neue Gestalt der *actiones noxales* geschaffen hat, ist später erst darzulegen.

Da das Eigentum und die damit verbundene *potestas* den Herrn aus der *noxa* des Sklaven haftbar macht, so folgt, daß mit der Veräußerung des Schuldigen die Haftung auf den nunmehrigen Gewalthaber übergeht: *noxa cum capite ambulat, noxa caput (nocentis) sequitur.*[4] Mit dem Tode des Schuldigen erlischt sie.

---

[1] L. 2 § 1 D. de nox. act. 9, 4. [2] Gell. XI, 18 § 23. 24.
[3] L. 2 pr. D. de nox. act. 9, 4.
[4] L. 2 pr. D. si ex noxali causa 2, 9. L. 1 § 12 D. si quadrupes 9, 1. L. 20 D. de

Erlangt der Delinquent durch Freilassung die Fähigkeit, sich selbst zu vertreten, so findet nun aus seinem Delikt die *actio* gegen ihn als *directa* statt, wie wenn er als Freier das Delikt begangen hätte.[1] Wenn umgekehrt ein Gewaltfreier, welcher ein Delikt begangen, durch Arrogation der *potestas* eines andern unterworfen wird, so ist *actio directa* gegen ihn nicht mehr möglich, es greift nun *actio noxalis* gegen den Gewalthaber Platz. Hat ein im Miteigentum mehrerer Personen stehender Sklave ein Delikt begangen, so muß jeder der Miteigentümer ihn dem Verletzten gegenüber *in solidum* vertreten.[2] Vor erhobener Klage kann er sich allerdings durch Abtretung seiner Eigentumsquote gegen die Noxalklage sichern; nach erhobener Klage muß er die *litis aestimatio in solidum* entrichten, wenn er nicht in der Lage ist, die *noxae deditio in solidum* vorzunehmen. Über fragliche Konsumtionsverhältnisse zwischen *actiones*, welche aus Sklavendelikten gegen verschiedene Personen (*scientes* und *nescientes*) begründet waren, kann erst später bei der Darstellung der prätorischen Noxalklagen gehandelt werden. — Beging ein Sklave oder Haussohn gegen den Gewalthaber selbst ein Delikt, so konnte daraus eine *actio* nicht entspringen, schon aus dem allgemeinen Grunde, weil zwischen Gewalthaber und Gewaltunterworfenen wegen der strengen Einheit der *familia* überhaupt keine *actio* möglich ist.[3] Für Delikte kommt noch der besondere Grund hinzu, daß keinerlei Bedürfnis solcher *actio* vorliegt, weil der *paterfamilias* vermöge seiner Gewalt das von der *subiecta persona* gegen ihn begangene Delikt aburteilen und Strafen über dieselbe verhängen kann.[4] Weil infolge solches Delikts gar keine *actio* zur Entstehung kam, so fand auch, wenn der Delinquent an einen andern veräußert wurde, gegen den neuen Gewalthaber keine *actio noxalis*, wenn er freigelassen wurde, gegen ihn selbst keine *actio directa* statt. Für den andern Fall, daß ein Sklave, welcher gegen jemand ein Delikt begangen, aus welchem für diesen gegen den Herrn jenes eine *actio noxalis* entsprang, in die *potestas* der Verletzten gelangte, bestand unter den Schulen der Kaiserzeit eine Kontroverse. Die Sabinianer waren der Meinung, die Noxalklage gehe unter, finde also, auch wenn der Delinquent aus der *potestas* des Verletzten wieder ausscheide, nicht mehr statt. Dagegen die Prokulianer nahmen ein Ruhen der *actio* an, welche nach dem Austritt des Delinquenten aus der *potestas* wieder in Kraft treten könne.[5] Die erstere Ansicht dürfte das der ältern Rechtsanschauung Gemäße aussprechen: eine ruhende *actio*, welche nach Wegfall eines Hindernisses wieder in Kraft tritt, kann erst das Produkt einer entwickelten Jurisprudenz sein. Daß auch schon in alter Zeit öffentliche Bestrafung von Sklaven eintreten konnte, zeigen die von Gellius berichteten Bestimmungen der XII Tafeln über das *furtum manifestum*. Es soll danach der *fur manifestus*, wenn er ein Sklave ist, *verberibus affici et e saxo praecipitari*.[6] Daß auch bei von Sklaven begangenen *crimina* schon damals öffentliche Bestrafung eintreten konnte, ist danach nicht zu bezweifeln. Auch ein vom Herrn erteilter Befehl wird den Thäter nicht entschuldigt haben.

nox. a. 9, 4. L. 21 § 1 D. commodati 13, 6. L. 1 § 18 D. depositi 16, 3. L. 1 § 2 D. de pr. d. 47, 1. L. 18 D. de furtis 47, 2.

[1] Gai. IV, 77. § 5. I. de nox. a. 4, 8. L. 24 D. de n. a. 9, 4. Paulus II, 31, § 8. L. 15 D. de cond. furt. 13, 1.

[2] L. 5 pr. D. de n. a. 9, 4. L. 8 D. eod. tit. L. 20 pr. D. de inter. i. j. f. 11, 1. L. 14 § 2 D. de servo c. 11, 8.

[3] Gai. IV, 78. § 6. I. de n. a. 4, 8. L. 16 D. de furtis 47, 2.

[4] L. 17 pr. D. eod. tit. [5] Gai. IV, 78. [6] Gell. XI, 18. Gai. III, 189.

Wenden wir uns von den Delikten zu den Rechtsgeschäften der Sklaven, so galt unzweifelhaft seit jeher für dieselben der Satz: *Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest.*[1] Da nun aber des Sklaven Erwerbsfähigkeit nur eine aus der Person des Herrn abgeleitete war, so galt andererseits, weil von einer aus der Person desselben abgeleiteten Verpflichtungsfähigkeit nicht die Rede sein konnte, streng der Satz: *In personam servilem nulla cadit obligatio, servi ex contractibus non obligantur.*[2] Es liegt darin, gegenüber der Verpflichtungsfähigkeit der Sklaven durch Delikte, kein Widerspruch. Gegen Delikte von seiten der Sklaven können Dritte sich nicht schützen, auf Rechtsgeschäfte mit ihnen brauchen sie sich nicht einzulassen. Der Satz, daß Kontrakte der Sklaven Naturalobligationen zu erzeugen vermögen, ist gewiß kein ursprünglicher, sondern erst im Laufe der Entwickelung anerkannt. Wenn darüber keine Meinungsverschiedenheit bestehen dürfte, so verhält es sich anders bezüglich der Frage, seit wann Naturalobligationen der Sklaven anerkannt seien. Neuere Schriftsteller wollen alle Naturalobligationen in sehr späte Zeit versetzen. So meint Kuntze,[3] der Begriff der Naturalobligationen möge durch Julian durchgesetzt worden sein und sei zu den Zeiten des Servius Sulpicius noch ganz außer der juristischen Denkmöglichkeit gelegen. Auch A. Pernice[4] bezeichnet es als fast gewiß, daß die Naturalobligation des Sklaven erst nachlabeonischen, verhältnismäßig späten Ursprungs sei. Daß dies nicht richtig sei, hat schon Mandry[5] gezeigt. Tubero[6] definiert bereits das *peculium: Quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur!* Und diese Definition rührte nicht etwa erst von Tubero her, denn daß Servius, der Schwiegervater des Tubero, sie kannte, zeigt l. 9 § 2 und 3 D. de pec. 15, 6: *Peculium autem deducto quod domino debetur computandum esse, quia praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur. Huic definitioni Servius adiecit et si quid his debeatur qui sunt in eius potestate, quoniam hoc quoque domino deberi nemo ambigit.* Damals also waren Naturalschulden zwischen Sklave und Gewalthaber schon etwas Bekanntes, und da sie die Wirkung hatten, daß das *peculium* um den Betrag der Naturalforderungen des Herrn gemindert wurde, warum sollen nicht auch andere Wirkungen einer Naturalobligation in diesem Falle damals schon angenommen sein? Die Naturalobligationen von Sklaven gegenüber *extranei* sind gewiß nicht jünger, als die gegenüber dem Gewalthaber. Rücksichtlich der Gründe und der Zeit der Anerkennung von Naturalobligationen der Sklaven teile ich die Ansicht,[7] nach welcher die Entwickelung derselben durch das Aufkommen der Pekulien zwar befördert, aber doch nicht allein dadurch verursacht ist. Meiner Ansicht nach ist die Verwendung der Sklaven als Geschäftsführer ihrer Herren der erste Grund gewesen, welche Annahme von wenn auch klaglosen Verbindlichkeiten der Sklaven wünschenswert machte. Ein Geschäftsführer kann nicht bloß Erwerbsgeschäfte abschließen, er kommt auch in die Lage, entweder den, der ihn angestellt, oder sich selbst verpflichen zu müssen. Vor dem Aufkommen der prätorischen *actiones adiecticiae qualitatis* konnte ein Sklave seinen Gewalthaber durch seine Kontrakte auch mit dessen Willen nicht verpflichten: es war für den Herrn selbst wünschenswert, daß der

[1] L. 133 D. de r. j. 50, 17.
[2] L. 22 pr. D. de r. j. 50, 17. L. 14 D. de o. e. a. 44, 7. L. 43 D. eod. tit. Gai. III, 104. 176. 179. § 6 J. de iunt. stip. 3, 19.
[3] Exkurse S. 315. [4] Labeo I, S. 153. [5] D. gemeine Familiengüterr. I, S. 371, A. 4.
[6] L. 5 § 4 D. de peculio 15, 1. [7] Vgl. Mandry, a. a. O. S. 371 f.

Sklave selbst, wenn auch in unvollkommener Weise, Verpflichtungen eingehen könnte, welche dann aus Mitteln des Gewalthabers erfüllt werden mochten, für welche er selbst sich verbürgen oder Pfandrechte bestellen konnte. Ohne ihn selbst zu treffen, konnten so die Naturalobligationen der Sklaven Dritten gegenüber den Interessen des Herrn dienen und die Verwendung der Sklaven zum Geschäftsbetriebe ausgiebiger machen. — Von eminenter Bedeutung für die Entwickelungsgeschichte der römischen *familia* ist das Aufkommen der Pekulien der Haussöhne und Sklaven geworden. Daß schon, bevor die Pekulien in das Rechtsgebiet hineingezogen waren, faktisch solche im römischen Leben zahlreich vorkamen, ist eine Annahme, welche alle innere Wahrscheinlichkeit für sich hat. Schon in Zeiten, wo das römische Volk noch wesentlich auf Ackerbau und ländliches Leben angewiesen war, können Pekulien von Sklaven vorgekommen sein. Schon damals mag der Herr dem verheirateten Sklaven gestattet haben, wie Varro de re rust I, 17 es noch später anrät: *ut peculiare aliquid in fundo pascere liceat.* Aber der Ackerbau hielt doch die Familie zusammen und verlangt eine Konzentration der Kräfte derselben. Anders gestaltet sich die Sache, wenn Handel und Gewerbe im städtischen Leben emporblühen. Sie bieten dem Individuum Gelegenheit, sich in seiner Selbständigkeit zu zeigen, Talent und Unternehmungsgeist zu entfalten. Sobald also in Rom Handel und Gewerbe zur Blüte kamen, wird es häufiger geworden sein, daß der Vater dem Sohne, der Herr dem Sklaven, soweit er es vermochte, Selbständigkeit einräumte, und, wenn sie Handel oder Gewerbe auf eigene Rechnung zu treiben wünschten, ihnen das durch solchen Betrieb Erworbene als faktisches Sondervermögen beließen. Wenn wir zu Plautus' Zeiten das Vorkommen von Sklavenpekulien als eine eingebürgerte Institution vorfinden,[1] wenn diese faktisch als eigenes Vermögen der Sklaven angesehen wurden,[2] wenn sie Rechtsgeschäfte zwischen Herrn und Sklaven ermöglichten,[3] wenn sie zum Freikaufen benutzt wurden,[4] wenn kein Pekulium zu haben als Zeichen eines schlechten Sklaven galt,[5] so können wir ohne weitere äußere Zeugnisse mit Sicherheit annehmen, daß schon lange Zeit vorher die Pekulien häufig im römischen Leben vorgekommen sein müssen.[6] Zu Plautus' Zeiten waren sie etwas so Eingebürgertes, daß sich auch schon das Recht mit ihnen befaßt haben wird, denn auch schon vor Einführung der *actio de peculio* konnten bezüglich der Pekulien Fragen auftauchen, welche eine juristische Lösung erheischten. Varro berichtet später, daß beim Verkauf eines Sklaven das *peculium* zu folgen pflege (2 c. 10: *peculium solet accedere*). Daß auch schon zu Plautus' Zeiten der Sklave mit seinem *peculium* erworben wurde, darauf deuten hin die Worte bei Plaut. Trinummus II, 4, v. 31 ff.: *Edepol ne ego istum velim meum fieri servum cum suo peculio.* Auch läßt sich mit Grund wohl nicht bezweifeln, daß das dem *ius civile* angehörende Legat eines Pekulium schon in die der *actio de peculio* vorhergehenden Zeiten zurückreicht. Verkauf eines Sklaven nebst Pekulium und Legat eines solchen erheischen schon eine nähere Präzisierung des Begriffs des *peculium*, fordern namentlich eine Beantwortung der Frage, ob und wie

[1] Mostellaria I, 3, 96; IV, 1; V, 8 f. Asinaria III, 1, 36. Persae II, 2, 10. Rudens I, 2. Trinummus II, 4, 31.

[2] Pseudolus IV. 1, 92 u. 93. [3] Pseudolus II, 4, 44. IV, 6, 7. [4] Stichus V, 5, 10.

[5] Casina II, 3, 41 u. 42. Mostellaria IV, 1, 24 ff. Stichus V, 5, 10.

[6] In der Lehre von dem *statuliberi* wird ein Rechtssatz der XII Tafeln anzuführen sein, aus dem geschlossen werden muß, daß damals schon Sklavenpekulien bestanden.

die Naturalforderungen des Herrn an den Sklaven, bezw. des Sklaven an den Herrn ab- und zugerechnet werden sollen. Denn daß solche Schulden schon zu Plautus' Zeiten als möglich angesehen wurden, zeigt Pseudolus II, 4, v. 44. — Seine rechte juristische Ausbildung hat der Begriff des Pekulium erst nach Einführung der *actio de peculio* durch das prätorische Edikt erhalten, es wird also erst bei der Darstellung des *ius honorarium* näher darauf einzugehen sein. Ein Punkt möge hier schon berührt werden. Es fragt sich, welche Verfügungsgewalt dem Sklaven über das Pekulium zustand. In späterer Zeit jedenfalls waren rechtliche Dispositionen des Pekulieninhabers über Pekulienbestandteile von der Einräumung der *administratio* oder *libera administratio* abhängig.[1] Soviel ich sehe, bieten unsere Quellen keine Anhaltspunkte für die Beantwortung der Frage, welche allgemeineren Erwägungen zur Einräumung der *administratio peculii* an Sklaven geführt haben. Mandry[2] hat schon richtig dargelegt, daß das Pekulium auch in späterer Zeit keineswegs regelmäßig die ökonomische Basis für eine selbständige häusliche Existenz (die *separata oeconomia*) der Sklaven gebildet habe, giebt aber zu, daß die Zahl der in eigener Ökonomie lebenden Sklaven von den Zeiten des Plautus an bis tief hinein in die Kaiserzeit immer im Wachsen und schon gegen das Ende der Republik sehr erheblich war. Es

[1] Für eine frühere Periode, meint A. Pernice, Labeo I, S. 134 ff., ließen sich unanfechtbare Spuren nachweisen, daß sowohl Veräußerung, mindestens Verkauf, als Zahlungsannahme dem Sklaven ohne weiteres gestattet waren. Erst die Jurisprudenz der Kaiserzeit habe, veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen Rechnung tragend, die *libera administratio*, die vorher von selber in jeder Pekulienkonzession gelegen hätte, als etwas Besonderes, vom Herrn ausdrücklich zu Verleihendes ausgeschieden, um so den Herrn gegen eigenmächtiges Gebaren der im Laufe der Zeit faktisch viel selbständiger gewordenen Pekulieninhaber rechtlich zu schützen. Meines Erachtens ist der von Pernice versuchte Beweis dieser Entwickelung nicht gelungen. Wie das *peculium* nichts weiter ist, als ein faktisches Sondergut des Sklaven, so hat auch die *concessio peculii* ursprünglich keine andere Bedeutung, als die der Überlassung zu faktischem Haben und thatsächlichem Verfügen, Verzehren, nicht aber der Einräumung rechtlicher Disposition. In Bezug auf die Veräußerung von Pekuliensachen kann ich eine Abweichung zwischen Äußerungen von Alfenus und Venuleius nicht finden. Alfenus (l. 34 D. de usurp. 41, 3) erklärt, wenn ein Sklave ohne Wissen des Herrn eine Pekuliensache verkauft habe, so könne der Käufer die Sache usukapieren: er betrachtet also die Veräußerung nicht als gültig, läßt nicht sofort das Eigentum auf den Käufer übergehen, sondern betrachtet den Kauf nur als Usukapionstitel; Venuleius (l. 15 § 3 D. de div. temp. pr. 44, 3) schließt für den Fall, daß ohne *voluntas domini* oder ohne *libera administratio* verkauft ist, nur die *accessio possessionis*, damit aber noch nicht die Möglichkeit der Usukapion aus (die Stelle ist übrigens im Hinblick auf die *accessio possessionis* beim *interdictum utrubi* geschrieben). Für die Möglichkeit der Usukapion kommt es nur darauf an (was in der kurzen Äußerung des Alfen nicht weiter auseinandergesetzt ist), daß der Käufer *in bona fide* war, also entweder die *servilis conditio* des Verkäufers nicht kannte oder den Umständen nach keinen Verdacht hegen konnte, daß dieser ohne den Willen des *dominus* handelte (l. 10 C. quod cum eo 4, 26). Es konnte natürlich vorkommen, daß ein Sklave eine Pekuliensache ungültig veräußerte, ohne doch ein *furtum* zu begehen, indem er annahm, sein Herr werde gegen die Veräußerung nichts einzuwenden haben. Nur von Veräußerung einer Sache, welche der Sklave *furandi consilio* amoviert und dann veräußert hat, redet Julian in l. 56 § 7 D. de furtis 47, 2; eine solche ist natürlich als *res furtiva* der Ersitzung entzogen. Auch in den Deduktionen der Juristen, welche von Zahlungsannahmen der Sklaven reden, kann ich keine abweichenden Anschauungen finden. In allen Stellen ist gesagt, der Schuldner zahle mit liberierender Wirkung an den Sklaven, falls er nicht wußte, daß dieser zur Zahlungsannahme nicht befugt war, falls er also *bona fide* handelte. Namentlich kann ich in l. 11 D. depositi 16, 3 eine Verschiedenheit der Anschauungen des Sabinus und Ulpians nicht entdecken. Vgl. auch Mandry, Familiengüterrecht II, S. 90, A. 5.

[2] A. a. O. II, S. 26 ff.

liegt der Gedanke nahe, daß man vorzugsweise den in eigener Ökonomie und somit in einer größern faktischen Selbständigkeit lebenden Sklaven auch eine Art rechtlicher Selbständigkeit durch Überlassung der *libera peculii administratio* eingeräumt habe.

Über das faktische Los der Sklaven in Roms alter Zeit sind in neuerer Zeit infolge der Darstellung Iherings[1] u. a. richtigere Anschauungen verbreitet, als früher herrschten. Zwischen den freien und unfreien Familiengliedern bestand damals häusliche Gemeinschaft, welche veredelnd auf das ganze Verhältnis einwirkte. Der Sklave war *familiaris*. Die Zahl der Sklaven war noch so gering, ihre Beschaffenheit (sie gehörten stammverwandten Völkern an) derart, daß diese häusliche Gemeinschaft aufrecht erhalten werden konnte. So waren die Sklaven mit dem Schicksal der Familie eng verbunden. Der Sklave nimmt an dem Schutze der die Familie beschirmenden Gottheiten teil. An den Kompitalien durften die Sklaven selbst den *lares compitales* und *familiares* Opfer darbringen.[2] Auch sonst können sie auf Geheiß des Herrn gottesdienstliche Handlungen vornehmen. Die religiöse Anschauung nahm auch *manes serviles* an, und eine einfache, gewiß seit alter Zeit und nicht erst von den Juristen daraus gezogene Folgerung ist, daß die Stätte, in welcher ein Sklave bestattet ist, *locus religiosus* sei.[3] Daß ein die öffentliche Meinung reizender Mißbrauch des hausherrlichen Rechts gegenüber dem Sklaven auch dem Censor Veranlassung zur Handhabung seines Rügerechts gewähren konnte, ist ausdrücklich bezeugt (Dyionys. 26, 13 [2]).

2. Entstehungsgründe der Sklaverei. *Jus postliminii. Redemtio.*

§ 8. Wie die Sklaverei selbst, führen die Römer auch diejenigen Entstehungsgründe derselben, welche nach ihrer Auffassung ihnen mit dem ganzen Menschengeschlecht gemeinsam waren, in den Rechten auch der anderen *gentes* vorkamen, auf das *jus gentium* zurück. Es konnte aber die *iusta servitus* auch noch aus anderen, dem römischen Recht eigentümlichen Gründen (*iure civili*) entstehen.[4]

Iure gentium wird die Sklaverei begründet durch Geraten eines Römers in feindliche Gefangenschaft und durch Geburt von einer Sklavin, von welchen beiden Gründen der erste als der ursprüngliche Entstehungsgrund der Sklaverei anzusehen ist.

Was die Entstehung durch Geburt betrifft, so ist die alte Auffassung die, daß auf den Stand der Mutter zur Zeit der Geburt zu sehen ist. Das Kind, welches von einer Sklavin geboren wird, ist selbst Sklave, mag jene nun vorher, zur Zeit der Konzeption oder zwischen Konzeption und Geburt, frei gewesen sein oder nicht, mag der Erzeuger ein Freier oder ein Sklave sein. Umgekehrt ist das Kind, welches von einer Freien geboren wird, frei, mag die Mutter auch zur Zeit der Konzeption oder zwischen Konzeption und Geburt Sklavin gewesen sein, mag der Erzeuger ein Freier oder ein Sklave sein. Die positivrechtlichen Abweichungen von diesem Satz rühren erst aus einer spätern Zeit her (Gai. I. 82, 88, 89, 91. Ulp. fr. V, 9, 10).

---

[1] Geist d. röm. Rs. II, 1², S. 162 ff. [2] Dionys. IV, 14.
[3] L. 2 pr. D. de relig. 11, 7. Varro de l. l. VI, 24.
[4] § 4 I. de jure personar. 1, 3. L. 5 § 1 D. de statu h. 1, 5.

Daß durch Geraten in Gefangenschaft Sklaverei entsteht, beruht recht eigentlich auf dem internationalen Recht. Dieser Entstehungsgrund setzt nicht notwendig ein *bellum* des Volkes, dem jemand angehört, mit dem Volk voraus, in dessen Gewalt er geraten ist. Die antike und auch besondere römische Anschauung war, wie bereits früher dargelegt wurde, die, daß, wenn ein Römer sich auf das Gebiet eines Staats begab, mit welchem nicht mindestens eine *amicitia* des römischen Volks bestand, er von den Angehörigen jenes Volkes mit seiner Habe okkupiert und zum Sklaven gemacht werden konnte.[1] Das wirkliche *bellum* zwischen jenen Staaten erweiterte dieses Okkupationsrecht; während eines *bellum* mit einem fremden Staat konnte der Römer von dem Feind auch auf römischem Territorium mit seiner Habe nach Völkerrecht okkupiert werden. Solches Ergriffenwerden auf dem eigenen Territorium des Staats, dem man angehörte, oder dem eines befreundeten Staates brachten den Ergriffenen zunächst nur in die faktische Gewalt des Feindes. Solange er sich noch *intra fines* des römischen Staats (oder auf befreundetem Gebiet) befindet, ist er noch nicht rechtlich Sklave. *Servus hostium* wird er erst, wenn er *intra praesidia hostium* geführt, d. h. auf das Territorium des Feindes gebracht ist (l. 5 § 1. l. 19 § 3 D. de captivis et de postliminio 49, 15). Mit diesem alten Entstehungsgrund der Sklaverei hängt das ohne Frage auch uralte *postliminium* zusammen. Bevor aber auf die gewöhnliche Anwendung des *postliminium* hier eingegangen werden kann, muß eine bisher nicht erkannte[2] hervorgezogen werden, welche in den juristischen Quellen der Kaiserzeit nicht mehr hervortritt, aber in republikanischer Zeit gewiß eine nicht unbedeutende Rolle gespielt hat. Wir müssen dafür an eine wichtige, bei Festus erhaltene Stelle des Aelius Gallus anknüpfen. Folgendes ist, nach O. Müller, ed. nova p. 218, der Text der Stelle, soweit er hier in Betracht kommt: *Postliminium receptum Gallus Aelius in lib. I signif., quae ad ius pertinent, ait esse eum, qui liber, ex qua civitate in aliam civitatem abierat, in eandem civitatem redit eo iure, quod constitutum est de postliminis. — — —. cum populis liberis et cum foederatis et cum regibus postliminium nobis est ita, uti cum hostibus; quae nationes in dicione nostra sunt, cum his [postliminium non est].* Großen Anstoß hat man daran genommen, daß nach dieser Stelle *postliminium* stattfinden soll zwischen dem römischen Staat und den *populi foederati*, während doch nach der einleuchtenden Bemerkung des Proculus in l 7. pr. D. de capt. 49, 15 es zwischen den Römern und einem *populus foederatus* des *postliminium* nicht bedürfe, *cum et illi apud nos et libertatem suam et dominium rerum suarum — — retineant et eadem nobis apud eos contingant.* Man hat daher *cum populis liberis et cum foederatis* in *et non foederatis* (Hase[3]) oder *set non foederatis* (Huschke[4]) ändern wollen. Rein,[5] welcher solche Emendation verwirft, will erklären: mit *foederatis* findet nur im Kriege *postliminium* statt, mit den anderen nicht nur im Kriege, sondern auch im Frieden. Er verkennt aber dabei, daß durch den Krieg das *foedus* nicht nur faktisch, sondern rechtlich aufgelöst wird, mit dem betreffenden Volk also *postliminium* (in dieser Anwendung) erst stattfindet, wenn es nicht mehr *foederatus* ist. Bei dem ganzen Anstoß, welchen man an

[1] L. 5 § 2 D. de captiv. 49, 15.

[2] Nachdem ich das Obige geschrieben, sehe ich, daß auch Mommsen, Staatsr. III, 1, S. 656, A. 1 diesen Anwendungsfall des *ius postliminii* erkannt hat; doch stimme ich nicht in allen Punkten mit ihm überein.

[3] Das *ius postliminii* S. 39. [4] Iurispr. anteiust. ed. IV, p. 95.

[5] Privatr. u. Civilpr. der Römer S. 309, A. 2.

der Äußerung des Gallus Aelius genommen, hat man nicht berücksichtigt, daß ja auch nach Cic. pro Balbo 1, 28 ein *postliminium* von juristischer Bedeutung zwischen dem römischen Staat und *civitates foederatae resp. liberae* stattfindet. Ein römischer Bürger, welcher das ihm von einem verbündeten Staat verliehene Bürgerrecht annahm, hörte damit auf *civis romanus* zu sein, aber er konnte *iure postliminii* das römische Bürgerrecht ohne neue Verleihung wiedererlangen, vorausgesetzt, daß er nicht *exsilii causa solum verterat* und ein Volksschluß ergangen war, *id ei iustum exsilium esse.* Gab er jenes Bürgerrecht auf und kehrte er nach Rom in der Absicht, dort wieder seine Heimat zu haben, zurück, so erlangte er *iure postliminii* sein römisches Bürgerrecht wieder. Fraglich konnte nur werden, wie weit das zulässig sei. Wenn ein Angehöriger eines andern Staates, der durch Freilassung römischer Bürger geworden, dann aber zurückgekehrt in seine erste Heimat, dort *iure postliminii* das alte Bürgerrecht wiedererlangt hatte, wenn ein solcher, sage ich, wieder nach Rom gehen wollte, konnte er da ohne weiteres *iure postliminii* die *civitas romana* wiedererwerben? Nach Cicero war dies nicht ohne weiteres möglich, sondern bedurfte es in diesem Falle eines dem Zurückgekehrten die Civität zuerkennenden Volksschlusses: *neque enim sine causa de Cn. Publicio Menandro, libertino homine, quem apud maiores legati nostri in Graeciam proficisentes interpretem secum habere voluerunt, ad populum latum, ut is Publicius, si domum revenisset et inde Romam rediisset, ne minus civis esset.*[1] Pomponius in l. 5 § 3 D. de captivis 49, 15 bezeichnet die *lex* bezüglich des Menander als überflüssig: *Et ideo in quodam interprete Menandro, qui posteaquam apud nos manumissus erat, missus est ad suos, non est visa necessaria lex, quae lata est de illo, ut maneret civis romanus: nam sive animus ei fuisset remanendi apud suos, desineret esse civis, sive animus fuisset revertendi, maneret civis, et ideo esset lex supervacua.* Diese Kritik ist unberechtigt, denn die *lex* sollte dem Menander (offenbar zur Belohnung für die zu leistende Hilfe) ermöglichen, sein Bürgerrecht in Rom bei verändertem Entschluß wiederzuerlangen. Hatte er *postliminii iure* sein griechisches Bürgerrecht wiedererlangt, so konnte er nicht einfach bei verändertem Entschluß durch Rückkehr nach Rom *postliminio* das römische Bürgerrecht wiedererlangen. Um ihm das zu ermöglichen, bedurfte es eines besondern Volksschlusses. Es wird jetzt klar sein, daß Aelius Gallus bei seiner Definition auch diesen Fall des *postliminium* vor Augen hatte, der gerade unter verbündeten und befreundeten *civitates* vorkommen konnte, während der andere, an den man regelmäßig allein denkt, nur unter Völkern möglich ist, zwischen denen entweder ein *bellum* oder doch keine *amicitia* stattfindet. In den Worten: *postliminio receptum — ait esse eum, qui liber, ex qua civitate in aliam civitatem abierat* u. s. w., ist eine besondere Beziehung auf den Fall der Gefangenschaft vermieden, sie können auch auf ihn mitbezogen werden, aber sie passen ganz vorzugsweise auf den vorher von uns dargelegten Fall des *postliminium.* Und am Schluß sind beide Fälle genannt: *cum populis liberis et cum foederatis et cum regibus postliminium nobis est ita, uti cum hostibus.* In der Kaiserzeit, wo jenes immer noch völkerrechtliche Verhältnis Roms mit den *civitates liberae* und *foederatae* dahinschwand, wo alle diese *civitates* als untergeordnete Gemeinwesen des einen großen Reichs erschienen, verlor der erste Fall des *postliminium* rasch alle Bedeutung. Die Juristen der Kaiserzeit, namentlich Proculus in l. 7 pr. D. h. t., haben daher nur das *postliminium cum*

[1] Vgl. auch Cic. de orat. I, 40, 182.

hostibus vor Augen, von welchem jetzt im folgenden allein zu handeln ist. Dieses *postliminium cum hostibus* kann entweder *in bello* oder *in pace* stattfinden, je nachdem, wie früher auseinandergesetzt wurde, die feindliche Ergreifung in einem wirklichen *bellum* oder ohne ein solches auf dem Territorium eines nicht befreundeten Staates stattgefunden hat. Da sowohl bis dahin freie Personen als auch Sachen durch Okkupation in die Gewalt der Feinde gelangt sein können, so bezieht sich auch das *postliminium* auf Personen und Sachen. Solange der Krieg dauert, kann ein *captivus* durch *postliminium redire* seine Freiheit, bezw. seine frühere Stellung wiedererlangen. Ist er gleich rechtlich Sklave der Feinde geworden, so wird doch dieser Zustand zunächst nur als ein provisorischer angesehen, es besteht für den Gefangenen eine *spes* der Wiedererlangung seiner frühern Stellung. Aber sowie der in die Gewalt der Feinde Geratene, bevor er in die *praesidia hostium* gebracht ist, wohl faktisch, aber noch nicht rechtlich unfrei ist, so stellt umgekehrt die faktische Wiedererlangung der Freiheit, das Entkommen aus der Gefangenschaft auch noch nicht die Freiheit im rechtlichen Sinne wieder her. Wirksam entkommen ist der Gefangene erst, wenn er *intra praesidia Romana* oder auf das Gebiet eines befreundeten Staates zurückgekehrt ist. Dann ist er *publico nomine tutus* und hat rechtlich die Freiheit, bezw. die frühere Stellung wiedererlangt. Vorher ist sein Entkommensein immer nur ein prekäres, sofern er noch nicht den Schutz seines eigenen oder eines befreundeten Staates genießt. Würde er wieder ergriffen oder zurückgeliefert, so wäre er als im Rechtssinn immer Sklave der Feinde geblieben anzusehen. Das *postliminium redire* stellt sich also als der *contrarius actus* dar, wodurch die Wirkung des Geratens in die *potestas* der Feinde wieder aufgehoben wird. Wie der *ex finibus nostris* und in die *praesidia* der Feinde Gebrachte Sklave wurde, so wird der *ex praesidiis hostium* Befreite und *in fines nostros* Zurückgekehrte wieder frei. Das *postliminium* ist die direkte Rückgängigmachung des Geratens in feindliche Sklaverei. Insofern enthält das *postliminium* allerdings keine wahre durch das positive Recht aufgestellte Fiktion, aber es ist nicht zu verkennen, daß die Römer sich, und wohl von jeher, jene Wiederauflösung der durch die Gefangennehmung bewirkten Sklaverei in der Gestalt der Fiktion, daß der betreffende nie in die *potestas* der Feinde geraten sei, vorgestellt haben.[1] Das bloße *corpore intra praesidia rediisse* genügt aber nicht, um die Wirkungen des *postliminium* herbeizuführen, es muß eine *mens* damit verbunden sein, er muß in der Absicht zurückgekehrt sein, die Feinde zu verlassen und bei den Seinigen zu verbleiben (l. 5 § 3, l. 12 § 9, l. 26 D. h. t.). Wie er von den Feinden losgekommen, ob *vi* oder *fallacia* oder nach Besiegung

[1] Vgl. l. 5 § 1 D. h. t.: — *perinde omnia restituuntur ei iura, ac si captus ab hostibus non esset.* L. 16 D. eod. t.: — *Retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit.* § 5 I. quib. mod. ius pot. 1, 12: — *quia postliminium fingit eum qui captus est semper in civitate fuisse.* Die Richtigkeit der Auffassung des Wesens des *postliminium* als einer Fiktion leugnen (im Text ist bemerkt, wie weit mit Recht) Voigt, Ius nat. II, S. 51, A. 24, Walter, Röm. Rechtsgeschichte 3. Aufl., II, S. 52, A. 18, später Bechmann, Das *ius postliminii* S. 10 ff., A. Pernice, Labeo I, S. 375 f. Nach den beiden letzteren Schriftstellern ist die Idee, daß das durch das *postliminium* bewirkte Wiederaufleben der Rechtsstellung und Rechte notwendig rückwirkende Kraft habe, eine feinere, welche der alten Zeit fremd ist und sich erst im ausgebildeten klassischen Recht Geltung verschafft hat. Meines Erachtens folgt die Rückwirkung, soweit sie überhaupt praktisch durchgeführt worden, aus der Grundidee des *postliminium reverti* als eines *contrarius actus*. Die feinere theoretische Durchbildung und Begrenzung dieser Grundidee, die Anwendung auf das ausgebildete Rechtssystem, gehört allerdings erst der spätern Jurisprudenz an. Vgl. auch Buhl, Salvius Julianus S. 253, A. 4.

der Feinde, ist für den rechtlichen Effekt einerlei. Nur muß er die *mens remanendi* rechtlich haben können. Hat der *captivus*, welcher zu irgend welchen Verhandlungen mit seinem Heimatstaat vom Feind abgeschickt ist, geschworen, zurückzukehren, kommt er also in sein Vaterland mit dem *animus revertendi ad hostes*, so steht fest, daß ihm *postliminium iustum non esse*,[1] die bloße faktische Rückkehr genügt nicht. Die Möglichkeit des *postliminium* dauerte im allgemeinen nur bis zum Friedensschluß. Der Friedensschluß bewirkte entweder *deditio* des besiegten Volkes oder stellte mindestens eine (wenn auch nur äußerliche) *amicitia* zwischen den bisher kriegführenden Staaten her: *postliminium* mit denen, welche sich *in dicione* befanden, und mit befreundeten Staaten fand aber nicht statt. Bezüglich der im Kriege Gefangenen konnte in dem Friedensvertrage entweder Rückgabe ausgemacht sein, oder daß sie definitiv in der Gewalt der Feinde verbleiben sollten. Die ersteren konnten vom *ius postliminii* Gebrauch machen. Blieben sie freiwillig bei dem fremden Volk, so stand ihnen später nach l. 20 § 1 D. de captiv. das *postliminium* nicht mehr zu. Bezüglich der letztern Kategorie war das *postliminium* infolge jener Bestimmung des Friedensvertrages ausgeschlossen. Wie war es aber, wenn im Friedensschluß nichts über die noch Gefangenen ausbedungen war? Diesen sollte kein *postliminium* zustehen.[2] Auch denen, welche beim plötzlichen Ausbruch des Krieges im bis dahin befreundeten Lande sich befanden und dadurch in Gefangenschaft gerieten, sollte das *postliminium* sowohl im Kriege als nach dem Friedensschluß zustehen, außer wenn der Friedensschluß eine ausdrückliche Klausel enthielt, *ne esset his ius postliminii*.

Das *ius, quod constitutum est de postliminio*, beruht zunächst auf internationalen Satzungen, und zwar vor allem auf uralten internationalen *mores*. Daß auch in den *foedera* und Friedensschlüssen Bestimmungen darüber vorkamen, ist vorher gezeigt. Über die Wirkungen des *postliminium* im Inlande können aber sehr wohl auch die Gesetze des einzelnen Staates nähere Bestimmungen getroffen haben. Vielleicht deutet darauf Paulus mit den in l. 19 pr. D. h. t. neben den *mores* erwähnten *leges* hin. Das *ius postliminii* kann immer nur stattfinden im Verhältnis zweier souveräner Staaten, welche ihre rechtliche Selbständigkeit innerhalb ihres Gebietes gegenseitig anerkennen, folgerecht ist es ausgeschlossen zwischen verschiedenen Parteien, welche im Innern eines Staates einen Bürgerkrieg führen,[3] ebenso gegenüber Räubern,[4] welche widerrechtlich Personen und Sachen in ihre Gewalt bringen. In diesen Fällen bewirkt Gefangennehmung rechtlich keine Sklaverei und braucht also auch durch *postliminium* keine wieder aufgelöst zu werden. Obgleich das *ius postliminii* sich nicht etwa bloß auf Soldaten, sondern auf die verschiedensten dem Staat angehörigen Menschen, welcher Stellung und welchen Geschlechts sie

---

[1] Gell. VII, 18.

[2] L. 5 pr., l. 12 pr. D. h. t. Die letzte Stelle bedarf, wie man längst erkannt, am Anfang einer Verbesserung. Das *his* ist wahrscheinlich aus falscher Notenauflösung: *hiis* = *non iis* entstanden. Daß den Kriegsgefangenen *de quibus nihil in pactis erat comprehensum* nach dem Friedensschluß das *ius postliminii* abgesprochen werden sollte, ergiebt sich aus dem Folgenden: *quod ideo placuisse Servius scribit, quia spem revertendi civibus in virtute bellica magis quam in pace esse Romani voluerunt.* Auch ergiebt es der Gegensatz. Zuerst werden solche, denen nur *in bello*, nicht nach dem Friedenschluß, dann solche, welchen *tam in bello quam in pace* das *postliminium* zustehen soll, angegeben. A. A. Mommsen, Bürg. u. peregr. Freiheitssch. S. 5, A. 5.

[3] L. 21 § 1 D. h. t. L. 4 C. de ing. man. 7, 14.

[4] L. 19 § 2. L. 24 D. h. t. L. 13 pr. D. qui test. f. 28, 1.

sein mögen, bezieht, so sind doch gewisse Kategorieen davon ausgeschlossen. Dahin gehören vor allen die freiwillig zum Feinde Übergegangenen, die *transfugae*.[1] Wer sich gefangen nehmen ließ, oder wer gefangen die Möglichkeit des Entweichens nicht benutzte, wird auch als *transfuga* angesehen.[2] Ebenso soll, wer besiegt sich mit den Waffen dem Feinde ergeben, das *postliminium* entbehren.[3] Endlich sind noch ein paar Fälle des Ausschlusses des *postliminium* zu erwähnen, welche nicht mit der Kriegsgefangenschaft zusammenhängen. Sklave eines andern Volkes wurde nach altem Recht auch, wen sein eigener Vater oder das Volk zur Strafe nach auswärts verkauft hatte, sowie der, welchen der *pater patratus* wegen einer gegen das feindliche Volk begangenen *noxa* gemäß eines Senatsbeschlusses diesem verletzten Volk durch *deditio* übergeben hatte. Es war zugleich altüberlieferten Rechtens, daß alle diese Personen nicht *iure postliminii* die frühere Stellung wiedererlangen konnten. Für den letztern Fall bestand eine Kontroverse, ob die *deditio* durch den *pater patratus* dann keine Wirkung habe, wenn der Übergebene vom feindlichen Volk nicht angenommen wurde. Die eine Ansicht nahm an, *neque deditionem neque donationem sine acceptatione intelligi posse*. Die anderen dagegen meinten, wenn das Volk die Dedition beschlossen habe, so sei der Betreffende damit des Bürgerrechts beraubt, und es bedürfe vielmehr einer *lex*, wodurch er wieder ins Bürgerrecht aufgenommen werde. Der ersten Ansicht war von den alten republikanischen Juristen Brutus, der zweiten P. Mucius Svaevola, und die letztere scheint die rezipierte gewesen zu sein.[4]

Was die Wirkungen des *postliminium* der Personen betrifft, so beziehen sich diese zunächst auf die Rechtsfähigkeit: der Zurückgekehrte erlangt seine frühere rechtliche Stellung wieder, keine schlechtere, aber auch keine bessere. Der frühere *paterfamilias* wird also wieder *paterfamilias*, der *filiusfamilias* wieder *filiusfamilias*, der *deportatus* wieder *deportatus*[5] u. s. w. Aber auch in die bereits vor der Gefangenschaft begründeten Rechte tritt der *postliminio reversus* wieder ein. Diese Rechte werden, wenn das *ius postliminii* Platz greift, als nicht untergegangen angesehen. Der Eintritt oder Nichteintritt des *postliminio redire* bringt mit rückwirkender Kraft die Entscheidung, daß z. B. der zurückgebliebene Sohn des Gefangenen *pater-* oder *filiusfamilias* gewesen, daß die betreffenden Rechte fortexistierten oder untergegangen seien. Wie der Zustand der Zwischenzeit bis zum Eintritt der Entscheidung aufzufassen sei, darüber waren verschiedene Auffassungen möglich und scheinen sich auch bei den römischen Juristen geltend gemacht zu haben. Man konnte sagen, es liege ein Zustand der objektiven Ungewißheit, das Schwebens zwischen zwei Möglichkeiten vor, von denen keine jetzt schon als platzgreifend bezeichnet werden könne, wobei dann doch immer diejenigen Funktionen der betreffenden Rechte und Rechtsverhältnisse eintreten konnten, welche gleichmäßig einzutreten vermochten, es sei die schwebende Alternative nach der einen oder andern Seite hin entschieden. Man konnte aber auch sagen, eine der beiden Möglichkeiten prävaliere vorläufig, und demgemäß sei in der Zwischenzeit die Sache so anzusehen, als sei die Entscheidung schon zu ihren Gunsten eingetreten, welchen Falles freilich die später zu Gunsten der andern

[1] L. 19 § 4 D. h. t. [2] L. 5 § 5 D. de re milit. 49, 16.
[3] L. 17 D. h. t. Liv. XX, 61.
[4] Vgl. über diese Fälle Cic. de or. I, 40, 181. II, 32, 137, p. Caec. 34. Val. Max. VI, 3, 3. L. 4 D. h. t. Cic. Top. 8, 37.
[5] Gai. I, 129. Ulp. X, 4. Paul. II, 25, 1. L. 6. l. 12 § 15 D. h. t.

Möglichkeit eingetretene Entscheidung das vorläufig Angenommene als etwas nur Provisorisches aufweisen konnte, während die Entscheidung zu Gunsten dieses vorläufig Angenommenen es als Definitives zeigte. Neigte man zu dieser letztern Ansicht, so konnte nicht zweifelhaft sein, daß man die Möglichkeit, die Gefangenschaft sei eine definitive, als die prävalierende anzusehen habe. Daß beide Auffassungen unter den römischen Juristen vertreten waren, kann namentlich bezüglich der *patria potestas* gezeigt werden. Geriet der Vater in feindliche Gefangenschaft, so sagt Tryphoninus in l. 12 § 1 D. h. t.: *hi, quos in potestate habuit, in iucerto sunt, utrum sui iuris facti an adhuc pro filiisfamiliarum computentur* etc. Ebenso sagt Gaius I § 129: — *pendet ius liberorum propter ius postliminii*, und Ulp. fr. X. 4: — *quamdiu apud hostes est, patria potestas in filio eius interim pendebit.* Paulus dagegen (sent. II, 25, 1) sagt: *Pater ab hostibus captus desinit habere filios in potestate: postliminio reversus, tam filios quam omnia (?) sui iuris in potestatem recipit, ac si nunquam ab hostibus captus sit.* Dieser Auffassung des Paulus entspricht es auch, wenn er für den Fall, wo jemand die *negotia* eines *apud hostes* Befindlichen geriert hat, zwar die *actio negotiorum gestorum contraria* gegen den Zurückgekehrten gewährt, aber mit dem Zusatz: *etiam si eo tempore quo gerebantur dominum non habuerunt.*[1] — Es gab nun aber auch Verhältnisse, bei welchen die natürliche Beschaffenheit derselben oder das praktische Bedürfnis die bisher dargelegte Behandlung nicht zuließ. So geht der Besitz durch das Geraten in Gefangenschaft unter, die Ersitzung wird unterbrochen, und nach der Rückkehr lebt der Besitz nicht etwa *iure postliminii* wieder auf.[2] Auch die Ehe ließ jenen Zustand der Ungewißheit, ob sie bestehe oder nicht bestehe, nicht zu, es ist eines der Verhältnisse, welche objektive Festigkeit und Gewißheit erheischen. Sie wurde dadurch, daß auch nur einer der Gatten in feindliche Gefangenschaft geriet, aufgelöst, und der Zurückgekehrte trat nicht ohne weiteres *iure postliminii* in die frühere Ehe wieder ein; dieselbe muß vielmehr *consensu* hergestellt werden.[3] Der Zurückgebliebene, welcher noch nicht wieder geheiratet, soll aber mit dem aus der Gefangenschaft Zurückgekehrten die Ehe wieder eingehen. Weigert er sich dessen ohne genügenden Grund, so verfällt er den Strafen grundloser Scheidung.[4] Die zurückgebliebene Gattin sollte nicht gleich wieder eine Ehe eingehen, sondern so lange unverheiratet bleiben, als der Mann in der Gefangenschaft erweislich lebte, falls sie nicht als an der Auflösung der Ehe schuldig angesehen sein wollte. Falls es aber ungewiß war, ob der Mann noch lebte, durfte sie wieder heiraten, wenn fünf Jahre *a tempore captivitatis* verstrichen waren.

[1] L. 18 (19) § 5 D. de n. g. 3, 5.

[2] L. 19 D. ex quib. causis 4, 6. L. 23 § 1 D. de a. v. o. p. 41, 2. L. 12 § 2 D. h. t.

[3] L. 14 § 1 D. h. t. L. 1 D. de divort. 24, 2. L. 8 D. h. t. Bechmann, Das *ius postliminii* S. 44. will die Aufhebung der Ehe des *captivus* so erklären. Die Fortdauer der Ehe beruhe auf dem im häuslichen Zusammenleben sich thatsächlich manifestierenden fortdauernden Konsense der Ehegatten, dessen Wegfall daher auch sofort die Ehe aufhebe. Durch die Kriegsgefangenschaft sei nun die Fortdauer des Konsenses nicht bloß regelmäßig thatsächlich, sondern ganz unbedingt vom rechtlichen Standpunkt aus unmöglich geworden. Zur Fortdauer der Ehe bedarf es aber keineswegs eines sich immer neu manifestierenden Konsenses, sondern zur Auflösung bedarf es entweder der Kundgebung des einseitigen auf Aufhebung gerichteten Entschlusses oder des *contrarius consensus*. Die Ehe wird deshalb aufgelöst, weil mit einem Sklaven kein *connubium* besteht. Daß der Wille der zurückgebliebenen Frau daran nichts ändern kann, sagt geradezu l. 12 § 4 D. h. t.: *Sed captivi uxor, tametsi maxime velit, et in domo eius sit, non tamen in matrimonio est.*

[4] L. 8 D. cit.

So wird die Sache in einer aus Julians Digesten entlehnten Stelle (l. 6 D. de divort. 24, 2) dargestellt. Fast ganz dasselbe ist später in Nov. 22. c. 7 von Justinian angeordnet. Noch heute weichen die Ansichten darüber ab, ob die Stelle Julians vom Standpunkte des neuern Rechts eine Interpolation erfahren habe oder nicht. Bechmann nimmt mit den meisten Älteren die Interpolation an.[1] Sicher ist, daß die Pandektenstelle nicht nach Nov. 22 c. 7 interpoliert sein kann, da diese erst im Jahre 536 erlassen ist. Daß aber von früheren Kaisern Bestimmungen über denselben Gegenstand getroffen seien, deutet Justinian in der Novelle selbst an, und nach diesen könnte die Interpolation erfolgt sein. Ein Unterschied, welcher zwischen dem zu Julians Zeit noch geltenden und dem Novellenrecht sicher bestand, ist der, daß nach dem ältern Recht die Ehe mit dem Gefangenen nicht fortdauert,[2] die Frau aber sich nicht *temere* wieder verheiraten soll, während nach dem neuern Recht die Ehe zunächst fortdauert und nur ohne genügenden Grund oder *bona gratia* von dem Zurückgebliebenen gelöst werden kann. Irgend welche Interpolation scheint auch mir mit Julians Worten vorgenommen zu sein, denn der Beginn der Stelle nimmt den ältern Standpunkt ein. Im Verlauf aber wird die Ehe mit dem Gefangenen als fortbestehend betrachtet (*„nisi mallent ipsae mulieres causam repudii praestare, ita tamen, ut bona gratia dissolutum videatur matrimonium“*). Daß die Festsetzung einer Frist, nach deren Ablauf die zurückgebliebene Gattin ohne Nachteile wieder heiraten konnte, nicht erst von späteren Kaisern herrührt, darin ist meines Erachtens Bruns[3] durchaus beizustimmen. Nach ihm stammt die Bestimmung wahrscheinlich entweder direkt aus der *lex Papia*, oder sie hängt wenigstens mit ihr zusammen, da sie in Paulus' Kommentar zur *lex Papia* mit den Worten berührt ist: *(mulier) alii post constitutum tempus nupta non est.*[4] Die *lex Iulia et P. P.* hat wahrscheinlich schlechthin bestimmt, daß die zurückgebliebene Frau sich nach Ablauf eines *quinquennium a captivitate* oder einer andern Frist ohne irgend welchen Nachteil wieder verheiraten könne, während sie nach älterem Recht vielleicht, wenn der Mann *postliminii iure* später noch zurückkehrte, den *poenae discidii* unterlag. Die Fortdauer der Ehe sowie der Unterschied zwischen Gewißheit und Ungewißheit des Fortlebens des Mannes dürfte erst durch das spätere Kaiserreich angeordnet und danach Julians Stelle interpoliert sein. — Die *publica nuptiarum utilitas* erheischte auch eine besondere Bestimmung darüber, ob Kinder, deren Gewalthaber in Kriegsgefangenschaft geraten waren, in der Zwischenzeit gültig eine Ehe ohne den Konsens des Gewalthabers eingehen könnten. Nach der klaren Äußerung Ulpians[5] soll der Sohn, wenn der Vater nicht binnen drei Jahren (seit dem Beginn der *captivitas*) zurückgekehrt ist, eine Ehe eingehen können. Tryphoninus sagt allgemein in einer andern Stelle,[6] daß der Sohn *medio tempore* eine Ehe eingehen könne, wobei aber wohl mit Bruns[7] die drei Jahre unbedenklich zu subintelligieren sind. Sehr wunderbar aber ist es, daß in l. 11 D. de ritu nup-

[1] A. a. O. S. 46 f. Ebenso nimmt Interpolation an Lenel, Palingenesia I, p. 469, not. 3.

[2] Nur die Ehe der *liberta* mit dem in Kriegsgefangenschaft geratenen Patron dauerte nach Julians Annahme auch *in captivitate propter patroni reverentiam* fort. L. 45 § 6 D. de rit. n. 23, 2.

[3] Jahrbuch des gem. deutsch. Rs. I, S. 100 f.

[4] L. 8 D. h. t. Auch in dieser Stelle bezeichnen Bechmann, a. a. O. S. 46, A. 1 und Lenel, Palingenesia I, p. 1128, not. 1 die Worte *post constitutum tempus* als interpoliert.

[5] L. 9 § 1 D. de ritu nupt. 23, 2. [6] L. 12 § 3 D. de captiv. 49, 15.

[7] A. a. O. S. 99.

tiar. 23, 3 Julian sagt, die Kinder könnten *ante triennium captivitatis* eine Ehe eingehen, sofern nur der Vater keine gegründeten Bedenken gegen die Wahl des Kindes geltend machen könnte. Das ist also eigentlich das gerade Gegenteil von dem, was Ulpian und Tryphonin sagen, denn daß überhaupt das Kind *medio tempore,* auch nach Ablauf des *triennium,* keine Ehe eingehen soll, von der es sich sagen kann, daß der Vater sie nicht genehmigen würde, scheint mir nach der Argumentation Tryphonins nicht zweifelhaft zu sein. Dieser sagt, wenn der Vater auch nicht konsentiere, so dissentiere er doch nicht. Bei einer nicht annehmbaren Partie könnte man aber sagen, er würde, wenn er da wäre, dissentieren. Es sprechen nun auch andere sprachliche, von BECHMANN[1] hervorgehobene Gründe dafür, daß die l. 11 cit. ungeschickt interpoliert ist. Julian hat gewiß ursprünglich auch gesagt, daß das Kind *non ante triennium* heiraten könne, und dieses *non* ist durch Nachlässigkeit des Interpolators oder Abschreibers weggeblieben. Noch unzweifelhafter wird dies dadurch, daß nach der jetzigen Fassung der Stelle dasselbe gesagt ist für den Fall, daß das Kind *ante triennium absentiae patris* heirate; während doch in der vorhergehenden l. 10 (von Paulus) die Heirat erst nach Ablauf eines *triennium absentiae* zugelassen wird. Es fragt sich, was die Veranlassung zu einer Interpolation gegeben. Woher die Bestimmung der drei Jahre rührt, wissen wir nicht. BRUNS[2] nimmt an, die drei Jahre seien nicht ursprünglich allgemein für jeden Fall der Abwesenheit angesetzt, sondern nur von den Kriegsgefangenen auf andere Abwesende und Verschollene übertragen. Umgekehrt nimmt BECHMANN an, jene drei Jahre seien erst im Wege der Interpolation von der einfachen Abwesenheit auf die Gefangenschaft übertragen. Meines Erachtens ist BRUNS beizustimmen. Daß für die bloße Abwesenheit, bezw. Verschollenheit eine solche Bestimmung zur Zeit der klassischen Juristen nicht existierte, ist, meine ich, noch aus l. 10 D. de r. n. 23, 2 zu erkennen. Paulus sagt hier: *Si ita pater absit, ut ignoretur ubi sit et an sit, quid faciendum est, merito dubitatur.* Wie könnte er die ihn beschäftigende Frage als zweifelhaft bezeichnen, wenn die dann folgende positive Bestimmung damals schon für den Fall der *absentia* des Vaters bestanden hätte? Auch die sprachliche Fassung des zweiten Satzes, der Pleonasmus *matrimonium vel nuptias legitimas,* weist auf die Kompilatoren. Auch Julian hat in l. 11 wohl nur von dem Fall der Gefangenschaft gesprochen, und die Kompilatoren haben erst den der *absentia* eingeschoben, in nachlässiger und ungeschickter Weise.

Anch bei der Vormundschaft erheischte das praktische Bedürfnis eine Abweichung von den regelmäßigen Grundsätzen. Gerät der Tutor in Gefangenschaft, so wird die Tutel beendigt, und es wird nicht etwa wegen der *spes postliminii* die *actio tutelae* gegen die *fideiussores, qui pro eo rem salvam fore spoponderint* hinausgeschoben, weil dies entschieden gegen das Interesse der Pupillen verstoßen würde.[3] Man hat gefragt, wie überhaupt der Gefangene in der

[1] A. a. O. S. 19. [2] A. a. O. S. 99.

[3] L. 7 § 1, l. 8 D. de tutelae 27, 3. L. 4 § 5 D. rem pupilli salvam 46, 6. Gegen die Möglichkeit, Bürgen eines *ab hostibus captus* während der Dauer der Gefangenschaft zu belangen, scheint eine Entscheidung Papinians in l. 5 pr. D. ut legat. 36, 3 zu sprechen. Vielleicht erklärt sich aber dieselbe aus der besondern Fassung der *verba stipulationis*, auf welche Papinian auch Bezug nimmt. Papinian hatte in seiner Quästionensammlung die Stipulation ohne Zweifel vorher mitgeteilt, von den Kompilatoren ist sie weggelassen. Es deuten aber die Worte „*proposita stipulatione*" darauf hin. Es darf daher nicht mit CUJACIUS *proposita* in *praetoria* abgeändert werden, so nahe diese Änderung zu liegen scheint.

Zwischenzeit als Schuldner gelten könne? Stelle man sich auf den Standpunkt des ältern Rechts vor der *lex Cornelia*, so sei und bleibe die Obligation untergegangen, falls der Gefangene in diesem Zustand sterbe. Indessen hat man wohl nie, solange es ein *ius postliminii* gab, angenommen, daß das Vermögen des *captivus* dadurch, daß er *servus hostium* werde, auseinanderfalle. Gerade mit Rücksicht darauf, daß das Sklavsein zunächst nur ein provisorisches, noch nicht ein definitives war, sah man es bezüglich dessen, *qui apud hostes erat*, in diesem Zwischenstadium als *in pendenti* an, ob das Rechtssubjekt vorhanden sei, welcher Anschauung gemäß auch die Rechte und Verbindlichkeiten als pendente angesehen wurden. Man ließ es also zu, daß ein Sklave *ei, qui apud hostes est, stipulari potest*, der *servus* konnte die *stipulatio* geradezu auf den *apud hostes* befindlichen *dominus* verstellen. Er konnte auch eine *acceptilatio* für ihn eingehen,[1] es war später ein *constitutum* in Bezug auf eine Schuld desselben möglich.[2] Geklagt werden konnte natürlich nicht gegen den *apud hostes* Befindlichen. Solange es noch keine Stellvertretung im Prozeß gab, mußte dies praktische Übelstände zur Folge haben. Sofern der *apud hostes* befindliche Schuldner als *indefensus* gelten mußte, konnten die Gläubiger eine *missio in bona* desselben erlangen, aber die *venditio bonorum* wurde ihnen bis zu seiner Rückkehr nicht gestattet.[3] Damit war den Gläubigern, aber nicht den *apud hostes* Befindlichen selbst geholfen. Für einen dringenden Fall griff eine *lex Hostilia* ein. Sie gewährte aus einem *furtum* eine Popularklage *eorum nomine, qui apud hostes essent aut reipublicae nomine abessent quive in eorum cuius tutela essent.*[4] Ein Fortschritt auch für die Verhältnisse des *apud hostes* Befindlichen ergab sich mit der Einführung des Formularprozesses. Aus den Schulden des *apud hostes* Befindlichen konnte jetzt ein freiwilliger *defensor* oder ein für die *bona* desselben bestellter *curator* belangt werden (L. 7 § 1 D. de tutelae et rat. distr. 27, 3: *Si tutor in hostium potestatem pervenerit — — si quis existat defensor eius, qui paratus est suscipere iudicium tutelae, vel si quis sit curator bonis eius constitutus, recte convenientur).* Die *intentio* mußte bei solchen Klagen gegen den *defensor* oder den *curator* aus der Person des *apud hostes* Befindlichen, der aber als solcher zu bezeichnen war, entnommen werden.[5]

Das *ius postliminii* bezieht sich nur auf die rechtliche Stellung und die Rechte, welche der *reversus* vor seinem Geraten in die Sklaverei gehabt hat, nicht auf das, was er während der *captivitas* vorgenommen hat. Es erstreckt sich also namentlich das *postliminium* nicht auf die während der Gefangenschaft erzeugten Kinder, wovon erst in späterer Kaiserzeit eine Ausnahme zugelassen ist;[6] die während der Gefangenschaft getroffene letztwillige Verfügung ist und bleibt nichtig,[7] wovon auch erst in der Kaiserzeit eine Ausnahme zugelassen ist.[8] Auch Vornahme sonstiger Rechtsgeschäfte, insbesondere obligatorischer,

[1] L. 11 D. de v. o. 45, 1. L. 73 § 1 eod. tit. L. 25 D. de st. s. 45, 3. L. 13 § 2 D. de acceptil. 46, 4.

[2] L. 11 pr. D. de p. c. 13, 5.

[3] L. 6 § 2 D. quib. e. c. 42, 4. L. 39 § 1 D. de rebus auct. j. 42, 5.

[4] Pr. I. de his, per quos agere 4, 10.

[5] Die Möglichkeit einer Klage für die Person des zukünftig Berechtigten nimmt an Ihering in seinen Jahrbüchern X, S. 432.

[6] Vgl. Bechmann, a. a. O. S. 48 f.

[7] Paul. S. III, 4a, § 8. Ulp. XXIII, 5. L. 10 D. de test. mil. 29, 1. L. 1 pr. D. de leg. III u. a. St.

[8] L. 12 § 5 D. h. t.

durch den *captivus* ist unmöglich, sie können nicht *iure postliminii* gültig werden.

Starb der *captivus* in feindlicher Gefangenschaft, so hatte der provisorische Zustand auch ein Ende. Das alte Recht ließ es dabei bewenden, daß er als Sklave gestorben sei, von einer Beerbung *ex testamento* oder *ab intestato* konnte daher nicht die Rede sein. Erst eine *lex Cornelia* hat eine Beerbung der *apud hostes* Gestorbenen möglich gemacht. Welcher Zeit und welchem Urheber dieselbe angehört, ist nicht bekannt. Gewöhnlich sieht man jetzt den Diktator Sulla als den Urheber an.[1] Dieses Gesetz stellte die sog. *fictio legis Corneliae* auf, es machte eine Beerbung des *captivus* aus dem von ihm noch vor seinem Geraten in Sklaverei errichteten Testament, sowie eine Intestaterbfolge in das von ihm zurückgelassene Vermögen dadurch möglich, daß es anordnete, es solle so angesehen werden, als sei der Gestorbene nicht *in hostium potestatem* gekommen.[2] Die L. 22 pr. D. h. t. zeigt zum Teil noch den Wortlaut des Gesetzes, sie zeigt durch die Worte *idemque ius et eandem causam* u. s. w., daß das Gesetz die bekannte Redewendung *siremps lex ius res causaque omnibus omnium rerum esto* u. s. w. gebraucht hat. Das Gesetz selbst macht die Fiktion, es überläßt nicht etwa der Jurisdiktion, dieselbe zu machen. Der *ex lege Cornelia* Berufene wird daher civilrechtlicher *heres* des *apud hostes* Verstorbenen: *fictio legis Corneliae et hereditatem et heredem facit* (L. 18 D. ad leg. Falcid. 35, 2). Die *lex Cornelia* selbst ordnet ihre Fiktion nur für ganz bestimmte Verhältnisse an. In Bezug auf das noch *in civitate* gemachte Testament des Verstorbenen, bezw. die Intestatbeerbung[3] und gewisse *tutelae* sollte es, wenn er *apud hostes* verstarb, so angesehen werden, als sei er *ex eo tempere, quo captus est,* verstorben. Dies ließ immerhin Zweifeln Raum, ob auch in Bezug auf andere Rechtsverhältnisse, so in Bezug auf die Frage, ob die zurückgebliebenen Kinder als in väterlicher Gewalt befindlich oder als *sui iuris* anzusehen seien, jene Rückziehung anzunehmen sei oder nicht (Gai I, 129. l. 12 § 1 D. de capt. 49, 15). Es drang dann aber die Ansicht durch, welche Ulpian in l. 18 D. h. t. ausspricht: *In omnibus partibus iuris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, quum captus est.* Die *lex Cornelia* hat nicht bloß die *testamenta* und die *legitimae hereditates* der *apud hostes* Gestorbenen konfirmiert, sondern sie hat auch über die *tutelae* etwas angeordnet. Diese Bestimmung hat sich aber unmöglich, wie Bechmann[4] annimmt, auf die letztwillig angeordneten Vormundschaften bezogen, denn Paull. R. S. III, 4[a] §. 8 sagt ausdrücklich: — *qua lege etiam legitimae tutelae hereditatesque confirmantur.* Für die letztwillig angeordneten Vormundschaften war eine besondere Bestätigung ganz überflüssig, da sie mit den Testamenten als solchen konfirmiert waren. Was ist aber unter den bestätigten *legitimae tutelae* zu verstehen? Natürlich ist nicht zu denken an eine Tutel, welche der *captivus* hatte, oder

[1] Vgl. Hase, a. a. O. S. 192 ff. Rudorff, Röm. Rechtsgesch. I, S. 92.

[2] L. 10—12, 18, 22 D. h. t. L. 15 pr. D. de usurp. 41, 3. § 3 I. quib. non est p. 2, 12. Ulp. XXIII, 5. Paul. S. III, 4a, § 8.

[3] Buhl, Salvius Julianus S. 255 f., nimmt an, die *lex Cornelia* selbst habe sich nur mit der testamentarischen, nicht auch mit der Intestaterbfolge des *apud hostes* Verstorbenen beschäftigt, die Geltung ihrer Bestimmung auch für die letztere sei das Ergebnis analoger Anwendung. Indessen l. 22 pr. D. h. t. scheint mir nur von den eigenen Bestimmungen der *lex Cornelia* zu sprechen, und unter den *hi, de quorum hereditatibus — constituebatur,* dürfen nicht bloß Testatoren verstanden werden, auch die *lex constituit.* Vgl. auch l. 1 § 1 C. de postlim. 8, 50 (51).

[4] A. a. O. S. 87.

in welcher er stand, denn beide sind durch das Geraten in Gefangenschaft beendigt, waren aber bis zum Moment der Gefangennehmung völlig gültig. Es ist meines Erachtens zu denken an die *legitimae tulelae* über die *in civitate* zurückgelassenen Kinder, welche infolge des Todes des *apud hostes* Verstorbenen nötig werden: sie sollen so deferiert werden, wie wenn er in *civitate* gestorben wäre.

Neben dem *postliminium* für Personen giebt es seit alter Zeit ein auf Sachen bezügliches. Auch vom Feind okkupierte und in dessen Eigentum gelangte Sachen können *iure postliminii* wieder in das frühere Rechtsverhältnis, in welchem sie standen, eintreten. Die Voraussetzungen des *postliminium* sind hier im ganzen dieselben, wie bei den auf Personen bezüglichen, nur kann bei Sachen nicht die *mens remanendi* verlangt werden. Bei Sklaven wäre dies an sich wohl möglich gewesen, und so scheint Labeo nach l. 30 D. h. t. auch angenommen zu haben, daß, wenn ein von den Feinden gefangener römischer Sklave *ad nos redeundi causa profugit ab hostibus* und *intra fines imperii nostri esse coepit*, damit die Voraussetzungen des *postliminii* erfüllt seien. Diese Annahme war aber unrichtig. Er war noch nicht *postliminio* zurückgekehrt, solange er weder in die *potestas* seines frühern Herrn zurückgekehrt war, noch irgend einem andern diente. Andererseits hinderte das Fehlen des *animus remanendi* das Platzgreifen des *postliminium* beim *servus* nicht, denn, wenn er etwa, bei den Feinden freigelassen, in der Absicht zurückgekommen war, *ut ad illos reverteretur*, so konnten diese Freilassung und der *animus ad hostes revertendi* die *postliminio* wieder erwachten Rechte des römischen Herrn nicht beeinträchtigen. Nur auf bestimmte Sachen[1] fand das *postliminium* Anwendung: auf Sklaven, auf Schiffe (und zwar Kriegsschiffe und Transportschiffe, nicht Fischerkähne und zu Vergnügungsfahrten dienende leichte Schiffe), sodann Pferde, die schon eingelernt und kriegstüchtig sind, *frenis patientes*, Maultiere, welche Saumsättel tragen (*clitellarii*). Warum gerade diese Sachen als des *postliminium* fähig anerkannt sind, deutet Paulus in l. 19 § 10 D. de capt. 49, 15 an: *nec enim solum postliminio recipiuntur, qui pugnare possunt, sed omnes homines, quia eius naturae sunt, ut usui esse vel consilio vel aliis modis possint.* Vergegenwärtigt man sich dabei, daß das *postliminium* nur während des Krieges stattfindet, so ergiebt sich als Resultat, daß nur auf die Sachen, welche direkt für die Kriegführung brauchbar sind, das *ius postliminii* Anwendung findet. Auch Marcellus sagt in l. 2 D. eod. tit., daß auf die *naves longae et onerariae* das *postliminium propter belli usum* Anwendung finde. Die Juristen sehen es daher auch als besonderer Begründung bedürftig an, daß auf *arma* und *vestes* das *postliminium* nicht Anwendung finde. Sie sollen demselben deshalb entzogen sein, weil sie *non sine flagitio, turpiter amittantur.*[2] Auf Grundstücke, die ja nicht *ex praesidiis nostris in praesidia hostium* fortgeschafft werden konnten, findet streng genommen der Begriff des *postliminium* keine Anwendung, doch gehört der *ager ab hostibus captus* nach Wiedererwerbung desselben nicht etwa zum *ager ex hostibus captus*, welcher zum *ager publicus* geschlagen wird, sondern er fällt zurück in das Eigentum des frühern *domini* (l. 20 § 1 D. h. t.). Darin besteht die Wirkung des *postliminium* bei Sachen, daß sie in das Eigentum des frühern Eigentümers bezw. seiner Successoren zurückfallen. Aber auch sonst leben die der Sache früher anklebenden rechtlichen Qualitäten wieder auf, wie ein *ususfructus* an der

[1] Cic. Top. c. 8. Fest. s. v. postliminium receptum p. 218. L. 2 u. 3 D. h. t.
[2] L. 2 § 2 D. h. t.

Sache,[1] befreite frühere *loca religiosa* und *sacra* nehmen diese Eigenschaft wieder an,[2] die *res furtiva* gilt auch wieder als solche.[3]

Personen sowohl als Sachen, auf welche das *postliminium* Anwendung findet, können durch Loskauf, *redemtio,* befreit werden, welchen Falls eigentümliche Grundsätze gelten. Auch dabei sind wieder Personen und Sachen zu unterscheiden. Ein *commercio redemtus*, d. h. wer durch einen Preis oder Hingeben eines sonstigen Vermögensobjekts vom Feinde losgekauft war, trat auch, wenn die sonstigen Voraussetzungen des *postliminium* vorhanden waren, doch nicht sofort in seine frühere Rechtsstellung wieder ein. Zunächst wird dem *redemtor* ein gewisses, das *postliminium* noch suspendierendes Recht an dem *redemptus* zugeschrieben. Solches Recht wird aber nicht anerkannt, wenn der *captivus sine ullo contractu* freiwillig von den Feinden zurückgegeben,[4] wenn der *redemtus* von einem nahen Angehörigen *pro pietatis ratione* losgekauft ist,[5] wenn der *redemtor* dem Losgekauften die Loskaufsumme schenkungsweise erlassen hat, was z. B. auch anzunehmen ist, wenn er die *redemta* heiratet.[6] Abgesehen von solchen Fällen besteht das Recht des *redemtor* am *redemtus* bis zur Luition, d. h. bis zur Zahlung des Loskaufpreises.[7] Es fragt sich, in welcher rechtlichen Lage der *redemtus* sich bis zu diesem Moment befindet. Man hat wohl gesagt,[8] bis zur Zahlung der Redemtionssumme bleibe in den rechtlichen Verhältnissen des *redemtus* alles so bestehen, wie es während der Gefangenschaft bestanden hatte. Dann würde er also nach wie vor Sklave sein und nur den Herrn gewechselt haben. Das ist entschieden falsch. Seine Freiheit, wenn auch eine beschränkte, erlangt der *redemtus* schon durch die Redemtion wieder. Daß die *redemti* nicht vollfrei, aber doch auch nicht Sklaven[9] sind, zeigt ihre Zusammenstellung mit denen, *qui status controversiam patiuntur*, und denen, *qui ingenui bona fide serviunt,* welche alle nicht *per id tempus nomen militiae dare* können.[10] Die Freiheit des *redemtus* wird auch dadurch bewiesen, daß das *interdictum de homine libero exhibendo* (*Quem liberum dolo malo retines, exhibeas*) gegen den *redemtor* nur deshalb nicht zulässig sein soll, weil er „*non dolo malo facit*".[11] In einem Reskript Gordians vom Jahre 241 wird geradezu gesagt: *Ab hostibus redempti, quoad exsolvatur pretium, in causam pignoris constituti quam in servilem condicionem videntur esse detrusi.*[12] Ein bloßes Retentionsrecht des *redemtor* an den *redemtus* ist auch nicht anzunehmen, denn wenn der *redemtus* sich faktisch dem *redemtor* entzogen hatte, konnte sicher der letztere den Schutz der Obrigkeit zur Herstellung auch seiner faktischen Gewalt über den *redemtus* anrufen. Die Römer bezeichnen das Recht des *redemtor* an dem *redemtus* als ein *ius pignoris* (l. 15, l. 19 § 9 D. h. t.), *causa pignoris, velut naturalis pignoris vinculum* (l. 2 C. de postliminio 8, 50 [51], *vinculum pignoris (passim).* Der Ausdruck *luitio*, der mehrfach für die Zahlung der Redemtionssumme gebraucht wird, weist nicht minder auf die Vorstellung eines Pfandrechts hin. Auch eine *potestas* wird dem *redemtor* bis zur Zahlung der Redemtionssumme zugeschrieben, wobei aber ausdrücklich darauf hingewiesen wird, daß der *redemtus* kein Sklave sei: *quamvis placeat hunc servum non esse, sed vinculo quodam reti-*

[1] L. 26 D. quib. mod. ususfr. 7, 4. [2] L. 26 D. de relig. 11, 7. [3] L. 27 D. h. t.
[4] L. 5 C. de postliminio 8, 50 (51). [5] L. 17 §§ 1 u. 2 C. h. t.
[6] L. 2, 11, 13 C. h. t. L. 21 pr. D. h. t. [7] L. 1 u. 7 C. h. t.
[8] Hase, a. a. O. S. 163 f. und die dort angeführten älteren Schriftsteller.
[9] Vgl. namentl. L. 20 § 1 D. qui test. f. 28, 1. L. 41 § 3 D. de leg. III. Bachofen, Pfandrecht S. 274.
[10] L. 8 D. de re militari 49, 16. [11] L. 3 § 3 D. de homine l. e. 43, 29.
[12] L. 2 C. h. t.

neri, donec pretium solvat (l. 20 § 1 D. qui testamenta facere 28, 1). Aus jener *potestas* wird aber doch gefolgert, daß der *redemtus* nicht bei der Errichtung des Testaments des *redemtor* als Zeuge zugezogen werden könne. Zu verkennen ist nicht, daß dieses *ius pignoris* etwas Anomales hat, wie dies denn auch in dem Ausdruck „*velut naturalis pignoris vinculum*" deutlich anerkannt wird. Es besteht an einer immerhin freien Person: die Forderung, zu deren Sicherung dieses *ius pignoris* dienen soll, geht gegen dieselbe Person, an welcher es besteht, aber eine Klage zur Geltendmachung derselben ist durch die *potestas* des *redemtor* über den *redemtus* ausgeschlossen, und ein Untergehen des *ius pignoris* ist immer notwendig mit dem Untergang des Anspruchs auf die Redemtionssumme verbunden.[1] — Solange die Luition nicht erfolgt ist, ist das *postliminium* suspendiert, ein losgekaufter Vater z. B. hat also die väterliche Gewalt über seine zurückgelassenen Kinder noch nicht wiedererlangt, auch seine früheren Vermögensrechte hat der *redemtus* noch nicht wiedererlangt, er hat also, streng genommen, nichts Eigenes, womit er die Luition vornehmen könnte. Ein losgekaufter früherer Haussohn fällt vor der Luition nicht in die *patria potestas* zurück. Stirbt der Vater vor der Luition, so steht zwar der *redemtus* dem Nachrücken der Enkel entgegen, aber er kann doch vor der Luition nicht als *suus heres* eintreten. Nur *favore ingenuitatis* wurde es später zugelassen, daß der *redemtus* sein Recht auf eine ihm angefallene Erbschaft geltend machen könne, um daraus die Luition vornehmen zu können.[2] Fraglich war, ob der Anspruch auf die Redemtionssumme mit dem Tode des *redemtus* erlösche. Zwei Auffassungen machten sich hier geltend. Die eine ging dahin, der *filius* des *redemtus* könne noch nach dessen Tode die Redemtionssumme offerieren, was die Wirkung habe, daß jetzt noch das *postliminium* Platz greife und er als *suus heres* das zurückgelassene Vermögen des verstorbenen Vaters erhalte. Die andere Ansicht, welche als die richtige bezeichnet wird, nahm an, daß mit dem Tode des *redemtus* das *ius pignoris* erlösche und er damit noch selbst als *postliminio* in seine frühere Stellung wiedereingetreten angesehen werden könne.[3] War er also *filius*, so konnte er *statu recepto* selbst noch *ipso iure* seinen inzwischen verstorbenen Vater als *suus* beerben, sodaß die Enkel nicht nachrückten.[4] Seine Kinder aber konnten ihn ohne Zahlung der Redemtionssumme ohne weiteres als *sui* beerben. — Die Kinder, welche eine *redempta* während dieses Stadiums gebar, fielen nicht etwa in die Gewalt des *redemtor*, sie waren frei geboren.[5] Der *redemtor* konnte übrigens sein *ius pignoris* einem andern verkaufen, cedieren, doch konnte der Käufer von dem *redemtus* nicht mehr als die ursprüngliche Redemtionssumme verlangen.[6] Für den Fall, daß jemand eine von den Feinden okkupierte Sache, auf welche das *postliminium* anwendbar war, loskaufte, z. B. einen Sklaven, wird bezüglich der Rechte des *redemtor* ein Unterschied gemacht zwischen dem Recht, welches eine von Tryphonin[7] in Bezug genommene *constitutio de redemtis lata* eingeführt habe, und dem älteren Recht. Diese *constitutio* sprach dem *redemtor*, einerlei ob er gewußt habe, daß die losgekaufte Sache eine dem *postliminium* unterworfene sei oder nicht, das Eigentum derselben zu bis zur Luition durch den frühern *dominus*. Ausdrücklich sagt Tryphonin, daß erst die Konstitution dem *redemtor* das Eigentum an dem losgekauften Sklaven zugesprochen, und daß sie seine Stellung habe

[1] L. 15 D. h. t. [2] L. 15 C. h. t. [3] L. 15 D. h. t. [4] L. 1 § 4 D. de suis 38, 16.
[5] L. 16 C. h. t. [6] L. 19 § 9 D. h. t. [7] L. 12 §§ 7 flg. D. h. t.

verbessern wollen. Daraus ist also zu entnehmen, daß nach dem ältern Recht der *redemtor* nicht sofort Eigentümer wurde. Hatte er *ignorans captivum, existimans vendentis esse* gekauft, so konnte er ohne Zweifel durch Usukapion das Eigentum erwerben, womit denn auch das Luitionsrecht erlosch. Hatte aber jemand wissentlich einen *servus captivus* losgekauft, so konnte er nicht usukapieren, sein Recht an dem Sklaven war dann wohl bloß eine Art Pfandrecht, ähnlich dem an dem *liber redemptus,* wenngleich das Eigentum des frühern Eigentümers erst mit der Luition wiederauflebte. Ein Recht auf den Erwerb des *servus redemtus* hatte der *redemtor* nach älterem Recht wohl nicht, sein *ius pignoris* wird sich auch darauf erstreckt haben, nach erfolgter Luition wird aber derselbe dem frühern *dominus* herauszugeben gewesen sein. Jene Konstitution verbesserte die Stellung des *redemtor* nicht bloß formell, sondern auch materiell, denn der Erwerb der *servus redemtus* fiel, während er im Eigentum des *redemptor* stand, an diesen. Nach Tryphonins Entscheidung soll der frühere Eigentümer das Luitionsrecht dem *redemtor* gegenüber, welcher den Sklaven jenes *ignorans captivum esse* gekauft hatte, nach Ablauf der Usukapionszeit nicht mehr haben.[1] In der Frage, ob Freilassung von seiten des *redemtor* dem Sklaven die Freiheit verschaffe oder ihn in das Recht des frühern Herrn zurückfallen lasse, wird mit Rücksicht auf den *institutus a maioribus libertatis favor* für das erstere entschieden.[2] Noch zu manchen anderen Fragen, auf die hier nicht weiter eingegangen werden kann, bot das Verhältnis des *redemtor* zu früheren an der losgekauften Sache Berechtigten Veranlassung.

Neben den aus dem *ius gentium* hergeleiteten Entstehungsgründen der Sklaverei gab es schon seit alters solche, die dem römischen Recht eigentümlich waren. Es sind die, in denen, wie schon früher angegeben wurde, das *postliminium* ausgeschlossen war. Sklave wurde, *quem suus pater populusve vendidit, aut pater patratus dedidit.*[3] Zunächst wurde also Sklave das Hauskind, welches der Gewalthaber nach auswärts verkaufte, ebenso aber auch der dem Gläubiger addicierte Schuldner, welchen dieser *trans Tiberim* verkaufte.[4] Fälle des Verkaufs durch den *populus* sind die des *incensus* und des *infrequens,* dessen, der sich dem *census* und dem *delectus,* also der Erfüllung der wichtigsten Bürgerpflichten, entzog. Die Form der Versetzung in die Sklaverei war auch hier Verkauf ins Ausland, Auch der vom *pater patratus* dem andern Volk durch völkerrechtliche *deditio* Übergebene wurde Sklave. Fraglich war, ob der *fur manifestus* durch die *addictio* an den Bestohlenen Sklave wurde. Es wird bei anderer Gelegenheit darauf zurückzukommen sein.

3. Beendigungsgründe der Sklaverei.

§ 9. Aufgehoben wurde das Sklavsein durch Freilassung, *manumissio.* Zu der römischen Auffassung derselben werden wir uns durch die Betrachtung der Auffassung neuerer Forscher den Weg zu bahnen haben. Nach Vangerow[5] besteht das Wesentliche der Freiheit darin, daß jemand Objekt dinglichen Rechts nicht für andere, wohl aber für sich selbst ist, daß er sich also selbst im Eigentum habe.

---

[1] Auf den Inhalt der *constitutio, quae de redemptis lata est,* werde ich bei der Darstellung der Usukapionslehre zurückkommen und dort das hier Gesagte vervollständigen.

[2] L. 12 § 9 D. h. t. L. 71 pr. D. de a. v. o. h. 29, 2.

[3] Cic. de Or. I, 40, 181. II, 32, 137. p. Caec. 34. [4] Gell. XX, 1, 47.

[5] Über d. Latini Juniani S. 67 ff.

Näher wird das noch so ausgeführt. In jedem Menschen, wird gesagt, müssen zwei Elemente unterschieden werden, das Tierische und der Wille. In der ersten Beziehung ist jeder Mensch Objekt des Eigentumsrechts, und je nachdem dieses Recht ihm selbst oder einem andern zusteht, ist er entweder frei oder Sklave. In der zweiten Rücksicht ist der Mensch Objekt des *ius* im technischen Sinne, dessen Wesen in der privatrechtlichen Herrschaft über den Willen besteht u. s. w. Es leidet danach keinen Zweifel, daß Vangerow ganz ernstlich die Freiheit einmal als Eigentum an sich selbst als tierischem Wesen, sodann und daneben als *ius* über sich selbst, über den eigenen Willen ansieht. Danach ist denn auch Manumission nichts Anderes, als Übertragung des Eigentums am Sklaven an ihn selbst. Diese Auffassung ist eine in sich widerspruchsvolle und durchaus unrömische. Das Gegensätzliche, was in einem Wesen nicht zusammenfallen kann, Subjekt und Objekt desselben Rechts zu sein, soll in dem Begriff der Freiheit vereinigt sein. Vangerow selbst gesteht zu, daß zu einer solchen Übertragung vor allen Dingen nötig war, daß erst die durch die *potestas* gefesselte Persönlichkeit des Sklaven freigegeben wurde. Aber damit ist ja dann das Ziel der Freilassung schon erreicht wenn man dieses Freigeben nicht als ein bloßes Derelinquieren des Sklaven auffaßt. Der bloß derelinquierte Sklave ist in Bezug auf Rechtsfähigkeit um nichts besser gestellt, als bisher. Soll also das Freigeben als ein wirkliches Rechtsfähigmachen verstanden werden, so hat nun der Freilasser nach Aufhebung seiner *potestas*, mit welcher auch sein Eigentum erloschen ist, nichts weiter zu verleihen, und der in diesem Sinne von der *potestas* Befreite braucht auch nichts weiter zur Freiheit. Daß die Auffassung Vangerows unrömisch sei, ist danach eigentlich selbstverständlich. Sie hat meines Erachtens auch nicht einen Kern von Wahrheit, den man ihr neuerdings wieder hat zuerkennen wollen.[1] Dafür darf nicht angeführt werden, daß der Freie von den Römern als *sui iuris, suae potestatis, in sua potestate* befindlich bezeichnet wird, denn in dieser, wie Pernice richtig sagt, ganz sinnlichen römischen Vorstellung ist juristisch doch nur die persönliche Selbständigkeit enthalten. Es ist nicht daraus die römische Ansicht eines Unterworfenseins unter das eigene Recht, eines Ergriffenseins der eigenen Person von dem Nexus eines der Person selbst zustehenden Rechts zu entnehmen. Die Konstruktion, daß dem *liber homo* die *potestas* an sich selbst zustehe, soll sich freilich auch institutionell ausprägen, indem die Verpflichtung aus der *noxa* mit der Manumission des Delinquenten auf ihn selbst übergehe, weil dieser Successor in die *potestas* über sich selbst sei. Wäre er aber wirklich Objekt einer ihm selbst über sich zustehenden *potestas*, so müßte er sich auch selbst *noxae* dedieren können. Das *suae potestatis esse* ist in der That nichts Anderes, als sinnliche Verstellung des persönlich Selbständigseins. Wenn nun gar bei Dichtern und anderen nicht juristischen Schriftstellern der Freie mit Ausdrücken, wie *suus est*, bezeichnet wird, so handelt es sich dabei gegenüber jenen in den Rechtsquellen vorkommenden Bezeichnungen nur um eine unjuristische Vorstellungs- und Ausdrucksweise, nicht etwa um eine jüngere Auffassung gegenüber der ältern, wie schon die dafür beigebrachten Belege zeigen. Den Fehler Vangerows vermeidet die

[1] Pernice, Labeo I S. 111, A. 1; Hölder, Beiträge z. Gesch. des römischen Erbrechts S. 4 ff.; Voigt, Die XII Tafeln II, S. 64 f.

Auffassung,[1] wonach die *manumissio* die Umwandlung aus einer Sache in eine Person ist, erfolgend durch einen Willensakt ihres Eigentümers. Aber genügenden Aufschluß über das innere Wesen des Vorgangs giebt sie uns nicht. Wie ist es denn möglich, daß aus einer bloßen Sache durch die Willkür des Eigentümers eine Person geschaffen werde? Sieht man in dem Sklaven nur die Sache, so kann man meines Erachtens nie das Wesen der Manumission begreiflich machen. Aber der Sklave ist, wie früher zu zeigen versucht wurde, schon als Sklave rechtlich ein Zwitterwesen: er ist nicht bloß *res, homo,* er ist daneben *persona,* wenn auch nur *servilis,* er hat eine aus der des Herrn abgeleitete Persönlichkeit. Nur sofern er *persona servilis* ist, in der *potestas* eines Herrn ist, nicht als herrenloser, kann der Sklave zur Freiheit gelangen. Das trotz seiner Sachqualität doch immerhin willens- und handlungsfähige Wesen, welches für den Herrn erwerben kann, birgt den Keim der selbständigen Persönlichkeit schon in sich; es kann vom Herrn vermöge seiner *potestas* aus einem nur den Interessen und Bedürfnissen seiner *familia* sächlich dienenden Wesen zu einem Wesen mit selbständigem Interessenkreis gemacht werden. — Daran dürfen wir wohl nicht zweifeln, daß die Manumission ein dem ältesten römischen Recht fremdes Institut war: eine den Menschen von Grund aus ergreifende rechtliche Qualität, wie das Sklavsein, war den ursprünglichen Anschauungen nach endlos. Solange Bürgerrecht und Patriziat identisch war, kann niemand durch Freilassung das Bürgerrecht erlangt haben. Erst seitdem mit der Ausbildung der servianischen Verfassung unter den Bürgern im weitern Sinne der Gegensatz der in und außerhalb der Tribus bezw. Klassen Befindlichen sich gebildet hatte, kann die Freilassung als Rechtsinstitut aufgekommen sein, denn der Freigelassene gehörte zunächst zu den außer den Tribus befindlichen Bürgern. Das hindert aber nicht die Annahme, daß doch schon zur Königszeit die Freilassung als ein Rechtsinstitut aufgekommen sei. Über die Frage, welche der drei demnächst zu erörternden Formen (der *manumissio vindicta, censu, testamento*) die ältere sei, lassen sich auch nur Vermutungen aufstellen. Die *manumissio vindicta* verrät sich schon dadurch, daß sie eine Anwendung des künstlich durch die (pontifizische) Jurisprudenz geschaffenen Gebildes des Scheinprozesses ist, als nicht ganz frühen Ursprungs. Jene Erzählung, nach welcher der Name der *manumissio vindicta* von einem Sklaven Namens Vindicius herrühren soll, welcher zur Belohnung für die nach Vertreibung des letzten Tarquinius entdeckte Verschwörung auf diese Weise die Freiheit erlangt haben sollte,[2] deutet auf eine Einführung dieser Form in den ersten Zeiten der Republik hin. Ebenso wie die *manumissio vindicta* hat auch die *manumissio censu* etwas Künstliches, sie enthält eine Simulation, welche als solche natürlich allen Beteiligten erkennbar ist und sein soll: hier, wie dort, findet simulierte Assertion der Freiheit vor einem Magistrat in Gegenwart des Herrn und Anerkennung derselben durch den Magistrat statt. Die *manumissio censu* dürfte daher nicht vor der *manumissio vindicta* aufgekommen sein. Nichts derart Künstliches bietet in ihrer Erscheinung die *manumissio testamento* dar. Sie ist durchaus ein originärer Rechtsakt, denn daß sie, wie jede letztwillige Disposition, in einem Testament geschehen muß, nimmt ihr diesen Charakter nicht.

[1] Huschke, Nexum S. 35, A. 40. A. Schmidt, Zur Lehre von d. Wirkung der Rechtsgeschäfte (Leipz. Programm 1888) S. 22, A. 38. Ihering, Geist II, 1², S. 158.

[2] Liv. II, 5. Plutarch in Poplic. 7. Serv. ad Aen. VI, 819. Schol. ad Juven. VIII, 267. L. 2 § 24 D. de or. jur. 1, 2.

Daß sie erst durch die XII Tafeln eingeführt sei, ist eine durchaus unbegründete Annahme. Im Gegenteil weist der Umstand, daß die Rechtsfigur des *statuliber*, des bedingt Freigelassenen den XII Tafeln schon bekannt ist, darauf hin, daß die testamentarische Freilassung zur Zeit der XII Tafeln etwas seit langer Zeit Bekanntes und schon feiner Ausgebildetes war. Sie scheint die älteste von allen Freilassungsformen zu sein. Auch die Erwägung, daß nach altrömischer Anschauung der römische Bürger durch seine *suprema voluntas* andere und höhere Wirkungen zu erzielen vermochte, als durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden, macht es innerlich wahrscheinlich, daß er die Wirkung, aus einem Sklaven eine selbständige Person zu schaffen, anfänglich nur durch seinen vor dem Volk erklärten letzten Willen erzielen konnte. Der immer stärker hervortretende Wunsch, dasselbe auch durch Akte unter Lebenden erreichen zu können, brachte die juristische Reflexion in Thätigkeit, als deren Produkte jene künstlichen Gebilde der *manumissio vindicta* und *manumissio censu* erscheinen.

Für das Verständnis der zunächst darzustellenden *manumissio vindicta* ist vorauszuschicken, daß der über die *iusta libertas* eines Menschen, dessen Eigentum von einem angeblichen Herrn in Anspruch genommen wurde, entstehende Streit in der Form einer *vindicatio in libertatem*, bezw. *in servitutem* durchzuführen war. Der Mensch, um dessen Freiheit der Streit sich drehte, konnte als mögliches Objekt des von der einen Seite in Anspruch genommenen Eigentums nicht selbst als Prozeßsubjekt auftreten. Entweder trat der Inhaber der *patria potestas* oder *manus* mit Geltendmachung dieses seinen Rechts gegenüber dem Vindikanten *in servitutem* auf, oder für den angeblich schon gewaltfreien römischen Bürger mußte ein anderer *civis romanus* als *vindex libertatis, adsertor in libertatem* auftreten. Wie in anderen Anwendungen, so ist auch hier die zunächst zur Geltendmachung des verletzten oder bedrohten Rechts bestimmte Prozeßform, die *legis actio*, als Scheinprozeß in rechtsgeschäftlicher Funktion zur Begründung von Rechtsverhältnissen verwendet werden. Mitwirken, bezw. zugegen sein bei dem Akt müssen ein *adsertor in libertatem*, der Herr, welcher den Sklaven freilassen wollte, der freizulassende Sklave und ein Magistrat, vor welchem das *lege agere* stattfinden konnte. Der *adsertor in libertatem* mußte als Partei bei einem Rechtsakt, der nur unter *cives romani* vor sich gehen konnte, *civis romanus* sein. Die Liktoren des (hauptstädtischen) Magistrats, von denen einer später in der Regel Bequemlichkeits halber als *adsertor* benutzt wurde, mußten immer freie römische Bürger sein.[1] Die hauptstädtischen Magistrate, bei welchen *vindicta* manumittiert werden konnte, werden besonders vollständig in einer Stelle des Livius 41, 9 aufgezählt: *ut dictator consul interrex censor praetor, qui tunc esset [futurusve esset], apud eorum quem manumitteretur, in libertatem vindicaretur, ut ius iuvandum daret, qui eum manumitteret, civitatis mutandae caussa non manumittere: qui id non iuraret* [lies *de quo id non iuraret] eum manumittendum non censuerunt.* In diesen Worten sind die Manumissionsformen, bei denen ein Magistrat konkurrierte, zusammengefaßt, der *censor* ist natürlich der *manumissio censu* halber genannt, die übrigen, *dictator, consul, interrex, praetor,* sind die, bei welchen *vindicta* manumittiert werden konnte.[2] Im übrigen ist

[1] Liv. II, 55, 3. Lex Cornelia de quaest. I, 7. 12.

[2] Schmidt in dem Freiburger Prorektoratsprogramm 1856 S. 17 erklärt sich dagegen, daß die Worte *in libertatem vindicaretur* auf die *manumissio vindicta* bezogen würden. Zunächst werde diese *manumissio* nirgends *in libertatem vindicatio* genannt. Mit diesem

die Frage, welche Beamten *legis actio* haben, nicht in diesem Zusammenhange zu erörtern. Nicht erforderlich war es, daß die *manumissio vindicta* an ordentlicher Gerichtsstätte *pro tribunali* vorgenommen wurde, meistens wurden sogar, wenigstens später, die Sklaven *in transitu* freigelassen, *cum aut lavandi aut gestandi aut ludorum gratia prodierit praetor aut proconsul legatusve Caesaris.*[1] Der Prokonsul konnte sofort, nachdem er die Stadtgrenze überschritten, vor sich manumittieren lassen.[2] Man hat wohl angenommen, es liege in dieser Loslösung der *manumissio vindicta* von dem Tribunal des Magistrats eine Abweichung von ursprünglich größerer Strenge. Ich möchte das bezweifeln, vielmehr scheint in dieser Loslösung eines der gleich bei Zulassung des Quasiprozesses von der Jurisprudenz statuierten Unterscheidungsmerkmale desselben von dem wahren Prozeß zu liegen. — Der Akt selbst beginnt mit der *in libertatem vindicatio* des *assertor*. Daß diese ein absolut notwendiges Erfordernis der *manumissio vindicta* war, sagt namentlich Cicero auf das Deutlichste.[3] Der *assertor*[4] sprach, wohl indem er den Sklaven mit der Hand ergriff und mit der *festuca* oder *vindicta* den Kopf desselben berührte, gewisse *verba solemnia,*[5] nämlich die Behauptung der Freiheit dieses Menschen aus. Das Vorkommen des *festucam imponere* bei dieser Freilassungsform kann schon nach dem Namen derselben, aber auch nach unverdächtigen ausdrücklichen Zeugnissen nicht bezweifelt werden, vor allen Boeth. ad Cic. Top. 2: *vindicta est virgula quaedam, quam lictor manumittendi servi capiti imponens eundem servum in libertatem vindicabat, dicens quaedam verba sollennia.* Plaut. Mil. glor. IV, 1, 15: *Quid? ea ingenuane an festuca facta [e] serva liberast?* Pers. sat. V, 175: *festuca, quam lictor iactat ineptus.* — Die Behauptung, welche der *assertor* sprach, ist in ihrem Wortlaut nicht überliefert, sie wird der *intentio* beim wirklichen Freiheitsprozeß gleichgelautet haben. Die Frage ist nun, wie sich der Herr, etwa nach einer vorhergehenden Frage des Magistrats, ob er diesen Menschen *in servitutem* vindiziere, verhalten habe? Unbegreiflich und zweifellos unrichtig ist die Auffassung Böckings,[6] wonach der Herr gegenüber der *in libertatem vindicatio* scheinbar Eigentumsrecht behauptete *(in servitutem vindicabat, hominem ex iure Quiritium suum esse ajebat),* und der Magistrat dann zu Gunsten der Freiheit

Ausdruck wird allerdings nur der Akt des *assertor in libertatem* bezeichnet, aber nach diesem spätestens mußte doch der Magistrat für die Leistung des durch das Senatuskonsult geforderten Eides sorgen, bei dessen Verweigerung die Manumission nicht gestattet werden sollte. Die Erwähnung der *manumissio vindicta,* meint Schmidt sodann, sei überflüssig, weil sie in dem vorhergehenden *manumitteretur* zweifellos enthalten sei, aber der peinlichen Genauigkeit der Gesetzessprache ist es ganz angemessen, da von zwei Manumissionsformen die Rede ist, auf die eine (*censu*) durch das Wort *manumitteretur,* auf die zweite durch das *in libertatem vindicaretur* hinzuweisen. Endlich, sagt Schmidt, würde der Parallelismus der Gesetzessprache die Wiederkehr dieses Ausdrucks nach dem folgenden *„qui eum manumitteret"* unbedingt gefordert haben. Indessen diese letzten Worte beziehen sich nicht auf den Akt des *assertor,* der allein mit *in libertatem vindicare* bezeichnet werden kann, sondern auf den des freilassenden Herrn, auf welchen bei beiden in Frage stehenden Formen der Manumissio der Ausdruck *manumittere* paßt.

[1] L. 7 D. de man. v. 40, 2. Gai. I, 20. § 2 I. de lib. 1, 5. Plin. Ep. VII, 16.

[2] L. 2 pr. D. de off. procon. 1, 16.

[3] Ad Att. VII, 2, 8: — *me istos liberos non addixisse, praesertim cum adesset nemo, a quo recte vindicarentur.*

[4] Vgl. über die *manumissio v.* Gai. I, 17. Ulp. I, 6 f. Dosith. 6. Cic. Top. 2.

[5] Boeth. ad Cic. Top. 2. Plaut. Mil. glor. IV, 1, 15. Pers. sat. V, 175 und Schol. ad v. 88. Plutarch. se. nu. vind. p. 174 (Reiske T. 8.) Fest. ep. Sertorem.

[6] Pandekt. d. röm. Privatrs. I², § 47, S. 188.

entschied *(vindicias secundum libertatem dabat* oder *dicebat)*. Danach wäre der Scheinprozeß bis aufs Äußerste durchgeführt und der Spruch des Magistrats ein Scheinurteil, was er keineswegs ist. Unrichtig würde es aber auch sein, solches definitive Scheinurteil als ein *vindicias secundum libertatem dare* zu bezeichnen, denn das *vindicias dare* ist immer nur eine Besitzregulierung für die Dauer des Prozesses. Keller[1] spricht von einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung des *dominus* auf Anfrage des Magistrats, und auch Schmidt[2] sagt, bei der fingierten *vindicatio in libertatem* räume der Eigentümer des Sklaven den Klagegrund absichtlich ein. Beide denken sich also den Vorgang dem bei sonstiger *in iure cessio* ganz entsprechend. Dagegen spricht entschieden das Zeugnis des Paul. v. manumitti p. 159 M.: *manumitti servus dicebatur, quum dominus eius aut caput eiusdem servi aut aliud membrum tenens dicebat: hunc hominem liberum esse volo, et emittebat eum e manu.* Hier liegt auch der Form nach nicht Geständnis, sondern Willensakt vor. Der Akt durchbricht hier die Schranken des Scheinprozesses: statt bloßen Geständnisses enthält die *manumissio vindicta* auch der Form nach eine Willenserklärung des Herrn *(hunc hominem liberum esse volo)*. Bei dieser Willenserklärung faßte der Herr den Sklaven, ebenso wie der *adsertor in libertatem,* beim Kopf oder einem andern Gliede, und legte die *festuca* auf ihn. Dieses Auflegen der *festuca* von seiten des Herrn kann nach einer Anzahl von Stellen unserer Rechtsquellen nicht bezweifelt werden.[3] Das Ergreifen mit der Hand und das *festucam imponere* geschieht hier zwar nicht zum Zweck des Gewalt gegen den Gegner Zeigens, sondern zur symbolischen Bethätigung der in der Freilassung geltend gemachten, mit dem Eigentum verbundenen *potestas.* Es ist also keineswegs eine juristisch überflüssige Formalität, die Juristen scheinen vielmehr in dem *vindictam imponere,* wodurch, wie Gordian sagt, die *libertas iusta munitur,* den Kern dessen, was der Herr bei dieser Manumissionsform thut, zu erblicken. Auch ist in Äußerungen, wie der bei Plaut. IV, 1, 15: — *an festuca facta e serva libera est?* bei der *festuca* sicher vielmehr an das *festucam imponere* des Herrn als das des *adsertor in libertatem* gedacht. An die bis hierher geschilderte Handlung des Herrn schloß sich noch ein Akt desselben, welcher die durch die Freilassung herzustellende Wirkung symbolisch darstellen sollte. Der Herr gab dem Sklaven einen Backenstreich, drehte ihn im Kreise herum und ließ ihn los.[4] Durch den Backenstreich wird die *tristis servilis conditio,* in welcher sich der Freizulassende bis jetzt befand, versinnbildlicht, das Umdrehen soll die völlige Veränderung seiner Stellung aus einer unfreien in die freie andeuten. Auch dieser Akt fällt immerhin, als der *addictio* von seiten des Magistrats vorausgehend, in den Rahmen der *manumissio vindicta* und gehört zu der juristischen Solennität derselben. Als man es später überhaupt mit dieser Solennität nicht mehr so genau nahm, da mag vielfach das *festucam imponere* des Herrn mit dem Backenstreich zusammengeflossen sein, ein

[1] Institutionen S. 211. [2] Das Pflichtteilsrecht des Patronus S. 128, A. 12.

[3] L. 12 § 2 D. de lib. causa 40, 12: — *vel vindicta ei imposita est ab eo, quem dominum esse putavit.* L. 14 § 1 D. de manumiss. 40, 1: *Imperator cum servum manumittit, non vindictam imponit.* L. 19 § 4 D. de castr. pec. 49, 17: *Non tamen ut heres vivo filio vindictam servo imposuit.* L. 2 C. si adv. lib. 2, 30 (31): — *tamen vindictae impositio, qua libertas iusta munitur* — —

[4] Pers. V, 75. 78. Appian B. C. IV, 135. Sen. Ep. I, 8. Sidon. Apoll. ad Anthem. II, 545. Claudian. de IV. cons. Honor. v. 613. Ps. Quinctil. Decl. 342.

einziges *festuca ferire* daraus geworden sein. Jedenfalls zeigt sich schon in den Äußerungen der Späteren mehrfache Konfusion, und darüber darf man sich nicht wundern, wenn man die Äußerung Hermogenians in l. 23 D. de man. vind. 40, 2 liest: *manumissio per lictores hodie domino tacente expediri solet.* Auch bei den Neueren sind die Mißverständnisse nicht ausgeblieben. Den Schluß des Ganzen bildet die magistratische *addictio* des *homo* als eines *liber*. Diese enthält kein Urteil, sondern eine magistratische Bestätigung, Sanktion des von dem *assertor* und dem Herrn Gewollten. Es weisen Spuren darauf hin, daß diese *addictio* keineswegs eine bloße Formalität war, sondern daß dem Magistrat eine Kognition darüber zustand, ob alles in Ordnung sich verhalte, und er daher die *addictio* zu erteilen habe, oder nicht. So soll nach dem von Liv. 41, 9 mitgeteilten Senatuskonsult der Magistrat die Manumission nicht vor sich gehen lassen, wenn nicht *iusiurandum daret, qui eum manumitteret, civitatis mutandae caussa manu non mittere.* — Was nach der *addictio* noch folgte, wie die Gratulation, das Bekleiden mit dem *pileus* im Tempel der Feronia u. dgl., gehörte nicht mehr zu der juristischen Solennität.

Die *manumissio censu* ging in der Weise vor sich, daß der Sklave mit Einwilligung seines Herrn *(consentiente vel iubente domino)* sich in die censorischen Listen als *civis romanus* eintragen ließ.[1] Eine Kognition und eventuell das Recht, die Aufnahme des Freizulassenden unter die Bürger zu verweigern und damit die Freilassung auf diesem Wege zu verhindern, stand dem Censor ohne Zweifel zu. Jemand, der als Sklave schon schwere Verbrechen begangen, wird der Censor, falls es zu seiner Kenntnis kam, gewiß nicht in die Liste der Bürger, selbst nicht der Ärarier, aufgenommen haben. Über die Kontroverse, von welchem Moment an die Wirkung der *manumissio censu* anzunehmen sei, ist schon bei der Darstellung der Censur die Rede gewesen.[2]

Die *manumissio testamento* ist keineswegs ein *legatum per vindicationem*, wie Vangerow, seiner Auffassung der Freilassung ganz entsprechend, behauptet. Das Recht des römischen Bürgers zur *manumissio testamento* ist in der Zwölftafelgesetzgebung ausdrücklich bestätigt worden.[3] Wie das *legare*, mußte auch die letztwillige Verleihung der *libertas* unter Anwendung der lateinischen Sprache und von *verba directa* geschehen, bestimmte Formeln waren dafür hergebracht: *Stichus servus meus liber esto, Stichum servum meum liberum esse iubeo.*[4] Wie das Legat, soll auch die *manumissio* als ein nicht wesentlicher Bestandteil des Testaments erst hinter der Erbeinsetzung stehen.[5] Anders verhält es sich aber, wenn der im Testament freizulassende Sklave (was möglich ist) selbst zum Erben des Testators eingesetzt werden soll. Als notwendig mit der *heredis institutio* verbunden muß sie hier auch den Anfang des Testaments bilden können (Gai. II, 186: *Sed noster servus simul et liber et heres esse iuberi debet, id est hoc modo: Stichus servus meus liber heresque esto, vel: heres liberque esto.* Ob die Zulässigkeit solcher Erbeinsetzung eigener Sklaven *cum libertate* so alt ist, wie die *manumissio testamento*, muß dahingestellt bleiben. Fast möchte man annehmen, daß nach älterem Recht testamentarische Freilassung mehrerer Sklaven unter einer Kollektivbezeichnung möglich gewesen sei (sozusagen eine *manumissio*

[1] Cic. pro Caecina 34; de Or. I, 40. Boeth. ad Cic. Top. 2, 10. Ulp. I, 8. Dosith. 19.
[2] Vgl. Bd. I, S. 240. [3] Ulp. I, 9. II, 7. Gai. II, 267.
[4] Die zweite Formel mag jüngern Datums sein, als die erste, jedenfalls war sie aber schon Gaius bekannt. Vgl. Gai. II, 267.
[5] Gai. II, 230. Ulp. I, 20.

inter ceteros). Die *lex Fufia Caninia* nämlich, welche, wie später zu zeigen, der Zahl der testamentarischen Freilassungen Schranken setzte, verordnete auch, *ut libertates servis testamento nominatim dentur.*[1] Dieses *nominatim dare* war von der *lex* noch geradezu als Nennung mit dem Namen gedacht. Das Erfordernis wurde aber von einem *Sctum Orphitianum* dahin ermäßigt, daß eine deutlich beschreibende Bezeichnung des gemeinten Individuums genügen sollte.[2] Der Grund der Bestimmung scheint der gewesen zu sein, eine Umgehung des Gesetzes zu verhüten, welche durch Anwendung von Kollektivbezeichnungen, unter denen das gesetzliche Maximum überschreitende Zahlen versteckt werden konnten, leicht zu begehen war. Es soll direkt aus dem Testament ersichtlich sein, wieviel Sklaven freigelassen sind. — Wie jede letztwillige Bestimmung, kann auch die *manumissio testamento* nicht vor dem Tode des Testators in Wirksamkeit treten, ja, wenn es noch einer Antretung der Erbschaft bedarf, nicht vor Antretung derselben. Es genügt schon Antretung eines der Erben.[3] Hat der Testator Substituten ernannt, so bedarf es zum Wirksamwerden einer *manumissio* einer Antretung von seiten des Grades, bei welchem die betreffende Manumission angeordnet ist.[4] Die *manumissio testamento* wirkt *adita hereditate* unmittelbar, sie hat unmittelbar die Freiheit (*directa libertas*) zur Folge. Ein solcher Freigelassener wurde, weil er unmittelbar dem letzten Willen des verstorbenen Erblassers seine Freiheit verdankte, als *libertas orcinus* bezeichnet.[5] Die *manumissio vindicta* und *censu* lassen nicht Gewährung der Freiheit unter einer Bedingung und mit einem *dies* zu. Über den Grund davon ist in einem spätern Zusammenhange zu handeln. Anders steht es mit der *manumissio testamento.* Sie kann zwar nicht mit Resolutivbedingung oder *dies ad quem* geschehen,[6] weil die einmal zu teil gewordene Freiheit nicht wieder infolge willkürlicher Bestimmung aufgelöst werden soll, wohl aber kann sie unter einer Suspensivbedingung geschehen.[7] Das Wesen der letztwilligen Verfügung widerstrebte der Zulässigkeit der Suspensivbedingung nicht nur nicht, es war ihr vielmehr günstig. Jede letztwillige Verfügung wird für eine mehr oder weniger entfernte Zukunft getroffen. „Die Dispositionen für die Zukunft hängen (aber) in ihrer Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit oft noch von zukünftigen Verhältnissen ab." Sie lassen sich nicht immer schlechthin treffen. Wer ein Testament errichtet, kann nicht jetzt schon wissen, wie eine Eventualität sich gestalten werde, und doch würde, wenn er wüßte, wie diese Gestaltung sein werde, sein Wille dadurch bestimmt werden. Wenn irgendwo, so muß sich früh bei testamentarischen Dispositionen das Bedürfnis der Bedingung geltend gemacht haben. Durch die Bedingung kann der Handelnde in gewisser Weise die Zukunft beherrschen, sie ermöglicht „ein providentielles Eingreifen in die Zukunft". Besonders früh scheinen die Bedingungen bei der testamentarischen Freilassung zugelassen zu sein. Der unter einer Bedingung im Testament Freigelassene wurde *statuliber* genannt.[8] Schon die XII Tafeln haben eine Bestimmung über die bedingte

[1] Ulp. I, 25. Gai. II, 239. [2] Paul. IV, 14 § 1.
[3] L. 23, l. 41 § 2 D. de man. t. 40, 4. [4] L. 25 D. eod. tit.
[5] Ulp. II, 8. L. 3 § 3 D. de leg. tut. 26, 4 u. a. St.
[6] L. 33, 34, 52 D. de man. t. 40, 4.
[7] L. 7, l. 11 § 1, l. 13 pr. § 1, l. 61 § 1 D. eod. tit. l. 4 § 7, l. 6 § 7, l. 21 pr. D. de statulib. 40, 7 u. a. St.
[8] Fest. 314b, 7: *Statuliber est, qui testamento certa conditione proposita iubetur esse liber.* Ulp. II, 1: *Qui sub conditione testamento liber esse iussus est, statuliber appellatur*

testamentarische Freilassung enthalten. So berichten übereinstimmend Pomponius, Ulpian, Modestin,[1] und an der Zuverlässigkeit dieses Berichtes zu zweifeln, liegt kein Grund vor. Alle drei führen dieselbe Bestimmung an, und der älteste von ihnen, Pomponius, noch dazu aus dem Munde eines Juristen der trajanischen Zeit, Aristos, des nach Plinius' Zeugnis gründlich gelehrten, welcher in seinem Schreiben an Celsus eine Extensivinterpretation des von den XII Tafeln in jener Bestimmung gebrauchten Wortes *emptio* giebt *(quoniam lex XII tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur — — — et ideo hunc quoque ea lege contineri* u. s. w. Die von diesen Juristen in Bezug genommene Bestimmung war die, daß der unter der Bedingung, daß er dem Erben eine bestimmte Summe Geldes gebe, Freigelassene, nachdem ihn der Erbe *pendente conditione* verkauft, durch Geben der Summe an den Käufer, seinen nunmehrigen Herrn, die Freiheit erlange. Wir ersehen daraus, daß die rechtliche Situation des *statuliber* von den Verfassern der XII Tafeln schon ganz so, wie von den Juristen der Kaiserzeit, aufgefaßt wurde. Diese bedingten Freilassungen müssen damals schon ziemlich häufig vorgekommen sein, und die Frage, ob in jenem Fall die Bedingung als erfüllt anzusehen sei, *in praxi* zu Zweifeln Veranlassung geboten haben: sonst würden sich die Verfasser des Gesetzes schwerlich bewogen gefunden haben, eine so spezielle juristische Frage in dem Gesetz zu entscheiden. Ihering[2] vermutet, daß bei der testamentarischen Freilassung die Suspensivbedingung historisch zuerst zum Vorschein gekommen sei. Wie dem auch sein mag, als sicher kann angenommen werden, daß dieser Anwendungsfall der Suspensivbedingung, über den es eine besondere Bestimmung des berühmtesten römischen Gesetzes gab, das Interesse der Juristen in hohem Maße und früher als andere auf sich gezogen, und daß er infolgedavon früher eine feine und feste Ausbildung erlangt hat, was es begreiflich macht, daß er den Späteren bei Erörterung des bedingten Vindikationslegats als Vorbild gedient hat (Gai. II, 200: *Illud quaeritur, quod sub condicione per vindicationem legatum est, pendente condicione cuius sit: nostri praeceptores heredis esse putant exemplo statu liberi* u. s. w.). Unmöglich kann aber dem Gesagten nach der Auffassung Madais[3] zugestimmt werden, daß die *statuliberi* lediglich ein Produkt der römischen Doktrin seien, wenn anders damit gesagt sein soll, daß es diesem allerdings kunstvoll von den Juristen ausgebildeten Verhältnis an einer bedeutsamen praktischen Unterlage gefehlt habe. Konnte bei der *manumissio vindicta* der Freilasser durch Abmachungen mit dem Freizulassenden selbst vor und unmittelbar nach der Freilassung sich allerlei Leistungen ausbedingen, so bot sich für ähnliche Zwecke bei der testamentarischen Freilassung der Weg der Bedingung. Die in den Quellen erörterten Fälle zeigen, wie mannigfaltig die Bedingungen waren, an welche testamentarische Freilassungen geknüpft wurden. Besonders häufig wurde dem Freizulassenden die Bedingung auferlegt, dem Erben oder einem Dritten eine gewisse Geldsumme auszuzahlen.[4] Dabei galt nun der Satz, daß der *statuliber* dem präsumtiven Willen des Testators gemäß diese Summe wirksam aus dem *peculium* zahlen konnte, welches er zur Zeit des Todes des Erblassers hatte, bezw. von dem, was er dazu weiter *ex*

Gai. II, 200: — *statuliberi id est eius servi, qui testamento sub aliqua conditione liber esse iussus est* u. a.

[1] Ulp. II, 4. L. 29 § 1 D. de statulib. 40, 7. L. 25 D. eod. tit.

[2] Jahrbücher X, S. 497. [3] Die statuliberi d. röm. Rs. Vorwort, S. VI.

[4] Vgl. z. B. l. 28 § 1 D. de statuliber. 40, 7.

causa peculiari erwarb.[1] Zwar konnte der Erbe das *peculium* einziehen, dann wurde aber der *statuliber* ohne weiteres frei, nach dem Satz: *quotiens per eum fit, cuius interest conditionem non impleri, quo minus impleatur, perinde habendum est, ac si impleta conditio fuisset,* welcher Satz in Bezug auf die *statuliberi* sowohl in der Stelle des Fest. statuliberi, als von Ulpian (fr. II, 5 u. 6) ausgesprochen wird, sodaß Iherings Ansicht,[2] es sei derselbe ursprünglich gerade für diesen Fall aufgestellt und erst später auf andere Fälle ausgedehnt worden, als sehr wahrscheinlich bezeichnet werden muß (vgl. noch l. 24 D. de cond. 35, 1). Jener Satz, daß der *statuliber* die ihm gesetzte *conditio dandi* aus seinem *peculium*, resp. dem Erwerb aus seinen *operae* erfüllen kann, muß schon den XII Tafeln bekannt gewesen sein, denn sie bestimmen,[3] daß der *statuliber emptori dando pecuniam* frei werden solle. Diese Bestimmung kann aber nicht auf den gewiß seltenen Fall, daß ein Dritter für den *statuliber* erfüllte, bezw. ihm die Mittel für die Erfüllung gewährte, berechnet gewesen sein. Wir haben damit ein äußeres Argument dafür gewonnen, daß schon zur Zwölftafelzeit Sklavenpekulien bekannt waren. Auch *in faciendo,* resp. *non faciendo* konnte die dem Sklaven gesetzte Bedingung bestehen. Eine Bedingung solcher Art war z. B. die *conditio,* dem Erben oder einem Dritten für eine gewisse Zeit *operae* zu leisten.[4] Auch aus einer Mischung von beiden, *dare* und *facere,* konnte die Bedingung bestehen, wie die *conditio rationum veddendarum* (l. 82 D. de cond. et d. 35, 1). Überhaupt ist die ganze Lehre von den Suspensivbedingungen nach allen Richtungen in Anwendung auf den *statuliber* von den römischen Juristen auf das Feinste ausgebildet worden. Einzelne noch hervorzuhebende Abweichungen von den gewöhnlichen Grundsätzen sind hier aber mit Rücksicht auf die besondere Natur des Verhältnisses statuiert worden. Auf die Freilassungen unter einer *conditio non faciendi* war die sogenannte *cautio Muciana* nicht anwendbar.[5] Der Freigelassene hätte hier versprechen müssen, daß er, wenn er dennoch der Zusage, nicht zu thun, zuwiderhandeln werde, in die Sklaverei zurückversetzt sein wolle, was als dem Wesen der *libertas* widersprechend erschien. Falls also überhaupt an dem ernstlichen Willen des Testators, dem betreffenden Sklaven die Freiheit zu verleihen, nicht zu zweifeln war, so nahm man an, der *statuliber* habe die Bedingung erfüllt, sobald er die Möglichkeit gehabt hätte, die ihm untersagte Handlung vorzunehmen, und sie in der Absicht, dem Verbot nachzuleben, unterlassen hätte. War als Bedingung der Freiheit die Ablegung eines Eides als Bekräftigung einer zu versprechenden Leistung gestellt, so sollte die sonst für letztwillige Verfügungen geltende Ediktsregel, nach welcher die *conditio iurisiurandi* erlassen wird, für testamentarische Freilassungen keine Geltung haben. Der Grund, über welchen man sehr verschiedene Ansichten aufgestellt findet, liegt einfach darin, daß bei Nichtleistung des Eides nach Civilrecht die Bedingung nicht als erfüllt gilt: es sind immer nur prätorische Rechtsmittel, vermöge deren dem Nichtschwörenden zu dem ihm Hinterlassenen verholfen wird, die *iusta libertas* kann aber nur das Civilrecht, nicht der Prätor verschaffen. Wer also die *conditio iurisiurandi* erläßt, *ipsam impedit libertatem*

[1] L. 3 § 1. 2. 7. 8, l. 18 § 1, l. 17, l. 39 § 2 D. eod. tit. L. 20 § 9 D. fam. ercisc. 10, 2. L. 3 § 9 D. de cond. c. d. 12, 4. L. 12 § 11 D. de capt. 49, 15.

[2] Geist II, 1[2], S. 159, A. 235. Jahrbücher X, S. 498, A. 16. [3] Ulp. II, 4.

[4] L. 4 § 4, l. 41 pr. D. de st. 40, 7.

[5] L. 17 § 1, l. 61 pr. D. de m. t. 40, 4.

(sc. iustam), dum competere aliter (sc. iure civili) non potest, quam si paritum fuerit conditioni.[1]

Wenden wir uns zur Wirkung der bedingten Freilassung, so ist es sicher, daß, wie in der Regel bei bedingten Rechtsgeschäften, die beabsichtigte rechtliche Wirkung, hier also die *libertas*, erst beim Eintritt der Bedingung eintritt. *Pendente conditione* ist der *statuliber* noch Sklave,[2] zunächst des Erben, und es werden streng die Konsequenzen daraus gezogen. Aber wie beim bedingten dinglichen Rechtsakt, ist auch bei der bedingten testamentarischen Manumission unter der Voraussetzung des Eintritts der Bedingung das Objekt, hier also der Sklave, dinglich gebunden: die durch den bedingten Akt begründete Möglichkeit, daß er frei werde, ist eine dem Sklaven anklebende rechtliche Eigenschaft, welche ihm überallhin folgt *(casus libertatis ei implicitus est, libertatis conditionem secum trahit).*[3] Alle *pendente conditione* rücksichtlich des *statuliber* vorgenommenen rechtlichen Dispositionen können die beim Eintritt der Bedingung ihm bestimmte Freiheit nicht beeinträchtigen, alle inzwischen an ihm übertragenen und bestellten Rechte hören mit dem Eintritt der Bedingung auf.[4] Wer also einen *statuliber* verkaufte, hatte dem Käufer anzugeben, daß der verkaufte Sklave *statuliber* sei, bezw. daß er unter dieser Bedingung freigelassen sei, sonst haftete er dem Käufer, sei es mit *actio ex stipulatu* oder mit *actio emti.*[5] Zu den *statuliberi* gehörte übrigens auch, wer mit Hinzufügung eines dies *a quo* im Testament freigelassen war.[6]

Außer der gehörigen Manumissionsform war zu einer *iusta et legitima manumissio* erforderlich, daß der *manumissor* den Sklaven im vollen quiritischen Eigentum hatte,[7] ja, die *manumissio testamento* war nur dann wirksam, wenn der Sklave *utroque tempore*, d. h. zur Zeit der Testamentserrichtung und zur Zeit des Todes des Testators, in dessen quiritischem Eigentum stand.[8] Ein *peregrinus manumissor* konnte einen Sklaven nicht nach römischem Recht freilassen, ihm kein *iusta libertas* verschaffen. Die Möglichkeit der Teilung des Eigentums am Sklaven unter mehreren Miteigentümern, sowie die Belastung desselben mit einem Ususfruktus mußte schon zu den Zeiten des alten Civilrechts die Frage veranlassen, wie es mit der Freilassung eines Sklaven stehe, an welchem derartige verschiedene Berechtigungen beständen. Wenn nur ein Mileigentümer (etwa *vindicta)* manumittiert, so kann dies begreiflicherweise nicht die Wirkung haben, daß der betreffende Mensch nun *pro parte* Sklave, *pro parte* frei sei, denn die Freiheit ist nichts Teilbares. Die Wirkung ist vielmehr die, daß die Eigentumsquote des manumittierenden Miteigentümers den anderen Miteigentümern *iure accrescendi* erworben wird.[9] Wenn der Proprietar eines Sklaven, an welchem einem andern ein *ususfructus* zusteht, etwa *vindicta* manumittierte, so hatte dieser Akt, durch welchen der *ususfructus* nicht beinträchtigt werden konnte, auch nicht die Wirkung der Freiheit, sondern die, daß dieser Sklave ein *servus sine domino* wurde.[10]

[1] L. 12 pr. § 1 D. de man. t. 40, 4.
[2] Gai. II, 200. Ulp. II, 2. L. 11 pr. D. XXXI. L. 29 pr. D. de st. 40, 7. L. 9 pr. D. eod. tit. L. 12 § 2 D. fam. erc. 10, 2.
[3] Ulp. II, 3. L. 6 D. si ex noxali causa 2, 9.
[4] L. 2 pr. D. de statul. 40, 7. L. 3 § 1 D. eod. tit.
[5] L. 39 § 4 D. de evict. 21, 2. L. 69 pr. D. eod. tit. [6] L. 1 pr. D. de st. 40, 7.
[7] Gai. I, 17. Ulp. I, 16. Dosith. § 9. [8] Ulp. I, 23. Gai. II, 267.
[9] Ulp. I, 18. Paul. IV, 12, 1. Dosith. 10. [10] Ulp. I, 19. Dosith. 11.

Die Wirkung, welche die *iusta manumissio* hatte, wenn alle formellen und materiellen Erfordernisse derselben vorlagen, war die *iusta libertas* des Freigelassenen, d. h. die *civitas romana*,[1] wenngleich, wie in der Geschichte des Staatsrechts gezeigt, ursprünglich das schlechteste Bürgerrecht, welches es gab. Mit Erlangung dieser *iusta libertas* legt der Freigelassene auch den Sklavennamen ab. Als zur *gens* des Freilassers, wenn auch nur als passives Glied, gehörig, nimmt er dessen *nomen gentilicium* an. Das bürgerliche *praenomen* soll nach Mommsen (Forsch. I, S. 30) den Freigelassenen als Individuen, „die im Heere gar nicht und bei der Abstimmung kaum in Betracht kamen", ursprünglich versagt sein, erst in der spätern republikanischen Zeit hätten sie, sowie die *toga*, auch das *praenomen* mit der Freilassung empfangen. Später sind indessen einige sehr alte Inschriften zum Vorschein gekommen, welche zeigen, daß auch Freigelassene schon in alter Zeit mit der Freilassung ein *praenomen* bekamen.[2]

In den *κατ' ἐξοχήν* auf die Freilassung bezüglichen Erörterungen werden uns stets nur die bisher besprochenen Formen der *iusta manumissio* genannt.[3] Es kommt aber schon für das alte Civilrecht in Frage, ob es daneben für einzelne Fälle besondere Formen gab. Zu vielen Zweifeln hat eine nur in zwei Stellen des Festus[4] erwähnte *manumissio sacrorum causa* Veranlassung gegeben. Bei dieser *manumissio* geschieht eines Geldbetrags *puri probi profani sui auri* Erwähnung. Aus der Bezeichnung des Akts selbst *(manumissio sacrorum causa)*, sowie der jener Geldsumme (echtes, im Eigentum des Gebers stehendes Geld, was noch nicht in gemeinem, verunreinigendem Gebrauch gewesen und auch bisher noch nicht konsekriert, zu keinem sakralen Zweck bestimmt war) ist wohl zu entnehmen, daß der Freigelassene selbst und die Summe Geldes zu irgend welchen *sacra* in Beziehung treten sollten. Das Nähere aber, namentlich auch, ob Freigelassener und Geldsumme den betreffenden *sacra* dienen, oder ob die Geldsumme in einem gewissen Falle an die Stelle des Freigelassenen treten oder zur Strafe gezahlt werden solle, ist bei der großen Verstümmelung der größern Stelle durchaus unsicher. Das letztere ist wahrscheinlicher, denn es geschieht eines *usquam digredi*, eines irgendwohin Weggehen, Entweichen (von dem Dienst der *sacra* sich Entfernen) Erwähnung. Zu erkennen ist auch, daß das Aussprechen einer (Freilassungs-)Formel nebst begleitendem Ergreifen des Kopfes oder andern Gliedes angeführt ist. Daraus aber mit Keller[5] zu entnehmen, daß die hier erwähnte Freilassungsform nicht die *manumissio vindicta* sei, sondern nur in einseitiger Rede (*dictio*) des Herrn bestanden habe, scheint mir zu gewagt. War diese *manumissio sacrorum causa* keine *manumissio vindicta*, so wäre noch sehr zu fragen, ob die vom Herrn gesprochene Formel auf *liberum esse* und nicht etwa darauf lautete, daß er des betreffenden Gottes sein solle, denn die *ἱερόδουλοι*, an welche Keller denkt, waren nach seiner eigenen Auseinandersetzung ihrem Gott und Tempel leibeigen, vor den Menschen aber frei und unverletzlich, der Akt hätte also immerhin auch letzterenfalls als *manumissio* bezeichnet werden dürfen.

[1] Gai. I, 17. Ulp. I, 23. Dosith. 7.

[2] Eph. ep. IV, p. 246 sq. Mommsen, Bürgerl. und peregr. Freiheitsschutz S. 7, A. 1. Staatsr. III. 1, S. 424 ff.

[3] Cic. Top. 2. Boeth. p. 288 Or. Gai. I, 17. Ulp. I, 6. Dosith. 5. Vgl. auch Plaut. Cas. II, 8, 68.

[4] Fest. v. puri p. 250. Derselbe v. manumitti p. 158. [5] Institutionen S. 219 f.

Noch ist zu fragen, ob durch *adoptio servi* seitens seines Herrn oder durch *in adoptionem datio* des Sklaven durch den Herrn derselbe frei werden könne. Von der ersteren spricht Justinian in § 12 I. de adopt. 1, 11 unter Bezugnahme auf eine überlieferte Äußerung des alten republikanischen Juristen Cato: *Apud Catonem bene scriptum refert antiquitas, servi si a domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari.* Dadurch angeregt, fährt Justinian fort, habe er selbst angeordnet, daß ein Herr seinen Sklaven, *quem actis intervenientibus filium suum nominaverit,* wenn auch mit unvollkommener Wirkung, freimachen könne. Huschke[1] meint, Cato habe sich die Adoption des eigenen Sklaven so gedacht, daß der Herr denselben *sub fiducia* jemandem manzipierte und dann ihn *in iure* als seinen Sohn vindizierte. Dabei scheint aber nicht bedacht zu sein, daß der Manzipierte durch die Manzipation, wenn auch *sub fiducia,* Sklave des *mancipio accipiens* wurde, der Herr also nicht seinen eigenen Sklaven adoptierte. Geratener scheint es daher, mit anderen anzunehmen, daß Cato sich als Wirkung der *adoptio servi* nicht die *iusta libertas,* sondern nur das *in libertate morari,* die faktische Freiheit dachte.

Über die Möglichkeit der *in adoptionem datio servi* handelte nach dem Bericht des Gell. V, 19 Masurius Sabinus in einer auch in anderer Beziehung interessanten Äußerung: *Libertinos vero ab ingenuis adoptari quidem iure posse, Masurius Sabinus scripsit. Sed id neque permitti dicit, neque permittendum esse unquam putat, ut homines libertini ordinis per adoptiones in iura ingenuorum invadant. Alioquin, inquit, si iuris ista antiquitas servetur, etiam servus a domino per praetorem in adoptionem dari potest. Idque ait plerosque iuris veteris auctores posse fieri scripsisse.*[2] Huschke,[3] dem andere darin beigetreten sind, denkt sich den Hergang der *servi in adoptionem datio* so, daß zwei Akte in einen verschmolzen seien, indem der Adoptivvater nur gesagt: *hunc ego liberum ex iure Quiritium filiumque meum esse aio,* und der Prätor, nachdem der Herr eingewilligt oder geschwiegen, addiciert habe. Es sei damit zugleich, was Manumission und was Adoption erforderte, erreicht. Schon Vangerow[4] hat gegen

[1] Studien d. röm. Rechts I, S. 212.

[2] Wären unter den *libertini* der Stelle nur Freigelassene zu verstehen, so könnte die *adoptio* derselben nur als *arrogatio* gedacht werden, denn Freigelassene stehen unter keiner väterlichen Gewalt. Sabinus spricht aber von *libertini* im alten Sinne, von *homines libertini ordinis*, dazu gehörten nach altem Recht und Sprachgebrauch mindestens noch die Kinder der Freigelassenen. Daß dieser Sprachgebrauch in der ersten Kaiserzeit noch nachwirkte, zeigt eine Bestimmung vom Jahre 23 n. Chr., wonach den goldenen Ring nur führen darf, *qui ingenuus ipse, patre, avo paterno HSCCCC census fuisset* (Plin. hist. nat. 33, 2, 32). Sabinus nimmt meines Erachtens *adoptio* im weitern Sinne: weder durch Arrogation noch durch *in adoptionem datio* soll ein *homo libertini ordinis* die Stellung eines *ingenuus* erlangen können. Was speziell die Arrogation betrifft, so finden sich darüber in den justinianischen Rechtsbüchern nur auf den ersten Anschein widersprechende Äußerungen. Die Arrogation des eigenen *libertus* durch den Patron kann *beneficio principis,* durch kaiserliches Reskript gestattet werden, wenn eine *idonea causa* vorliegt, z. B. der Patron keine eigenen Kinder hat; doch erlangt dadurch der Adoptierte nicht etwa die Rechte eines *ingenuus.* Die Arrogation eines *libertus alienus* aber soll nicht gestattet werden. Ist sie aber *per obreptionem,* unter Verschweigung der Liberteneigenschaft des *adoptandus* doch erreicht, so erlangt zwar der Adoptierte die sonst mit der Adoption verbundenen Rechte in der *familia* des Adoptivvaters, der Patron aber verliert durch die Arrogation seine Rechte gegen den *libertus* nicht, auch erlangt dieser in öffentlichrechtlicher Beziehung nicht die Stellung eines *ingenuus.* L. 27 D. de st. hom. 1, 5. L. 46 D. de adopt. 1, 7. L. 3 C. de adopt. 8, 48. L. 10 § 2 D. de in ius vocando 2, 4. L. 15 § 3 D. de adopt. 1, 7. L. 1 § 2 D. si a parente 37, 12. L. 49 D. de bon. libert. 38, 2. L. 32 D. de ritu nupt. 23, 2.

[3] A. a. O. [4] Über die Latini Juniani S. 62 ff.

die Richtigkeit jener Auffassung ein sehr gerechtes Bedenken geäußert. Wenn, sagt er, jener Akt nur äußerlich einfach, juristisch aber aus *manumissio vindicta* und *adoptio* zusammengesetzt war, so war ja die letztere nicht sowohl eine *adoptio servi*, als vielmehr eine *adoptio liberti*, welche als die eines *homo sui iuris* nicht *per Praetorem* geschehen konnte. VANGEROW läßt aber diesen Einwand fallen. Da beide Akte nicht sowohl zusammengesetzt, als vielmehr verschmolzen seien, da sie der Zeit nach zusammenfielen, so lasse sich auf keine Weise sagen, daß der Sklave erst frei und dann *filiusfamilias* werde, sondern Begründung der Freiheit und der väterlichen Gewalt fielen in einen Moment zusammen. Indessen in der HUSCHKEschen Formel ist doch nur beides, was sonst in verschiedenen Akten getrennt erscheint, äußerlich nebeneinander gestellt, nicht auf ein, sondern auf zwei verschiedene Rechtsverhältnisse ist die Rechtsbehauptung gerichtet. Wenn die Zusammenfassung zweier zu begründender verschiedenartiger rechtlicher Wirkungen in demselben Rechtsakt überhaupt dem Wesen des alten Rechts widerspricht, so noch mehr Zusammenfassung verschiedener Rechtsbehauptungen in der *legis actio*, auch im Scheinprozeß. Eine wahre Verschmelzung liegt bei der HUSCHKEschen Konzeption des Akts nicht vor: es ist immer zunächst Freiheit und unmittelbar darauf Sohneseigenschaft behauptet, beide Wirkungen wären also auch gesondert, wenn auch unmittelbar auf einander, eingetreten zu denken.

Meines Erachtens ging die Ansicht der *iuris veteris auctores* dahin, daß der Adoptant den *servus* des andern unmittelbar als seinen *filius ex i. Q.* zu vindizieren und der Prätor ihn beim Zugeständnis oder Schweigen des Herrn als solchen zu addicieren habe. Dadurch, daß er als Sohn des Adoptanten anerkannt war, hatte er *eo ipso* auch die *iusta libertas* erlangt. Hier war wirklich mit einem einheitlichen Akt beides, die Sohneseigenschaft und deren notwendige Voraussetzung, die *libertas*, erreicht. Bei der den Schlußakt der gewöhnlichen *in adoptionem datio* bildenden *in iure cessio* vindizierte der Adoptant den zu adoptierenden gegenüber dem, in dessen *mancipii causa* derselbe sich befand, als seinen *filius*. Es war kein großer Schritt, wenn man diese *vindicatio filii* auch dem gegenüber zuließ, dessen Sklave der zu Adoptierende war. In beiden Fällen ist als Scheinprozeß zugelassen, was auch als wirklicher Prozeß vorkommen konnte; es konnte ein Römer einen Menschen als seinen *filus* vindizieren sowohl gegenüber einem andern, welcher behauptete, derselbe befinde sich bei ihm *in mancipii causa*, als auch gegenüber jemand, welcher behauptete, jener Mensch sei sein Sklave. So liegt der Gedankenweg, auf welchem die *veteris iuris scriptores* zur Annahme einer Freilassung durch *datio in adoptionem* des *servus* gelangt sind, klar vor.

In republikanischer Zeit ist es nicht selten vorgekommen, das Sklaven, welche sich durch Anzeigen von Komplotten, Verschwörungen u. dgl. um das Gemeinwesen verdient gemacht, von ihren Herren losgekauft und vom Volk mit der Freiheit beschenkt wurden.[1] KELLER[2] vermutet, die Form dieser Freilassungen sei die gewöhnliche *manumissio vindicta* gewesen. Möglich ist es, daß man hie und da den Weg eingeschlagen, den bisherigen Herrn durch Zahlung einer Entschädigungssumme zur *manumissio vindicta* zu veranlassen. Daß der *populus* selbst die von ihm erworbenen Sklaven in dieser Form frei-

[1] Cic. pro Balbo 9, pro C. Rabirio perd. r. 11; Liv. II, 5. IV, 45. 61. XXII, 33. XXIV, 14 ff. XXVI, 27. XXVII, 3. XXXIX, 19.

[2] Institutionen S. 221 f.

gelassen, ist meines Erachtens nicht anzunehmen. Der *populus* ist an diese Formen, welche die einzelnen Bürger beobachten müssen, nicht gebunden. Durch Volksschluß, durch *lex*, ward dem Betreffenden die *iusta libertas*, d. h. die *civitas* verliehen; eines weitern Freilassungsakts bedarf es da nicht.

4. Der Patronat und die Freigelassenen.[1]

§ 10. Wenngleich infolge der Freilassung der Freigelassene eine selbständige Person geworden, so ist dadurch doch nicht jede rechtliche Verbindung zwischen ihm und dem gewesenen Herrn aufgehoben. Agnatische Seitenverwandte kann der Freigelassene, der erst durch die Freilassung zur vollen Person gemacht ist, nicht haben. An die Stelle derselben tritt der gewesene Herr, der *patronus*, und dessen agnatische Descendenten. Wie aus derselben *familia* herstammende Geschwister nach dem Tode des Gewalthabers agnatisch verwandt bleiben, so werden auch der Patron und dessen Kinder dem Freigelassenen gegenüber, welcher vor der Freilassung zu derselben *familia* gehörte, als dessen *συγγενεῖς* betrachtet,[2] nur daß der Freigelassene, welcher nur ein passives Glied der *familia* des Herrn bildete, nicht in gleicher Weise als berechtigter quasiagnatischer Seitenverwandter seines *patronus* auftreten kann. Auf jener der agnatischen gleichen Familienbeziehung des Patrons, bezw. dessen agnatischer Descendenz zum *libertus* beruht das *ius in bonis libertorum*, das eventuelle Intestaterbrecht, welches dem Patron beim Tode des *libertus*, falls dieser keine *sui heredes* hinterläßt, zusteht. Wie der Vater dem Sohn durch die Emanzipation, so hat der Patron dem Freigelassenen durch die Manumission das *beneficium bonorum quaerendorum* gewährt.[3] Es erscheint also die Beerbung des *libertus* durch den Patron als eine Art Heimfall dieses Vermögens, welches dem Patron, wenn er nicht freigelassen, rechtlich gehört haben würde. Doch ist von diesen Erbverhältnissen erst bei der Darstellung des Erbrechts zu handeln. Neben dem *ius in bonis* des verstorbenen *libertus* giebt es aber ein *ius* des Patrons *in personam* des lebenden *libertus*. Gegenüber dem, der ihm das hohe *beneficium* der *libertas* gewährt, verbleibt der *libertus* in einem Respekts- und Pietätsverhältnis. Die Pflicht zur Dankbarkeit für dieses *beneficium*, die ja zunächst eine sittliche ist, erscheint bei den Römern als eine vom Recht geforderte und mit wichtigen rechtlichen Konsequenzen ausgestattete. Der Freigelassene ist dem Patron zu *reverentia* und *obsequium* verpflichtet, ähnlich wie das Kind den Eltern. Dieser Vergleich unseres Verhältnisses mit dem zum Vater, wie er schon im Namen *patronus* ausgedrückt ist, findet sich auch sonst ausgesprochen, so namentlich von Ulpian in l. 9 D. de obsequiis 37, 15: *Liberto et filio semper honesta et sancta persona patris ac patroni videri debet.* Der Freigelassene soll also der Person des Patrons *honorem* oder *reverentiam* und *obsequium* erweisen,[4] sowohl bei Lebzeiten des Patrons als auch nach dessen Tode. Aus dieser allgemeinen Pflicht des *honor exhibendus* werden eine Reihe von Einzelnheiten gefolgert, welche der *libertus* dem *patronus* gegenüber zu unter-

[1] Vgl. dazu Leist, in Glücks Erläut. d. Pandekt., Serie der Büch. 37 u. 38. Bd. IV, S. 301 ff. Bd. V und die Bd. IV, S. 302, A. 74 angeführte Litteratur.

[2] L. 4 § 14a C. de bonis libertorum 6, 4. Huschke, Studien S. 95 f. Leist, a. a. O. Bd. IV, S. 346.

[3] Vgl. L. 1 pr. D. si a parente 37, 12.

[4] L. 41 D. de op. libert. 38, 1. L. 4 § 16 D. de doli mali exc. 44, 4.

lassen hat. Die meisten derselben sind uns nur aus den Bestimmungen des prätorischen Edikts bekannt. Es ist aber nicht anzunehmen, daß das Edikt alle diese Sätze erst neu aufgebracht habe. So ist es gewiß nie gestattet gewesen, daß der *libertus* seinen Patron wider dessen Willen ohne Gestattung des Magistrats *in ius* vocierte oder zur Eingehung eines *matrimonium* nötigte, nie gestattet gewesen, einen Calumnieneid vom Patron zu verlangen, eine *actio famosa* gegen ihn zu erheben. In der alten Zeit, als die alte Sitte überhaupt Unehrerbietigkeiten gegen den Patron und dessen Angehörige gar nicht aufkommen ließ, erschienen besondere gesetzliche Bestimmungen über solche Einzelnheiten gewiß gar nicht nötig. Kam aber etwas dergleichen vor, so wird ohne Zweifel jeder Magistrat den *libertus* mit seinem unehrerbietigen Begehren ohne weiteres abgewiesen haben. Auch stand dem Patron eine genügende Macht zu Gebote, um selbst eine Verletzung der Ehrerbietung gegen sich und die Seinigen zu ahnden. Der Patron hatte immer noch eine Zuchtgewalt über den *libertus*,[1] er kann *animadvertere in libertum*. Sagt doch Cicero, daß *maiores nostri* den Freigelassenen *non multo secus, ac servis, imperabant* (Cic. ad Quint. fr. I, 1, 4). Und wenn auch aus dieser Stelle zugleich zu entnehmen ist, daß zu Ciceros Zeit der Patron nicht mehr solche Macht über den *libertus* hatte, wie in alter Zeit, so spricht doch noch Ulpian dem Herrn das Recht einer *levis coercitio* zu: er kann ihn schelten *(convicium dicere)*, selbst mäßig schlagen *(leviter pulsare vel emendare)*. Nur soll er ihn nicht mehr wie einen Sklaven züchtigen dürfen. Wegen sklavenartiger Mißhandlung, *atrox iniuria*, gewährte der Prätor auch wohl einem *libertus* eine *iniuriarum actio* gegen den Patron.[2] Man darf darin wohl eine Milderung einer ursprünglich noch straffern Unterthänigkeit der *liberti* sehen. Daß aber in alter Zeit der Patron geradezu das Recht gehabt habe, nach seinem Ermessen einen für undankbar erklärten *libertus* in die Sklaverei zurückzuversetzen, erscheint ganz ungegründet. Dagegen das bei Tacitus XIII, 26 erwähnte Recht, den *libertus centesimum ultra lapidem* zu verbannen, dürfte schon aus älterer Zeit stammen. — Aus der dem Patron geschuldeten Dankbarkeit wird auch die Verpflichtung des *libertus* hergeleitet, den bedürftigen Patron, solange dieser es bedarf, und solange der *libertus* etwas abgeben kann, Alimente zu gewähren, eine Verpflichtung, die auch nicht wegfällt, wenn der Freigelassene von der *operarum obligatio* befreit ist.[3] Es scheint, daß diese Alimente monatlich entrichtet werden mußten (l. 9 D. de agnoscend. et alend. lib. 25, 3). Obwohl altbegründet, ist diese Verpflichtung durch manche kaiserliche Konstitutionen noch anerkannt worden. *Quantum sit in facultatibus*, wird nötigenfalls durch einen *arbiter* abgeschätzt, der nach Verhältnis des ermittelten Vermögensbetrags den Betrag der zu leistenden Alimente bestimmt.[4] Daraus, daß der *libertus* noch zur *familia* des Testators im weitern Sinne gehört und häufig noch mit ihm zusammenwohnt,[5] erklärt sich auch, daß, wenn der Freigelassene ein *furtum* gegen den Patron verübt, eine *actio furti* aus solcher That nicht entspringt.[6] Daß der Patron hier sein Koercitionsrecht gegen den *libertus* ausüben konnte, ist selbstverständlich. Als eine Dankbar-

[1] Val. Max. VI, 1, 4. [2] L. 7 § 2, l. 11 § 7 D. de injur. 47, 10.
[3] Paul. II, 32. L. 24 D. de jure patronatus 37, 14.
[4] L. 5 § 25 D. de agn. et al. l. 25, 3.
[5] L. 17 § 15 D. de aed e. 21, 1. L. 12 C. de op. l. 6, 3.
[6] L. 90 (89) D. de furtis 47, 2. Damit scheint im Widerspruch zu stehen l. 17 § 2 D. eod. tit.

keitspflicht wird es auch angesehen, daß der Freigelassene dem Patron gegenüber *officiosus*, dienstgefällig, bereitwillig zu Dienstleistungen sei. Diese Dienstleistungen und deren Begründung haben eine besonders eingehende rechtliche Ausbildung erfahren, da es den auch bei der Freilassung doch immer auf ihren Nutzen bedachten Römern besonders darum zu thun war. Als regelmäßige Leistungen, zu denen die Freigelassenen bei der Freilassung sich anheischig machen mußten, zum Dank für das ihnen erwiesene große *beneficium*[1] der Freiheitserteilung, werden *dona*, *munera* und *operae* genannt.[2] Die *munera* sind herkömmliche Gelegenheitsgeschenke *(natalicium, nuptalicium)*,[3] die *dona* Geschenke zu anderen Zwecken, wohl bei außerordentlichen Gelegenheiten, wie sie schon der alte Klient seinem Patron schuldete. Viel wichtiger sind die *operae*. In der Übernahme der Verpflichtung zu solchen *operae* liegt nicht etwa eine Schenkung. Der Patron hat durch die Freiheitserteilung etwas dafür gewährt,[4] *libertatis causa* werden sie auferlegt und übernommen: *Quae liberti imposita libertatis causa praestant, ea non donantur: res enim pro his intercessit.*[5] Der Begründungsakt der *operarum obligatio* wird wohl kurz da, wo nicht näher seine Form zu bezeichnen ist, als *imponere operas* bezeichnet.[6] Dieses *imponere* ist nicht als ein einseitiger Akt des Herrn zu denken, welcher hier, wo es sich um Begründung einer Verpflichtung für die Zeit der Freiheit handelt, nichts nützen könnte. Die Begründung geschieht vielmehr durch einen mit dem zu Verpflichtenden vorgenommenen Akt, die Beteiligung des Herrn oder Patrons an diesem Akt kann, da jener dem Sklaven und Freigelassenen gegenüber doch immer die superiore Stellung einnimmt und ihn zu der Zusage nötigen kann, als ein *imponere operas* bezeichnet werden. Schon vor der Freilassung ließ sich nun der Herr von dem Sklaven in der Form der Stipulation oder noch häufiger wohl durch einen Eid die Leistung der gewünschten Dienste zusagen. Zwar brachte dieses Sklavenversprechen bezw. dieser Sklaveneid auch nach der Freilassung keine Klage hervor, aber es waren doch nicht bloß die Macht der Sitte, die faktische Abhängigkeit des Freigelassenen vom Patron und der Einfluß der *religio*, welche den Freigelassenen zur Wiederholung des Versprechens bezw. Eides nötigten. Nach einer alten, von einem Prätor Drusus herrührenden Ediktsbestimmung sollte es *conditio iuris* der Freiheit sein, daß der Betreffende dasselbe, was er als Sklave beschworen, auch als Freigelassener eidlich zusage. Bei Weigerung des Eides sollte die *addictio* der Freiheit als nicht geschehen angesehen werden.[7] Die nach der Freilassung geschehene *stipulatio operarum* oder *iurata promissio operarum* brachten für den Patron eine *actio* hervor. Dieses Versprechen oder dieser Eid schloß sich gewiß unmittelbar an die Freilassung an. Solange jene Ediktsbestimmung bestand, hatte der Freigelassene selbst ein Interesse daran, daß das geschah, damit jene *conditio iuris* erfüllt und damit seine Freiheit objektiv sicher werde. Es erwähnt aber nur Cicero die-

[1] Vat. Fr. § 225. L. 1 pr. D. de bonis libert. 38, 2. L. 33 D. de poenis 48, 19. Cic. Verr. II, 1, § 124 u. a. St.

[2] L. 7 § 3, l. 37 pr., l. 47 D. de operis libertor. 38, 1. Paul. II, 32, 1. L. 53 pr. D. de verb. s. 50, 16. Wie ständig diese drei verbunden erschienen, zeigen die im Einsied. Kodex überlieferten Litterae singulares: *D. M. O. donum munus operas*, u. *O. D. M. operas donum munus*. Vgl. Huschke, Iur. a. p. 142.

[3] L. 194 D. de v. s. 50, 16. [4] L. 1 pr. D. de bonis libertor. 38, 2.

[5] L. 8 D. de don. 39, 5.

[6] Vgl. z. B. L. 95 D. 30; l. 7 § 3, l. 33, l. 37 § 2, l. 38 pr., l. 47 D. de op. l. 38, 1.

[7] Cic. ad Att. VII, 2.

selbe, und, wie es scheint, als eine vergangene. Später scheint der Freigelassene, wenn er als Sklav den Eid geleistet, als *religione adstrictus* gezwungen worden zu sein, den Eid als Freigelassener zu wiederholen, solcher Zwang scheint aber nur *in continenti* nach der Manumission möglich gewesen zu sein *(dummodo in continenti, cum manumissus est, aut iuret aut promittat,* l. 44 pr. D. de lib. causa 40, 12). Modestinus konnte immerhin mit Recht sagen (l. 77 D. de solut. 46, 3): *In liberto antiquior contractus operarum esse non potest, sine quo libertas ei data non esset.* — Die *iurata promissio* ist in der Beziehung der durch Stipulation eingegangenen Verpflichtung gleich behandelt worden, daß auch sie durch *acceptilatio* aufgehoben werden konnte.[1] Seinem Inhalte nach war das Versprechen, abgesehen von den *dona* und *munera,* auf *operae officiales* oder *operae fabriles* gerichtet. Der an sich faktische Unterschied zwischen diesen Arten der *operae* ist, sofern dieselben zum Inhalt des Versprechens des Freigelassenen gemacht wurden, zu einem juristischen geworden. Schon die Sklaven werden je nach ihren Dienstleistungen zum *officium* bezw. *ministerium* oder zum *artificium* gerechnet. Zum *officium* gehören die Sklaven, welche zum Hauswesen gehörige Dienste leisten, die in der Regel keine durch eine besondere Ausbildung zu erlangende gewerbliche oder künstlerische Fertigkeit verlangen, zum *artificium* die, welche zu irgend einem Gewerbe, einer Kunst ausgebildet sind,[2] doch können im konkreten Falle auch einzelne *servi artifices,* z. B. ein Koch, Glieder der für den regelmäßigen Hausdienst *(officium)* bestimmten Sklavengruppe bilden. Diese Scheidung der Sklaven in die zum *officium* oder *artificium* gehörigen konnte für die Auslegung von Willenserklärungen, z. B. Legaten, von Wichtigkeit werden. Bei den Freigelassenen werden *operae officiales* und *operae fabriles* unterschieden. Die *officiales* erklären Burchardi[3] für Ehrendienste, Danz[4] für die der Person des Patrons zu leistenden Ehren- und Liebesdienste, Keller[5] für Aufwartung und Ehrendienste, mehr persönlich-individueller Natur, Zimmern[6] und Mühlenbruch[7] für häusliche Dienste, Rein[8] für persönliche, die Person oder den Haushalt des Patrons betreffende Dienste, Kuntze[9] für die Dienstleistungen, wie sie zum geselligen Luxus vornehmer Römer gehörten. Dem gegenüber werden dann die *fabriles* als handwerksmäßige und künstlerische, kunstartige Verrichtungen charakterisiert. Nach Leist,[10] welcher sich in seinem Werk über das römische Patronatsrecht am ausführlichsten über den Gegensatz ausläßt, sind *operae officiales* solche Dienste, welche innerhalb der Grenzen und des Grundgedankens des *officium* sich halten, *officium* aber ist Handeln in Gemäßheit eines der Person des andern (hier des Patrons) in jedem konkreten Fall zum Dienen sich sittlich Verbundenfühlens. *Fabriles* dagegen sind nach Leist die über das Gebiet des *officium* hinausliegenden Dienste, zu welchen die Freilasser in nicht zu billigender, egoistischer Weise die Freigelassenen anheischig machten, zu welchen nur Dienste gehörten, die die Erlernung eines gewissen Artificiums erforderten. Dabei bleibt nur die Frage, welche Dienste liegen denn innerhalb des *officium,* welche nicht, zumal da von Leist angenommen

[1] Auf die eigentümliche *actio operarum* wird bei der Darstellung der Stipulation näher einzugehen sein.

[2] Vgl. L. 65 § 1 D. 32. L. 24 D. de m. t. 40, 4. L. 4 § 5 D. de cens. 50, 15.

[3] Lehrb. d. R. R. II, 1, S. 131. [4] Lehrb. d. G. d. r. R. I², S. 194.

[5] Institut. S. 225. [6] R. G. I, 2, S. 798. [7] Cession² S. 303.

[8] Privatr. u. Civilpr. der Römer S. 600. [9] Curs. d. r. R. 2. Aufl. § 803, S. 563.

[10] A. a. O. V, namentlich S. 215 ff.

wird, daß auch artificiale Dienste sich innerhalb des *officium* halten und ganz im guten Geist des Patronatsrechts auferlegt werden konnten. Als zum *officium* des immer noch im weitern Sinn zur *familia* des Patrons gehörigen Freigelassenen sah man es an, auf die Person, die Familie, das Hauswesen, den Freundeskreis des Patrons bezügliche Dienste zu leisten, auch wenn solche Kunstfertigkeit voraussetzten. Dahin gehören also keineswegs bloß häusliche, d. h. im Innern des Hauses zu leistende Dienste, auch nicht bloß Ehrendienste oder gar bloß zum geselligen Luxus vornehmer Römer gehörende Dienste. Sie sind von unbestimmter Mannigfaltigkeit, nur müssen sie dem Patron seinen ganzen Verhältnissen nach (für seine Person, seine Familie, sein Hauswesen, seine Freunde) einen Nutzen gewähren, wie sie der *libertus* seiner Individualität und Ausbildung nach zu leisten vermag; die *proprietas earum,* wie Ulpian l. 9 § 1 D. de op. lib. 38, 1 treffend sagt, *et in edentis persona et in eius cui eduntur constitit.* Als Beispiele werden genannt: den Patron auf Reisen begleiten, für ihn reisen, in seiner Abwesenheit sein Haus bewachen, Bücher für ihn abschreiben, andere Geschäfte für ihn besorgen[1] u. s. w. Die *operae fabriles* dagegen sind bestimmte Leistungen, zu deren Vornahme Ausbildung in dem betreffenden Handwerk oder der betreffenden Kunst gehört, ganz ohne Rücksicht darauf, ob dieselben gerade dem Patron seinen Verhältnissen nach dienlich sind oder nicht. Diese innere Verschiedenheit der *operae officiales* und *fabriles* prägte sich juristisch zunächst in der Art aus, wie sie zugesagt wurden. Bei der Übernahme sogenannter *fabriles* wird immer eine *certa species operarum,* d. h. Leistungen eines bestimmten Handwerks, einer bestimmten Kunst (in welcher der *libertus* besonders ausgebildet ist), ganz ohne Rücksicht auf das Bedürfnis und die Verhältnisse des Patrons zugesagt,[2] ganz in derselben Weise, wie dieselben auch unter anderen Personen zum Inhalt einer Stipulation gemacht werden könnten. Geschuldet werden dieselben binnen der Frist, binnen welcher sie ihrer Natur nach geleistet werden können, bezw. von dem *dies* an, welcher in der Stipulation ausdrücklich bezeichnet ist. Die *officiales* werden offenbar durchgängig ganz unbestimmt zugesagt, aber eben als *officiales,* mit Bezugnahme auf das allgemeine Pflichtverhältnis, in welchem der *libertus* zum Patron steht. Es geht das schon aus gewissen allgemeinen Beschränkungen, welche in Bezug auf die zu beanspruchenden *operae* gezogen werden, hervor. Es wird gesagt,[3] die zu leistenden *operae* hingen *ex existimatione* des Verpflichteten ab: es seien solche zu leisten, welche der *dignitas,* den *facultates,* der *consuetudo,* dem *artificium* des Verpflichteten entsprechend seien. Nur solche Dienste sollen als auferlegt angesehen werden können, welche *sine turpitudine* und *sine periculo vitae* geleistet werden können.[4] Auch aus den Einzelsätzen, welche weiter für die *officiales operae* aufgestellt werden, kann man entnehmen, daß das Versprechen ein unbestimmtes in der vorher angegebenen Weise war. Es sind diese *operae ex commodo patroni* zu leisten.[5] Welche *operae* gerade und wann sie ihm paßlich sind, kann der Patron nur selbst bestimmen. Daher werden sie im einzelnen nicht sofort geschuldet (*non confestim cedunt*), sie werden nicht eher geschuldet, als bis der Patron sie gefordert, angesagt und damit speziell Art und Zeit des Dienstes fixiert hat, einerlei, ob die Worte „*cum poposcero*" oder ähnliche[6] in

[1] L. 38 § 1, l. 49 D. de o. l. 38, 1. Gai. I, 19. Cic. ad div. XIII, 21.
[2] L. 24 D. de o. l. 38, 1. [3] L. 50 pr. D. h. t.
[4] L. 16 pr. D. h. t. Vgl. auch l. 7 § 3 D. eod. tit. [5] L. 24 D. h. t.
[6] L. 22 pr. D. h. t.

der Stipulation hinzugefügt sind oder nicht. Dieses *poscere* oder *indicere operas* und die darin liegende jedesmalige Fixierung der zunächst unbestimmt geschuldeten Dienste unterscheidet die *officiales* wesentlich von den *fabriles*. — Der allgemeine juristische Unterschied zwischen den *operae officiales* und *fabriles* macht sich auch in der Frage der Übertragbarkeit des Rechts darauf geltend. Die *officiales* gehen auf die Erben des Patrons als solche nicht über.[1] Die Stipulation dieser *operae* konnte mit auf die Kinder des Patrons verstellt werden.[2] Dann stand der Anspruch darauf nicht bloß den schon vorhandenen Hauskindern, sondern auch den *postumi* zu, er stand auch den *emancipati* zu, den in Adoption gegebenen aber nur, wenn sie zu Erben des Patrons eingesetzt waren.[3] Sind die Kinder in der *operarum stipulatio* nicht erwähnt, so steht ihnen der Anspruch nur zu, wenn sie, und zwar unmittelbar selbst, nicht durch einen andern, Erben des Vaters geworden sind.[4] — Der Anspruch auf die *fabriles* ist ein aus einer gewöhnlichen Geschäftsobligation entspringender, sie gelten als solche, *quae quasi in pecuniae praestatione consistunt,*[5] und sind derart, daß sie von jedem einem jeden entrichtet werden können,[6] sie gehen daher auf den Erben des Patrons über. Bei den *fabriles* war es auch unbeschränkt zulässig, daß sie auf Geheiß des Patrons einem andern geleistet wurden,[7] auch konnte bei der Stipulation der *operae fabriles* ein *solutionis causa adiectus* vorkommen (der Patron konnte „*sibi aut Titio*" stipulieren).[8] Dagegen schloß die Natur der *officiales operae* die Hinzufügung eines beliebigen *solutionis causa adiectus* aus.[9] Ehe aber die Frage beantwortet werden kann, ob eine Vermietung von *officiales operae* zulässig war, muß zunächst geprüft werden, ob und in welcher Weise auch *artificiales operae* zu den *officiales* gehören können. Betreibt der *libertus* ein *artificium,* so kann der Patron beanspruchen, daß er ihm, soweit es seine Verhältnisse als nützlich erscheinen lassen, die betreffenden *artificiales operae* leiste. Übt z. B. der Freigelassene die Kunst eines Pantomimen aus, so hat er sie auf Verlangen des Patrons bei dessen Festen auszuüben. Ist er Arzt, so muß er dem Patron, wo nötig, ärztliche Hilfe leisten.[10] Hört aber der Freigelassene überhaupt auf, das betreffende *artificium* zu betreiben, so kann der Patron auch die Ausübung desselben zu seinen Gunsten nicht mehr verlangen.[11] Aber der Patron kann auch beanspruchen, daß der Freigelassene sein *artificium* zu Gunsten der Freunde des Patrons ausübe, daß z. B. jener Pantomime seine Kunst auch bei den Festen der Freunde des Patrons unentgeltlich ausübe, oder daß der *libertus*, welcher Arzt ist, dem Freunde des Patrons unentgeltlich ärztliche Hilfe leiste.[12] Ein Patron, welcher selbst die *operae artificiales* seines Freigelassenen gebrauchen kann, darf sie nicht vermieten.[13] Sind aber seine Verhältnisse derart, daß er selbst sie nicht gebrauchen kann, so darf er sie, um überhaupt einen Nutzen davon zu haben, vermieten,[14] wobei aber sicher der egoistischen Ausbeutung unter billiger Erwägung der Verhältnisse des Patrons und des *libertus* Schranken gesetzt werden konnten. Ebenso konnte ein Patron, welcher Arzt war, sich bei der Betreibung seiner Kunst,

[1] L. 6 D. h. t. [2] L. 5, l. 22 § 1 D. h. t. L. 44 § 1 D. de lib. c. 40, 12.
[3] L. 7 § 7 u. § 8 D. h. t. [4] L. 22 § 1 D. h. t. [5] L. 6 D. h. t.
[6] L. 9 § 1 D. h. t. [7] Vgl. noch l. 26 § 12 de cond. ind. 12, 6.
[8] L. 12, 23 pr. D. h. t. [9] L. 10 § 1 — l. 12 D. h. t.
[10] L. 27, l. 23 pr. D. h. t.
[11] L. 23 D. cit. verb.: quamdiu id artificium exercebit. L. 38 § 1 D. h. t.
[12] L. 27 D. cit. [13] L. 25 § 3 D. h. t. [14] L. 25 pr. § 1 D. h. t.

der *operae* der *liberti*, welche dieselbe Kunst betrieben, bedienen, resp. deren *operae* vermieten.[1] Wollen aber die *liberti* diese *operae* nicht leisten, so ist als Wert derselben der Ertrag, den der Patron aus diesen *operae* gezogen haben würde, zu veranschlagen.[2] — Das Ziel der *actio operarum* ist nicht Leistung der *operae in natura*.[3] Die einzelne *opera* ist eine auf einen Tag bemessene und an ihn gebundene Arbeitsleistung (*operae sunt diurnum officium*).[4] Wie jede geschuldete Leistung, ist auch die geschuldete *opera* nichts *in rerum natura* Existierendes.[5] Nicht eher kann von einem *in rerum natura esse* derselben geredet werden, als bis der Tag, an welchem sie zu leisten ist, herangekommen ist: *Opera in actu consistit nec antea in rerum natura est, quam si dies venit, quo praestanda est, quemadmodum cum stipulamur, quod ex Arethusa natum erit.*[6] Der Tag, an welchem die *opera* zu leisten, ist für die *fabriles* irgendwie durch die Stipulation selbst festgesetzt, für die *officiales* wird er durch das *indicere*[7] des Patrons bestimmt. Dieser Tag muß aber erst verstrichen sein, bevor geklagt werden kann. Dann ist dieselbe *praeterita*, geklagt wird immer auf *praeterita opera*, welche *in natura* nicht mehr geleistet werden kann. so daß bei der *solutio* eine *aestimatio* an die Stelle treten muß.[8] Dies gilt sowohl für die *fabriles*, als die *officiales*. Auch wenn *indictae officiales operae* an den bestimmten Tagen nicht geleistet werden, *ad pecuniae exactionem obsequii non praestiti aestimatio convertitur*. Der Anspruch auf *praeteritae operae officiales* geht auf die Kinder des Patrons, auch wenn sie nicht Erben geworden sind, schlechthin *(omni modo)* über,[9] sie müßten denn vom Patron enterbt sein. Stirbt der Patron erst nach der *litis contestatio*, so soll die *translatio iudicii* auch auf den *heres extraneus* des Patrons stattfinden. — Die einzelne *opera* als Tagewerk ist nichts Teilbares, der *libertus* also, der Arbeit für die Hälfte des Tages geleistet (für die *sex horae autemeridianae)*, ist dadurch nicht zur Hälfte von der Verpflichtung zur Leistung dieser *opera* befreit.[10] Hat von mehreren Patronen, deren gemeinschaftlicher Sklave vom *libertus* eine *opera* stipuliert hat, jeder nur einen Anteil an derselben zu beanspruchen, so ist die *solutio* entweder so zu bewerkstelligen. daß der Freigelassene jedem Patron den ihm zukommenden Teil der *aestimatio* zahlt, oder so, daß er mit Zustimmung der Patrone ihnen die *opera* gemeinschaftlich entrichtet.[11] Werden mehrere *operae* geschuldet, so ist natürlich eine Teilung der Zahl nach möglich. Regelmäßig fand wohl in der *promissio operarum* eine Beschränkung der Verpflichtung auf eine gewisse Zahl von *operae* statt.[12] Hatte der *libertus* versprochen, so viel *operae* zu leisten, *quot operas patronus arbitratus sit*, so soll der Patron die Festsetzung der Zahl nach Billigkeit, wie ein *bonus vir*, vornehmen.[13] Der Anspruch auf einzelne *operae*, der schon existent geworden ist (*quae jam cedere coeperunt*), kann durch irgend einen, dem *libertus* nicht zuzurechnenden Umstand untergehen, z. B. wenn durch eigene Schuld der *patroni* dem *libertus* unmöglich gemacht wird, die *operae indictae* zu leisten, oder wenn er durch Krankheit verhindert wird.[14] Die *operae* sind dem Patron da, wo er sich aufhält, zu leisten, vorausgesetzt, daß er, wie ein ver-

[1] L. 25 § 2 D. h. t. [2] L. 26 § 1 D. h. t.
[3] L. 7 pr. C. de op. lib. 6, 3. L. 23 § 1 i. f. D. h. t. [4] L. 1 D. h. t.
[5] L. 9 pr. D. h. t. [6] L. 1 D. de op. serv. 7, 7.
[7] L. 13 § 2, l. 22 pr., l. 24 D. h. t. [8] L. 13 § 2, l. 8 pr. D. h. t.
[9] L. 29 D. h. t. [10] L. 3 § 1 D. h. t. [11] L. 54 § 1 D. de v. o. 45, 1.
[12] L. 6 § 1 D. de j. p. 37, 14. L. 15 § 1, l. 24 D. de op. l. 38, 1.
[13] L. 30 pr. D. h. t. [14] L. 15 pr. l. 23 § 1, l. 34 D. h. t.

nünftiger Mann, ein *bonus paterfamilias*, seinen Aufenthalt nimmt und wechselt.[1] Die Reisetage aber, welche der *libertus* gebraucht, um zum Patron zu gelangen, werden ihm als Tagewerke angerechnet (*patrono pereunt*). Die Kosten der Reise hat der Patron zu tragen.[2] Während der Arbeitstage hat der Freigelassene seinen Lebensunterhalt und seine Bekleidung selbst zu tragen.[3] Der Patron hat ihm daher nötigenfalls von den Arbeitstagen so viel Zeit zu lassen, als nötig ist, um seinen eigenen Unterhalt zu erwerben, oder muß ihm selbst Alimente verabreichen.[4] Auch muß er dem *libertus* von allen Arbeitstagen die für die Pflege seines Körpers erforderliche Zeit lassen. Hat eine zu *operae* verpflichtete *liberta* mit Einwilligung des Patrons geheiratet, so werden von nun an keine *operae* mehr fällig; sie steht nun *in officio mariti*, und kein Patron, Patronssohn u. s. w. kann noch Dienste von ihr fordern. Die *patrona* aber, deren Tochter u. s. w. können *non indecore* auch von der mit ihrem Willen verheirateten *liberta operas* fordern. Mit Auflösung der Ehe tritt auch die Verpflichtung dem Patron gegenüber wieder in Kraft.[5] — Hat ein Freigelassener, der sich zu keinen *operae* durch *promissio* oder Eid anheischig gemacht, im Glauben, er sei zu leisten verpflichtet, solche geleistet, so fragt sich, ob ihm die *condicto indebiti* zustehe. Hat er in dem Glauben, dazu verpflichtet zu sein, offiziale Dienste geleistet, so ist die *condictio indebiti* ausgeschlossen, denn solche Dienste schuldet er *natura*. Hat er aber in jenem Glauben außerhalb des Gebiets des *officium* liegende fabrile Dienste geleistet, so kann er mit *condictio indebiti* den Betrag zurückfordern, um welchen er die geleisteten Dienste vermietet haben würde.[6] Gegen denjenigen, welcher des Patrons Recht, dem Freigelassenen Dienste ansagen zu können, durch Vorenthaltung desselben beeinträchtigt, steht jenem das *interdictum de liberto exhibendo* zu, welches zu der Kategorie gerechnet wird, *quae iuris sui tuendi causa competunt*.[7] —

Von den *operae* sind die *officiales* die dem Wesen des Patronats entsprechendsten und daher wohl die älteren. Das Versprechen der *fabriles*, welche *natura* nicht geschuldet werden, trägt unter Patron und *libertus* denselben Charakter einer reinen Geschäftsobligation an sich, wie wenn es unter anderen Personen vorgekommen wäre, ist also schon als eine egoistische Ausbeutung der Macht der *patroni* und eine später erst aufgekommene Ausartung anzusehen. Jene Ausbeutung hat sich aber keineswegs auf eine Ausdehnung der in Anspruch genommenen *operae* beschränkt. Die Liberten wurden noch zu Versprechen von anderen Leistungen angehalten, welche die spätere Zeit unter dem Ausdruck *onerandae libertatis causa imposita* zusammenfaßte. So ließen sich zunächst die *patroni* bei der Freilassung von den *liberti* Zahlung von Geldsummen versprechen, die als Strafe verfallen sollten, *si patronum libertus offenderit*, wenn also irgend etwas im Benehmen des *libertas* gegen den Patron diesem letztern anstößig gewesen, dessen Mißfallen, Tadel erregt habe. Zweck solcher abgenötigten Versprechen war nicht so sehr, diese Summen wirklich beizutreiben, sondern den Freigelassenen durch die Furcht vor der, wie das Schwert des Damokles, über ihm hängenden Strafe, in beständiger Unterwürfigkeit und Willfährigkeit gegen jedes Ansinnen des Patrons zu erhalten.[8] Sodann aber

[1] L. 20 § 1 D. h. t. [2] L. 21 D. h. t. [3] L. 18 D. h. t.
[4] L. 19, l. 50 § 1, l. 33 D. h. t. [5] L. 48 D. h. t.
[6] L. 26 § 12 D. de cond. ind. 12, 6.
[7] Gai. IV, 162. L. 2 § 1 D. de interdict. 43, 1. Demelius, Exhibitionspflicht S. 243f.
[8] L. 1 § 5 D. quar. r. a. 44, 5.

wurde dem *libertus* der Vertrag abgenötigt, daß der *patronus* als *socius* (*dimidiae partis*) in sein Vermögen bezw. seinen Erwerb eintreten solle, wenn der *libertus* ihm nicht *obsequium praestaret.*[1] Die Bedingung ist hier eine andere, wie bei der *poenae promissio.* Nicht jeder Anstoß, den der *libertus* bei dem Patron errege, sondern erst eine Versagung des schuldigen *obsequium* soll den Eintritt jener Sozietät bewirken. Die Auferlegung dieser *durissimae res* geschah nicht lediglich aus Habsucht, sondern, wie schon bemerkt, zu dem Zweck, den *libertus* in Unterthänigkeit zu erhalten. Die Sitte solches *libertatem onerare* ist daher vielleicht erst aufgekommen, als das alte strenge Koercitionsrecht, welches dem Patron gegen den *libertus* zustand, abgeschwächt war. Die Patrone suchten nun in jenen Verträgen einen Ersatz. Wie spätere Prätoren diesem *onerare libertatum* entgegentraten, ist später erst auseinanderzusetzen.

Dem derart im Testament Freigelassenen, dem sogenannten *libertus orcinus,* können vom Testator selbst im Testament keine *operae* und auch nichts *vice operarum* auferlegt werden; denn *operae* können nur vom Patron auferlegt werden, der Testator aber, welcher im Moment, wo der testamentarisch Freigelassene frei wird, nicht mehr existiert, wird nicht *patronus.*[2] Daraus darf nun aber keineswegs (mit KELLER, Instit. S. 229) gefolgert werden, daß dem *libertus orcinus* keine *operae* oblägen. Statt beim Freilasser selbst beginnt hier der Patronat bei des Freilassers *filius,* der, wie in l. 33 pr. D. de fid. lib. 40, 5 geradezu gesagt ist, dem *libertus orcinus* auch *operae* auferlegen kann (*hoc enim sc. operas imponere potuisset, etiamsi directam libertatem accepisset, quasi patroni filius.* Der *orcinus libertus pertinet ad familiam testatoris,* er ist *libertus familiae testatoris,*[3] und, soweit die *filii* des Freilassers überhaupt des Patronats teilhaftig sein können, steht er ihnen auch gegenüber dem *libertus orcinus* zu. Es hat nämlich an den Patronatsrechten auch teil die agnatische Descendenz des *patronus,* zunächst die Söhne und Töchter, dann die Sohnessöhne, Sohnestöchter u. s. w. Sie empfangen den Patronat zwar nur durch den Vater, aber doch kraft eigenen Rechtes.[4] Nach der Interpretation der römischen Juristen sind schon *in XII tabulis patroni appellatione etiam liberi patroni* mitbefaßt (wie auch in der lex Cincia, Fr. Vat. § 308). Wenn aber auch die *liberi patroni in plerisque causis manumissoris iure censentur,* so hat doch in einigen Punkten das Patronatsrecht der Kinder nicht dieselbe Stärke, wie das des Freilassers selbst. Einzelnes hieher Einschlagende gehört erst dem spätern Rechte an. Hier ist schon zu erwähnen, daß der Patron durch *exheredatio* zwar nicht das Intesterbrecht seiner *liberi* gegenüber dem Freigelassenen, wohl aber deren Recht auf *operae officiales* ausschließen konnte.[5] Ferner schuldet zwar der Freigelassene nicht bloß dem Patron, sondern auch den *liberis patroni obsequium*; doch werden sie zur Alimentation der Kinder *non tam facile,* wie zu der der Patrone, sondern nur *nonnunquam causa cognita* angehalten.[6]

Von den Beendigungsgründen des Patronats sind viele erst im spätern Recht aufgekommen. Daß wohl das Patronatsrecht des Freilassers selbst, nicht aber das Patronatsrecht überhaupt durch den Tod des erstern aufhöre, ergiebt sich schon aus dem bisher Dargelegten. Auch durch *capitis diminutio,* zunächst dadurch,

[1] L. 1 § 7 D. eod. tit. L. 1 § 1 D. de bon. l. 38, 2. [2] L. 95 D. 30.
[3] L. 95 D. de leg. I (30). L. 3 § 3 D. de legit. tut. 26, 4. L. 48 D. de man. test. 40, 4. L. un. § 7 C. de Lat. lib. toll. 7, 6.
[4] L. 3 D. de interd. et releg. 48, 22. L. 10 § 1 D. de bon. libert. 38, 2.
[5] L. 29 D. de o. l. 38, 1. [6] L. 5 § 20 D. de agnosc. l. 25, 3.

daß der Patron oder der *libertus* die Freiheit oder das Bürgerrecht verlieren, geht der Patronat unter.[1] Dadurch, daß der Patron selbst eine *capitis diminutio magna* erleidet, wird nach altem Recht auch den Patronskindern der Patronat entzogen.[2] Durch eine *capitis diminutio minima* des Patrons oder des *libertus* wird die quasi-agnatische Verwandtschaft zwischen ihnen, und damit vor allem das auf jener beruhende gesetzliche Erbrecht des Patrons und seiner Kinder,[3] nicht minder das gentilizische Erbrecht der Gentilen des Patrons und die etwaige *legitima tutela* des Patrons über den Freigelassenen aufgehoben. Der Anspruch auf *honor exhibendus* wird aber durch eine *capitis diminutio* des Patrons nicht aufgehoben.[4]

III. Die *manus* und Ehe.

1. Inhalt der *manus*.

§ 11. Nach ältester römischer Anschauung, welche der anderer Völker entspricht, tritt die Frau durch Eingehung der rechten Ehe in die *familia* des Mannes. Es konnte nicht anders sein. Sollte die Ehe die engste Vereinigung des Mannes und Weibes sein, sollte ihnen *omnia communia, una domus* sein,[5] so konnte nicht der eine und der andere hinfort verschiedenen *familiae* angehören, und da die Frau dem Manne folgen soll, so ist dadurch notwendig gegeben, daß die Frau mit Eingehung der Ehe aus ihrer bisherigen *familia* ausscheidet und in die des Mannes übertritt. Eine weitere Folgerung ist dann auch unausbleiblich. Nach der römischen Auffassung der *familia* hat dieselbe nur einen Herrscher, der nur ein Mann sein kann. Tritt die Frau mit der Ehe in die *familia* des Mannes ein, so ist sie damit notwendig seiner Familiengewalt unterworfen. bezw. durch ihn vielleicht der *potestas* seines Gewalthabers. So zeigt sich, daß Ehe und die Familiengewalt des Ehemanns über die Ehefrau nach altrömischer Anschauung innerlich und notwendig miteinander zusammenhängen, daß also Eheschließung und Begründung der Familiengewalt des Mannes über die Frau notwendig eins sind. Man hat wohl gesagt, das Recht des Ehemanns sei dem des Vaters nachgebildet,[6] die eheherrliche Gewalt sei eine Nachahmung der väterlichen Gewalt. Das wäre höchst wunderbar, denn die Ehe ist der Grund der Familie; in rechter Ehe werden die Kinder, welche demnächst in die *patria potestas* des Ehemanns fallen, gezeugt. Wie soll da die rechtliche Stellung der Ehefrau zum Muster und Maßstab die der Tochter haben können? Das eheliche Verhältnis, wird gesagt,[7] sei ein solches, welches für sich gar keine rechtliche Angehörigkeit begründe, keine besondere rechtliche Gestaltung aus sich erzeuge, sondern nur durch Übertragung einer in einem andern Lebensverhältnisse wurzelnden Rechtsform zu einer solchen gelange. Das Gattenverhältnis habe nur eine sekundäre Bedeutung, es komme nicht sowohl um seiner selbst willen, sondern nur als das die Vaterschaft ermöglichende und vermittelnde Verhältnis in Betracht. In dieser Auffassung ist meines Erachtens Wahres und Falsches gemischt. Wenn der Römer in der

[1] L. 21 pr. D. de iure patr. 37, 14. L. 3 § 7 D. de bonis libertor. 38, 2.
[2] L. 3 D. de interdict. et releg. 48, 22.
[3] Ulp. XXVII, 5. Gai. III, 51. 83. L. 2 D. de legit. tut. 26, 4. L. 7 pr. D. de cap. min. 4, 5. Cic. Top. VI, 29. L. 1 D. de sent. pass. 48, 23.
[4] Vgl. freilich l. 10 § 6 D. de in jus vocando 2, 4. S. jedoch l. 5 C. de obsequiis 6, 6.
[5] Cic. de off. 1, 17. Vgl. Liv. I, 9. [6] Hölder, D. römische Ehe S. 9.
[7] Hölder, a. a. O. S. 11.

rechten Ehe hauptsächlich die Grundlage der Fortpflanzung seiner Familie, seines Geschlechts sah, so folgt daraus wohl, daß ihm der *filiusfamilias*, der unmittelbare Fortpflanzer dieser *familia*, in gewisser Beziehung höher stehen muß als die Frau, die Mutter des Sohnes, es folgt aber gleichzeitig, daß ihm die Mutter, die ihm diese Söhne gebar, ohne welche er die Fortpflanzer seiner *familia* nicht haben würde, höher stehen muß als die Tochter, die, wenn sie zur Fortpflanzung des Menschengeschlechts beiträgt, doch nur zur Fortpflanzung einer andern *familia* hilft. Auch trat die Frau sicher seit uralter Zeit unmittelbar mit der Eheschließung in die Familie und Gewalt des Mannes ein; die Ehe und Gewalt des Mannes war ein dem Kindesverhältnis vorhergehendes Verhältnis, sie begründete unmittelbar eine rechtliche Angehörigkeit, welche ihre Norm nicht erst nach dem Muster der *patria potestas* erhalten haben kann. Unwiderleglich scheint aber die Behauptung, daß die *manus* kein Grundverhältnis eigenartiger Natur war, durch die römischen Juristen selbst bestätigt zu werden, wenn sie sagen, daß die Frau *in manu filiae locum obtinet, filiae loco esse incipit, quasi sua fit.*[1] Diese Redewendungen beweisen aber nur, daß, als die Jurisprudenz anfing, über die Familiengewaltverhältnisse zu reflektieren und sie in eine theoretische Formel zu bringen, was wohl jedenfalls erst geschah, als die *manus* sich von der Ehe losgelöst hatte, und die Ehe mit *manus* anfing, neben der Ehe ohne *manus* an Bedeutung zu verlieren, sie die *patria potestas* als die fortdauernd noch in voller Kraft bestehende und praktisch viel wichtigere Familiengewalt als die vorwiegende angesehen und zum Prototyp gemacht, die *manus* dagegen mehr als ein Anhängsel behandelt hat. Es kam hinzu, daß die *materfamilias*, sowie die *filiafamilias*, gegenüber dem *filiusfamilias* als dem unmittelbaren Fortpflanzer der *familia* zurücktrat und auf erbrechtlichem Gebiet keine größeren Rechte erlangte, als die *filiafamilias* (*iura filiae nanciscitur*); hinzu ferner, daß sie sich ebensowenig wie die *filiafamilias* obligieren kann, denn darüber läßt Gai. III, 104 nach Studemunds neuer Lesung keinen Zweifel mehr. So erschien es als passend, ihre Stellung als ein *filiaefamilias loco esse* zu bezeichnen. Damit ist zugleich genügend angedeutet, daß ihre rechtliche Stellung keineswegs in aller und jeder Beziehung die einer *filiafamilias* ist. Die römischen Juristen gebrauchen die Wendung *loco esse* nicht, um eine völlige Gleichstellung, sondern um eine verwandte, ähnliche Stellung zu bezeichnen. So heißt es von den *in mancipio* Befindlichen: *servorum loco constituuntur*, von dem fideikommissarisch Freigelassenen: *statuliberi locum obtinet, statuliberi loco est*, von Schwieger-Eltern und Kindern: *parentium liberorumque loco habentur*, von Tanten und Urgroßtanten: *parentum* oder *parentis loco habentur*. Schon die sicher vorhandene faktisch verschiedene Stellung der Hauskinder und der *materfamilias* wird uns warnen müssen, die rechtliche Stellung derselben zu identifizieren und die *manus* für nichts weiter als einen Anwendungsfall der *patria potestas* anzusehen. Nach der Gewohnheit der Römer, die Verschiedenheit der, wenn auch verwandten, Begriffe durch die Verschiedenheit des Ausdrucks kenntlich zu machen, dürfen wir auch annehmen, daß *manus* und *patria potestas*, wenn auch aus gemeinsamer Wurzel entsprossen, ihnen doch verschiedenartige Gewaltverhältnisse auch mit verschiedenem Gehalt sind. Jeder andern fremdem *jus* unterworfenen Person steht die Frau *in manu* darin gleich, daß, was sie bei Eingehung der Ehe an Vermögen mitbringt, in das Recht des Mannes

[1] Gai. 1, 111. 114. 115b. 118. 136. II, 139. 159. Serv. ad Aen. IV, 214.

fällt,[1] sowie daß alles, was sie während der Dauer der *manus* erwirbt, dem Manne (bezw. dessen Gewalthaber) erworben wird.[2] Im Erbrecht ist zu zeigen, daß sie beim Tode des Ehemanns rücksichtlich der Beerbung desselben den *filiaefamilias* gleichsteht. Das von der Frau zugebrachte Vermögen, die *res uxoria*, konnte übrigens doch nicht ganz wie das übrige Vermögen des Mannes, wie der Erwerb durch seine Kinder betrachtet werden, denn für den Fall der Scheidung hatte sie, schon bevor es eine *actio rei uxoriae* gab, einen Anspruch auf Rückgabe. Sie büßt ihn erst teilweise oder ganz dadurch ein, daß sie wegen Verschuldung der Scheidung vom Manne als Inhaber der *manus* im *iudicium domesticum multatur* oder *condemnatur*, d. h. zum teilweisen oder gänzlichen Verlust der *dos* verurteilt wird. Mag nun, was hier noch nicht zu untersuchen, der Mann dabei ein ganz freies Ermesssen haben oder nicht: die Nichtrückgabe der *dos* nach erfolgter Scheidung erscheint nicht als etwas Selbstverständliches, sondern als eine der Frau zuerkannte Strafe. Die *res uxoria* erschien also von vornherein als etwas, was ihr für den Fall ihres Ausscheidens aus der *familia* des Mannes durch Scheidung der Ehe zurückzugeben war, wenn es ihr nicht besonders aberkannt wurde. Daß dem Ehemanne vermöge seiner *manus*, abgesehen von der darin enthaltenen hausrichterlichen Befugnis, ein Recht körperlicher Züchtigung der *materfamilias* zugestanden habe, ist möglich, aber einen andern Beweis dafür, als die Gleichstellung der *manus* mit der *patria potestas*, von welcher fraglich bleibt, wieweit sie gegangen, kenne ich nicht. Bei Vergehungen der Frau ist der Mann als Inhaber der *manus* ihr Richter. Der Sitte nach scheint der *paterfamilias* strenger verpflichtet gewesen zu sein, bei Abhaltung des *iudicium domesticum* über die *uxor in manu*, als bei einem solchen über ein Hauskind, ein *consilium* zuzuziehen.[3] Auch entsprach es der Sitte, beim Gericht über die aus fremder Familie in die des Mannes übergetretene Frau nicht bloß etwa seine eigenen Verwandten, sondern auch Kognaten der Frau zuzuziehen.[4] Eine Verletzung dieser Pflichten konnte, wenn nicht auf andere Weise, doch jedenfalls von den Censoren geahndet werden. Daß die vom Hausgericht gegen die Frau erkannte Strafe möglichen Falls Todesstrafe sein konnte, ist nicht zu bezweifeln. In der Regel aber, wenn es sich nicht um schwere Verbrechen handelte, wird die Strafe nach einer bei den Hauskindern nicht möglichen Richtung erkannt sein. Sie lautete auf Scheidung und teilweise oder gänzliche Entziehung der *res uxoria*. Daß das Recht reellen Verkaufs bezw. reeller Mancipation in der *manus* enthalten gewesen sei, ist auch nicht zu erweisen. Was man für diese Befugnis angeführt hat, beschränkt sich auf die Analogie der väterlichen Gewalt, deren Tragweite fraglich ist, und das Recht der imaginären Remancipation zum Zweck der Auflösung der *manus*, welches sehr wohl erst mit der *coemtio* aufgekommen sein kann. Wie schon diese Verwendung der Remancipation zeigt, würde der Verkauf die *manus* und damit in alter Zeit die Ehe zerstören, ein Verkauf bei fortdauernder Ehe widerstrebt dem Wesen derselben. Auch dafür fehlt der Beweis, daß im Falle eines Delikts

[1] Cic. Top. 4, 23. Fr. Vat. § 115. Gai. II, 98. III, 83.

[2] Gai. II, 86. 90. III, 163. Ulp. XIX, 18. 19.

[3] Val. Max. II, 9, 2. Dionys. II, 25. Tac. Ann. XIII, 32. Auch die Stellen, welche nur die *propinqui* oder *sui* als Richter der Ehefrau nennen, sprechen dafür, daß der Ehemann sein Richteramt nicht ohne Zuziehung der Verwandten ausübt. Plin. h. n. XIV, 14, 13. Suet. Tib. 35. Tac. Ann. II, 50. Liv. XXXIX, 18.

[4] Vgl. Ihering, Geist II, 1², S. 199, A. 325.

der Frau dem Inhaber der *manus* das Recht der Mancipation zum Zweck der *noxae deditio* zugestanden habe.[1] Wie man auch über das theoretische Recht dazu denken möge, daß in historischer Zeit noch ein Ehemann jemals von dem Recht der *noxae deditio* Gebrauch gemacht habe, wollen auch die Verteidiger der theoretischen Zulässigkeit nicht annehmen. — Das Recht testamentarischer Ernennung eines *tutor muliebris* lag sowohl in der *manus*, wie in der *patria potestas*, aber auch hier tritt ein verhältnismäßig wohl früh aufgekommener Unterschied zwischen der *materfamilias* und der *filiafamilias* darin hervor, daß der erstern die Wahl des Vormunds (*tutoris optio*) überlassen werden kann, während der letztern eine bestimmte Persönlichkeit zum Vormund gegeben werden muß.

2. Die Formen der Eheschließung und Manusbegründung.

§ 12. Drei Weisen, Formen werden von den Alten angeführt, auf welche eine Frau *in manum mariti* eintreten könne *(Olim tribus modis in manum conveniebant, usu, farreo, coemptione).*[2] Dabei werden die drei *modi* immer in der stehenden, eben angeführten Reihenfolge genannt.[3] Über das historische Verhältnis dieser drei Formen läßt sich nicht handeln, bevor sie nicht selbst dargelegt sind. Wir beginnen mit der *confarreatio*. In der Kaiserzeit werden von Tiberius *ipsius caerimoniae difficultates* als einer der Gründe hervorgehoben,[4] weshalb Konfarreationsakte absichtlich gemieden würden, obwohl bereits *Augustus quaedam ex horrida illa antiquitate ad praesentem usum flexisset.* Da, wie sich zeigen wird, die *confarreatio* ein religiöser, sakralrechtlicher Akt ist, so bezeichnet Dionysius[5] die dadurch abgeschlossene Ehe, die *farreatae nuptiae* als γάμους ἱερούς. Die religiösen Bräuche, soweit sie innerhalb des Rahmens des als *confarreatio* bezeichneten Akts fallen, waren nicht etwa bloß zu beobachten, weil die soziale Sitte und das religiöse Gewissen sie forderten, sie waren vielmehr sakralrechtlich notwendig, ohne Beobachtung derselben also ein *matrimonium legitimum* nicht vorhanden, sofern nicht etwa eine andere zulässige Form der Schließung eines *matrimonium iustum* vorgenommen war. Jeder Zweifel daran würde durch Gaius' Worte ausgeschlossen werden, durch welche er den Akt der *confarreatio* als ein *ius ordinare* bezeichnet und näher angiebt, daß außer dem Faropfer *complura praeterea huius iuris ordinandi gratia — — aguntur et fiunt.* Leider läßt sich Gaius auf eine nähere Angabe dieser *complura quae aguntur et fiunt* nicht ein, denn wenn auch der Akt zu seiner Zeit noch *in usu* war, so schien ihm doch wegen der geringen praktischen Bedeutung desselben offenbar nicht nötig, in einem Institutionenlehr-

[1] Schlesinger (Ztschr. f. Rechtsgesch. VIII, S. 51 ff.) will in l. 9 § 1 D. quod falso tut. 27, 6 einen Beweis für die Zulässigkeit von *noxales actiones* auch wegen der Delikte der *uxor in manu* finden, sie müsse notwendig unter den Personen, *quae alieno iuri subiectae sunt*, mit verstanden werden; allein es ist ihm nicht gelungen, die beim völligen Zurücktreten der *manus* zur Zeit Ulpians so naheliegende Annahme zu beseitigen, daß Ulpian bei den *alieno iuri subiectae personae* nur an Haussöhne und Sklaven gedacht habe, eine Annahme, die um so wahrscheinlicher ist, als in l. 1 § 4 D. de trib. act. 14, 1 unter den *alieno iuri subiectae* wirklich nur die Personen *in potestate* verstanden sind, welcher unbequemen Stelle Schlesinger sich durch willkürliche Behauptung einer Interpolation derselben zu entledigen sucht.

[2] Gai. I, 110.

[3] Vgl. noch Serv. ad Vergil. Georg. I, 31. Boeth. Top. II, p. 229. O. Arnob. advers. gent. IV, 20.

[4] Tac. Aen. IV, 16. [5] Dionys. Hal. II, 25.

buch eingehender davon zu handeln. So wird denn bei der Spärlichkeit der sonstigen Nachrichten darauf zu verzichten sein, das volle Bild des Akts zu ermitteln. Gegenwärtig dabei mußten sein außer den beiden Eheschließenden selbst zwei hochstehende Priester: der *flamen dialis* und der *pontifex maximus*, und zehn Zeugen. Warum gerade zehn Zeugen zugegen sein sollen, wird nicht gesagt. Man hat vermutet, daß die Zahl nach den Abteilungen der Altbürgerschaft, den zehn Kurien einer *tribus* oder den zehn *gentes* einer Kurie, gebildet seien. Beweisen läßt sich dieser Grund der Zahl zehn nicht, und es wird in anderem Zusammenhange zu zeigen sein, daß jene Annahme keine Wahrscheinlichkeit hat. Jedenfalls war durch die Mitwirkung jener beiden Priester und die Gegenwart einer solchen Zahl von Zeugen dem Akt ein bedeutender Grad von Publizität verschafft, und es ist aus diesem Grunde unwahrscheinlich, daß derselbe etwa im Hause der Braut vorgenommen wurde. Daß die *confarreatio* in der *curia* stattgefunden habe, läßt sich zwar nicht beweisen, ist aber immerhin glaublicher, als die ebenfalls nicht beweisbare Vornahme in irgend einem Privathause. Auch die altdeutsche Trauung wurde öffentlich vollzogen. Was die Zeit der Vornahme betrifft, so ist nichts darüber bekannt, ob gewisse Tage des Jahres gerade für dieselbe bestimmt gewesen seien. Das aber ist nicht unwahrscheinlich, daß Tage, welche für Eheschließung überhaupt als *religiosi* galten,[1] oder doch eine Anzahl unter ihnen, für *confarreationes* geradezu sakralrechtlich unzulässig waren. Das wichtigste Stück der ganzen Ceremonie war ein *quoddam genus sacrificii*, ein *solemne sacrificium*, ein Opfer, welches dem Jupiter, unter dessen Schutze die Ehe stand, dargebracht wurde.[2] Nach Gaius' und Ulpians[3] Angabe wurde bei diesem Opfer ein *panis farreus*, ein aus *far* gebackener Opferkuchen verwandt. Die Art, wie sich beide ausdrücken (Gaius: *in quo farreus panis adhibetur*, Ulpian: *in quo panis quoque farreus adhibetur*), weist darauf hin, daß das Opfer nicht allein in diesem *panis farreus* bestand. Ihre Angabe läßt sich demnach vereinigen mit der des Servius in Georg. I, 31: *farre nuptiae fiebant, cum per pontificem maximum et Dialem flaminem per fruges et molam salsam coniunguntur*. Da hier ausgesagt ist, die Eheschließung geschehe *farre*, wenn die Brautleute durch die bezeichneten Priester *per fruges et molam salsam* verbunden würden, so ist ohne Zweifel an das eine Opfer, wodurch die Ehe abgeschlossen wird, gedacht, an das dem Jupiter dargebrachte Opfer. Es ist also anzunehmen, daß dabei außer dem *farreus panis*, welcher in der Stelle des Servius nicht erwähnt ist, wenigstens auch die bei so vielen Opfern eine Rolle spielende *mola salsa* verwendet wurde. Für den Jupiterpriester läßt sich dabei nicht wohl eine andere Funktion denken, als daß er dem Gott, dessen Dienst er geweiht war, das Opfer dargebracht habe. Die Äußerung des Servius, welcher das Paar durch beide Priester *per fruges et molam salsam* vereinigt werden läßt, legt es nahe, daß auch der *pontifex maximus*, welcher ja beim Dienst aller Götter fungieren kann, irgendwie bei dem Opfer beteiligt gewesen ist. Daß bei diesem Opfer auch den Verlobten von dem *farreum libum* zum gemeinschaftlichen Essen gereicht sei, ist keinesfalls sicher bezeugt, wenn auch bei der von der *confarreatio* handelnden Stelle des Dion. Hal. II, 25 die Möglichkeit einer solchen Deutung der Worte: *τὸ δὴ κοινωνοὺς τῆς ἱερωτάτης τε καὶ πρώτης τροφῆς γενέσθαι γυναῖκας ἀνδράσι* nicht aus-

[1] Vgl. Hartmann, Über d. röm. Gerichtsverfass. S. 138, A. 42. [2] Gai. I, 112.
[3] Ulp. IX.

geschlossen ist. Daß Jupiter bei dem das Opfer begleitenden Gebet geradezu als *Jupiter farreus* indigitiert wurde, ist eine durch Gaius' Ausdrucksweise nahegelegte, durch Analogieen (z. B. Jupiter dapalis, Cato de r. r. 132) gestützte Vermutung, welche zuerst STUDEMUND zweifelnd und eher ablehnend,[1] dann HUSCHKE[2] mit Bestimmtheit aufgestellt haben. Von den Eheschließenden selbst wird berichtet, daß sie *in confarreatione* verhüllten Hauptes auf zwei miteinander verbundenen Sesseln, über welche das Fell eines als *hostia* benutzten Schafes gebreitet war, gesessen hätten.[3] Das Vließ, auf welchem sie saßen, rührte von dem der *confarreatio* vorhergehenden konsultativen Opfer her, durch welches ergründet werden sollte, ob die beabsichtigte Eheschließung dem Willen Jupiters genehm sei. Das Sitzen auf dem Felle eines geschlachteten Opfertiers spielt auch in den Gebräuchen anderer Völker eine große Rolle, namentlich zur Bekräftigung festen Bündnisses, unverbrüchlicher Gemeinschaft. Derselbe Gedanke liegt dem Sitzen der *nubentes* auf dem Vließ des geschlachteten Schafs während der *confarreatio* zu Grunde.[4] Gaius und Ulpian erwähnen weiter *certa et solennia verba*, welche bei der *confarreatio* gesprochen seien. Es liegt am nächsten, dabei vorzugsweise an solenne Formeln zu denken, in welchen die *nubentes* ihren übereinstimmenden auf die Ehe gerichteten Willen vor den Priestern und Zeugen kundgeben. Namentlich Ulpians kurzgefaßter Bericht: *Farreo conveniuntur in manum certis verbis* u. s. w. läßt eine andere ungezwungene Deutung kaum zu, als daß die, zwischen denen das *in manum convenire* stattfand, die *certa verba*, vermittelst welcher dies geschah, aussprechen. Mit dem Sprechen der Konsensformeln dürfen wir uns die unter den Hochzeitsgebräuchen vorkommende und auf Hochzeitsdenkmälern vielfach dargestellte *dextrarum iunctio* verbunden denken, und von Serv. ad Aen. IV, 103 wird sie auch gerade mit den *farreatae nuptiae* in Verbindung gebracht. Das Sprechen dieser Konsensformeln wird dem den Konsens heiligenden und unverbrüchlich machenden Opfer vorangegangen sein. DANZ[5] meint, die *certa verba* wären erst nach der *confarreatio* gesprochen, denn diese sei mit dem Opfer vollendet, und nach Gai. I. 111 seien außer dem Opfer (*praeterea*) die *certa verba* gebraucht. Allein wenn Gaius sagt, außer dem Opfer seien noch *complura cum certis et sollemnibus verbis* vorgenommen, so folgt daraus für die Reihenfolge der Akte, aus denen die Ceremonie der *confarreatio* bestand, nichts. Das Opfer, als das wichtigste Stück, von welchem der Name des Ganzen herzuleiten ist, hatte Gaius an erster Stelle genannt. Ulpian stellt die *certa verba* voran und läßt darauf das *sacrificium* erst folgen. Wie diese *verba* gelautet haben, ist nicht überliefert. Vermutlich richteten die Verlobten die Frage aneinander, ob der andere ihm *materfamilias* bezw. *paterfamilias* sein wolle, und erfolgten auf diese Fragen bejahende Antworten; diese für die *coemtio* überlieferten Fragen und Antworten dürften auf dieselbe nur von der *confarreatio* übertragen sein. DANZ behauptet, die Formel „*an mulier sibi materfamilias esse vellet*" könne bei der *confarreatio* nicht gebraucht sein, wegen Boeth. ad Top. 2, 3, 14: — — *Quae autem in manum per coëmptionem convenerant, eae matresfamilias vocabantur, quae vero usu vel farreo, minime.* Dabei ist aber unbeachtet gelassen, daß *usus* und *confarreatio*, auch als sie noch nicht völlig abgekommen waren, doch nicht mehr die alten vollen Rechtwirkungen

[1] Mitteilungen antiquarischen Inhalts aus den Palimpsesten des Gaius S. 7.
[2] Jurispr. antejust. ed. IX, p. 197, n. 3.
[3] Serv. ad Aen. IV, 374.
[4] Vgl. meine Schrift: Die Formen d. röm. Ehe § 4, S. 20 ff.
[5] Lehrb. d. G. d. röm. R. I², S. 153.

hatten, daß insbesondere von Gai. I, 136 und Tac. ann. IV, 16 übereinstimmend eine Anordnung der Kaiserzeit berichtet wird, wonach die Frau, welche eine Ehe in der Form der *confarreatio* einging, *quod ad sacra tantum videatur in manu esse*, in allen übrigen Beziehungen aber so angesehen werden soll, als sei sie nicht in die *manus* des Mannes eingetreten. Darnach konnte solche Frau also bürgerlich nicht mehr als *materfamilias* bezeichnet werden. — Zu den von Gaius erwähnten *complura* (*quae*) *praeterea huius iuris ordinandi gratia — aguntur et fiunt* gehört wohl noch ein Ritus: die Anwendung von Wasser und Feuer. Servius sagt: *quae res ad farreatas nuptias pertinet*, und führt jene Anwendung an zwei verschiedenen Stellen[1] ausdrücklich als etwas zur Vollendung, Bestärkung der *confarreatio* Gehöriges an. Man kann danach nicht zweifeln, daß dieselbe innerhalb des Rahmens der *confarreatio* fiel, wenngleich nach späterem gewöhnlichem sozialem Hochzeitsbrauch die Ceremonie erst im Hause des Bräutigams vorgenommen wurde. Seine Stelle wird dem Ritus nach dem Opfer anzuweisen sein, der *mos confarreationis* wurde dadurch nur noch bekräftigt. Wasser und Feuer sind die Elementarbedingungen auch jedes häuslichen Zusammenlebens.[3] Die Aufnahme der Frau in die Haus- und Herdgenossenschaft des Mannes wird durch jenen Ritus versinnbildlicht. Endlich ist noch einer von der Frau gesprochenen Formel zu gedenken, welche unter den gewöhnlichen Hochzeitsgebräuchen erwähnt wird. Vor der Schwelle seines Hauses[4] richtete der Bräutigam die Frage an die Braut, wie sie heiße *(quaenam vocaretur)*, und sie antwortete: *quando* (oder *ubi*) *tu Gaius, ego Gaia.* Daß diese Formel auch einen Teil der *coemtio* bildete, wird von Cicero[5] ausdrücklich bezeugt. Auf diese ist die alte Formel aber höchst wahrscheinlich nur von der *confarreatio* übertragen, wofür ein gewisses äußeres Argument gefunden werden kann in Quintil. 1, 7, 28: *Quia tam Caias esse vocitatas quam Caios etiam ex nuptialibus sacris apparet.* Die Formel bezog sich auf den Namenswechsel, welcher mit dem Eintritt der Frau in die *manus*, bezw. die *gens* des Mannes vor sich ging. Ob die alte Formel uns ganz vollständig und unversehrt überliefert ist, steht dahin. Daß die Frau den Gentilnamen des Mannes annahm, ist ja nicht zu bezweifeln; jene Formel aber ist, wie ich früher schon zu zeigen versucht habe,[6] nicht auf den Uebergang des Gentilnamens, sondern das *praenomen* des Mannes zu beziehen. Das Stehen einer Person in der Familiengewalt eines andern giebt sich auch im Namen kund. Der Gewalthabernamen wird bei Söhnen und Töchtern im Genitiv beigefügt, z. B. Caecilia Crassi. Die Frau, welche in die *manus* des Mannes eintritt, darf nun nicht mehr den Namen ihres Vaters anhängen. Bestand nun zwischen der *materfamilias* und der *filiafamilias* in der Bezeichnung des Gewaltverhältnisses gar kein Unterschied? Mommsen[7] meint, die aus dem Gebrauch des Genitivs für eheherrliche wie für väterliche Gewalt entstehende Zweideutigkeit werde insofern aufgehoben, als das im konkreten Fall obwaltende Gewaltverhältnis doch immer bestimmt und fest angezeigt gewesen sei. Die Zweideutigkeit in der äußern Bezeichnung bleibt aber bei solcher Annahme immer,

[1] Serv. ad Aen. IV, 103. 339.

[2] Wie die Beteiligung des *pontifex maximus* an der *confarreatio* auch mit dem Ritus des *aqua et igni accipi* zusammengehangen haben könne, habe ich früher zu zeigen versucht, a. a. O. S. 33 ff.

[3] Dion. 2, 30. Fest. s. v. facem in nuptiis. Ovid. Fast. 4, 787 u. a. St.

[4] Val. Max. X extr. Plutarch Qu. Ro. p. 99. [5] Pro Murena 12, 27.

[6] A. a. O. S. 27 ff. [7] Forsch. I, S. 7.

und es entspricht das meines Erachtens nicht römischer Weise. Die völlige Gleichstellung der *materfamilias* mit den Töchtern ist meines Erachtens auch hier zu verwerfen, die erste kommt als *χήρια* und *οἰκοδέσποινα* in das Haus des Mannes, sie soll das *dominium* darin haben. Sie bezeichnet sich daher nicht als Gai, sondern als in engste Gemeinschaft mit ihm tretende, mehr gleichstehende nennt sie sich Gaia. Dieser Namenswechsel spiegelt sich deutlich ab in der Erzählung von der Gemahlin des Tarquinius Priscus, an welche er nicht geschickt, aber den Vorgang um so deutlicher wiedergebend, angeknüpft ist. Eine Frau, welche Tanaquil heißt, wird als *uxor Gaia Caecilia* genannt (zwar nicht eines Tarquinius Priscus, wie die Erzählung sagt, sondern eines Gaius Caecilius).[1] Mommsen erklärt die Beziehung unserer Formel auf die Übertragung des Individualnamens von dem Gatten auf die Gattin für sinnwidrig. Das würde sie sein, wenn es sich hier um den einfach appellativen Individualnamen handelte, aber dieser wird, wie Mommsen selbst sagt, zum bürgerlichen Namen, zum *praenomen* im technischen Sinn, und mit diesem haben wir es hier allein zu thun. Nach der in der Schrift de praenom. 3 erhaltenen Äußerung des Q. Scaevola erfolgte die rechtliche Namensfeststellung der Knaben erst bei der Erteilung der *toga civilis*; erst zu der Zeit, wo der Knabe Bürger wurde, fand die definitive Feststellung seines bürgerlichen Namens statt. Derselbe Q. Scaevola berichtet es als frühere Sitte, daß den Mädchen erst bei der Verheiratung das *praenomen* festgestellt wurde. Mommsen erklärt diesen Teil der Nachricht Scaevolas für nichts als eine schlechte Folgerung aus dem *quando tu Gaius ego Gaia.* Meines Erachtens mit Unrecht. Faßt man mit Mommsen das *praenomen* als bürgerlichen Namen, so hat es guten Sinn, daß die mit Eingehung der Ehe in die *manus* eintretende Frau dieses bürgerliche *praenomen* des Manns mit der Femininendung annimmt; diese Namensannahme ist in der Formel: *Quando tu Gaius, ego Gaia* ausgedrückt. Das Aussprechen derselben wird bei der *confarreatio*, ebenso wie der Ritus des Wassers und Feuers, erst auf das Opfer gefolgt sein.

Die zweite Weise der Eheschließung und Manusbegründung, die *coemtio,* ist ein Anwendungsfall der *per aes et libram gesta,* spezieller der Manzipation. Das *in manum convenire* geschieht dabei *per mancipationem*,[2] einen imaginären Verkauf. Es konkurrieren also dabei die auch sonst bei einer Manzipation beteiligten Personen: ein Verkäufer, ein Käufer, fünf mannbare römische Bürger als Zeugen und ein *libripens.* Nach der Feststellung des Textes der Veronesischen Handschrift an der betreffenden Stelle durch Studemunds Apographum kann nicht der geringste Zweifel mehr darüber bestehen, daß bei der *coemtio* der Mann die Frau um einen Scheinpreis kaufte (*nam adhibitis* u. s. w. *emit is mulierem, cuius in manum convenit*). Auch von einem gegenseitigen Kauf des Mannes und der Frau ist nicht die Rede, die *coemtio* enthält nur eine einzige Manzipation, nicht mehr. Servius ad Verg. Georg. I, 31 und Isidor Or. V, 124, welche sagen, daß bei der *coemtio vir et uxor se invicem emebant,* schöpfen ihre Kenntnis unmittelbar oder mittelbar aus derselben Quelle, wie Boeth. in Top. 3, 14 p. 299, d. h. nach Boethius' ausdrücklicher Angabe aus Ulpians Institutionen. Während aber Boethius Ulpians Worte richtig wiedergiebt: *et sese* (*in*) *coemendo invicem interogabant,* beziehen jene das *sese invicem* statt auf *interrogabant*

[1] Fest. ep. p. 95: *Gaia Caecilia appellata est, ut Romam venit, quae autea Tanaquil vocitata erat.*

[2] Gai. I, 113.

auf *coemendo,* worin sie noch durch eine falsche Erklärung des *coemere* bestärkt werden mochten. Über die Frage, wer die Frau dem Mann manzipiert habe, ob der Vater als Gewalthaber, bezw. der *tutor,* oder sie sich selbst, darüber ist noch immer keine Einhelligkeit der Meinungen hergestellt.[1] Meines Erachtens sprechen entscheidende Gründe für das letztere. Als Subjekt des Akts der *coemtio* auf seiten des Verkäufers, des Manzipanten, wird stets die Frau selbst genannt in der vielfach wiederkehrenden Wendung: *mulier coemtionem facit cum viro.* Das Hauptstück der *coemtio* ist immer die Mancipation (Gaius: *coemtione in manum conveniunt per mancipationem.* Serv. ad Virg. Aen. IV, 103: *coemtio enim est, ubi libra atque aes adhibetur*). Es ist daher unmöglich, den Ausdruck *coemtionem facit cum viro* nur auf die der Manzipation vorhergehenden Fragen: *an vir sibi paterfamilias esse vellet* u. s. w. zu beziehen. Namentlich deutlich zeigt dies Cic. de or. I, 56, 237: *Nam neque illud est mirandum, qui, quibus verbis coemtio fiat, nesciat, eundem eius mulieris, quae coemtionem fecerit, causam posse defendere.* Das *coemtio fit* und *mulier coemtionem facit* ist hier offenbar gleichbedeutend gebraucht, nur daß die letztere Redewendung den Akt von der einen Seite, der der Frau, bezeichnet. Man kann demnach nicht zweifeln, daß die Frau an der den Hauptteil der *coemtio* bildenden Manzipation nicht etwa bloß passiv als Objekt, sondern aktiv als Subjekt beteiligt ist.[2] Dazu stimmt es, daß der Vater, dessen *filiafamilias* sich in die *manus* eines Ehemannes begiebt, nur als *auctor* des Akts bezeichnet wird (Coll. IV, 2, 3: — — *aut in ea, quae* (*eo*) *auctore, cum in potestate esset, viro in manum convenerit*), nicht minder aber auch verschiedentlich der *tutor* (Gai. I, 113: — *illis* (*sc. tutoribus*) *auctoribus coemtionem facit,* I, 195ª: — *et auctore eo coemtionem fecerit*). Indem Vater und Vormund *auctores* bei dem Akt der *coemtio* genannt werden, sind sie deutlich als solche gekennzeichnet, welche nur eine genehmigende, sekundäre Willenserklärung abgeben zu dem Hauptakt, welcher von der Frau selbst ausgeht. In den angeführten Stellen ist aber keineswegs etwa bloß von der Erteilung der *auctoritas* zur Eheschließung, sondern ausdrücklich von einer solchen zur *coemtio,* zur *in manum conventio* die Rede. Die Argumente, welche für die Manzipation der Frau durch Vater oder Vormund vorgebracht wurden, sind namentlich folgende. In der Grabrede auf die Turia[3] Z. 15 ff. wird von der Schwester der Turia gesagt: *sororem omni/um rerum/ fore expertem, quod emancupata esset Cluvio.* Dieser Ausdruck läßt sich indessen für keine der beiden entgegenstehenden Ansichten verwerten, er giebt an sich nur das Resultat der *coemtio* an: durch dieselbe war die Schwester der Turia dem Cluvius emanzipiert, ohne daß sich mit Sicherheit ersehen ließe, ob sie durch sich selbst oder den Vater emanzipiert war. Es konnten jene Worte sehr wohl gebraucht werden, auch wenn die Frau sich selbst dem Cluvius emanzipiert hatte. Das zeigen Stellen, wie Cic. de senect. II, 38: *Ita enim senectus honesta est, si se ipsa defendit, si ius suum retinet, si nemini emancipata est* u. s. w. Denn hier kann keinem Zweifel unterliegen, daß den Worten die Vorstellung eines sich selbst Manzipierens der *senectus* zu Grunde liegt. Man darf bei solchen Ausdrücken nicht vergessen,

[1] Karlowa, a. a. O. S. 53 ff.

[2] Auch daß der Ausdruck: *coemtionem facere cum* nicht bloß von der Frau gebraucht wird, sondern in der Grabrede auf die Turia Z. 14: *coemptione facta cum uxore* auch vom Mann vorkommt, zeigt deutlich, daß man unter dem Ausdruck keineswegs bloß die Wechselreden, sondern die Vornahme des Mancipationsakts verstand.

[3] C. J. L. VI, 332, n. 1527.

daß im Lateinischen nicht selten das Passivum steht, wo im Deutschen der reflexive Ausdruck gebraucht wird.[1] Völlig unrichtig ist es ferner,[2] daß Gai. I, 123 den einzigen Unterschied zwischen der in der *coemtio* enthaltenen und der gemeinen Manzipation in die Formel, nicht aber in die Person der Kontrahenten setze. Gaius hat hier gar nicht die Absicht, jene beiden Manzipationen in jeder Beziehung miteinander zu vergleichen. Es kommt ihm I, 123 nur darauf an, zu konstatieren, daß die Frau, welche *coemtio* macht, nicht in eine *servilis conditio,* wie manzipierte Hauskinder, versetzt werde. Der Grund dieser *differentia,* welche er hier allein im Auge hat, liege darin, daß die von Vätern und Koemtionatoren manzipierten Personen *iisdem verbis,* wie Sklaven, *mancipio* empfangen würden; *quod non similiter fit in coemtione.* Auch daraus, daß die *remancipatio,* wodurch die *manus* gelöst wird, von dem Gewalthaber mit einem Dritten vollzogen wird, folgt keineswegs die Vornahme der *coemtio* selbst mit einem andern, als der Frau. Um die *manus* zu lösen, bediente man sich desselben Weges, wie bei der Aufhebung der *patria potestas* über Haustöchter. Man darf nicht etwa, wozu der Ausdruck *remancipari* verleiten könnte, in der Remanzipation einen der *coemtio* genau entsprechenden *contrarius actus* sehen. Haben wir doch eben gesehen, daß Gaius die vom *coemtionator* vorgenommene Manzipation, d. i. unsere Remanzipation, von der *coemtio* ausdrücklich darin unterschieden sein läßt, daß durch jene wohl, nicht aber durch diese die Frau in eine *servilis conditio* versetzt werde. Endlich ist es unrichtig, daß bei der später zu erörternden *coemtio fiduciaria* nur dem Tutor, nicht aber der Frau die *actio fiduciae* auf Remanzipation habe exworben werden müssen, da eine *actio fiduciae* der Frau durch deren *capitis diminutio* untergegangen sein würde, der Erwerb jener Klage für den Tutor aber bedinge, daß dieser selbst die *coemtio fiduciae causa* vollzogen habe. Dabei ist zunächst verkannt, daß die *coemtio fiduciaria cum extraneo* nur *dicis causa* eine *manus* und keinen Übergang des Frauenvermögens auf den *coemtionator* begründet, wie später näher zu zeigen ist. Bleibt trotz der *coemtio fiduciaria* der Frau ihr Vermögen, so gilt dasselbe auch von der gegen den *coemtionator* erworbenen *actio fiduciae.* Daß sie aber selbst die *fiducia* mit dem *coemtionator* abschloß, folgt mit Notwendigkeit aus den Stellen, nach welchen sie dem *cui ipsa velit* remanzipiert wird, bezw. nach welchen sie den *coemtionator extraneus* zur Remanzipation zwingen kann (Gai. I, 115 u. 137[a]). Wäre die *fiducia* mit dem *tutor* abgeschlossen, so müßte diesem das Zwangsrecht gegenüber dem *coemtionator* zustehen, und die Frau wäre dem, welchen der Tutor bestimmte, zu remanzipieren. — Auch der allgemeine Grund, den man gegen die Möglichkeit eines sich selbst Manzipierens der Frau geltend gemacht hat, daß eine Selbstmanzipation ein Unding sei, ist nicht als zutreffend anzuerkennen. Richtig ist, daß niemand sich in der gewöhnlichen Weise, d. h. so, daß er dadurch in eine *servilis conditio* käme, mancipieren kann; aber die nähere Betrachtung der Komposition und des Sinnes der *coemtio* wird zeigen, daß die Frau dadurch nicht in eine *servilis conditio* gerät. Nach der von Boëthius in Top. 3, 14 erhaltenen, aus Ulpians Institutionen entnommenen Nachricht richteten Mann und Frau bei der Vornahme der *coemtio* (*in coemendo*) gegenseitig Fragen an sich. Der Mann richtete zunächst die Frage an die Frau: *an sibi mulier materfamilias esse vellet?* Sie antwortete bejahend und fragte dann in entsprechender

[1] Madvig, Lat. Sprachlehre. 2. Ausg. S. 214, A. 3.
[2] So Voigt, Die XII Tafeln II, S. 699, A. 24.

Weise den Mann: *an vir sibi paterfamilias esse vellet?* Der Manzipationsakt selbst wird in dieser Nachricht nicht besonders erwähnt. Nach Angabe jener Wechselfragen wird nur gesagt: *itaque mulier viri conveniebat in manum.* Damit soll aber gewiß nicht das Resultat jener Fragen angegeben, sondern der darauf folgende Manzipationsakt kurz angedeutet werden. Dieser muß den Fragen nachgefolgt, nicht etwa ihnen vorausgegangen sein. Durch Fragen und Antworten geben Mann und Frau zunächst sich ihren Konsens zur Ehe kund, und zwar einer solchen Gemeinschaft, in welcher der Mann die Stellung des Gewalthabers, des *paterfamilias,* die Frau die Stellung einer Genossin, aber doch einer gewaltunterworfenen Genossin, der *materfamilias,* haben soll. Mit dem so in Fragen und Antworten feierlich kundgegebenen Konsens ist aber der Eintritt der Frau in die *manus* und somit die *familia* des Mannes noch nicht bewerkstelligt, dazu bedarf es noch eines zwischen ihnen vorgenommenen Manzipationsaktes, bei welchem der Mann die Stelle des Erwerbers, des Coemtionators, die Frau die einer sich selbst Manzipierenden inne hat. Dem Sinn, in welchem diese Selbstmanzipation geschieht, ist durch die vorausgehenden Fragen und Antworten schon die Richtung gewiesen. Die Frau will und kann sich nicht manzipieren, wie der Gewalthaber sein Kind manzipiert, sie will sich als eine freie Genossin, zu persönlicher Gemeinschaft in die Hand, die Gewalt des Ehegatten geben. Man muß also die vorausgehenden Fragen und Antworten und die darauffolgende Manzipation als Bestandteile eines Rechtsaktes ansehen, welcher in dieser seiner Totalität als *coemtio* bezeichnet wird. Das Wort *coemtio* schließt den Begriff sächlicher Aneignung aus, durch die Präposition *co* in *coemtio* ist ausgedrückt, daß der Mann das Recht über die Frau als eine sich koordinierte, als eine Genossin erwerbe. Aus Gaius' ausdrücklicher Angabe wissen wir, daß die Formel der der *coemtio* angehörenden Manzipation von der gemeinen Manzipation in diesem Sinne abwich. Nachdem er angegeben, daß die Frau, welche eine *coemtio* mit einem Mann gemacht, nicht in eine *servilis conditio* komme, während die von den Vätern manzipierten Kinder *servorum loco constituuntur,* fügt er hinzu (I, 123): *sed differentiae ratio manifesta est, cum a parentibus et a coemtionatoribus isdem verbis mancipio accipiuntur, quibus servi: quod non similiter fit in coemtione.* Die Formel der der *coemtio* angehörigen Manzipation ist uns nicht überliefert; da sie aber, wie jede Manzipation, auf den Erwerb eines Rechts, hier der *manus* über die Frau, gerichtet war, so dürfen wir, allen Analogieen nach, annehmen, daß die Formel die Behauptung dieses zu erwerbenden Rechts enthielt, nicht etwa die Behauptung eines rechtlichen Zustandes, welchen die Frau annehmen sollte. Daher halte ich auch jetzt noch die früher von mir ausgesprochene Vermutung für richtig, daß der mehrfach von den Alten in Bezug auf die *materfamilias* überlieferte formelhafte Ausdruck *in manu mancipioque*[1] gerade der Formel der Manzipation bei der *coemtio* entlehnt sei, und diese etwa gelautet habe: *Te ego ex iure Quiritium in manu mancipioque meo esse aio tuque mihi coempta esto* u. s. w. War damit die Frau in die *manus* des Mannes eingetreten, so erfolgte noch das Aussprechen der auf die Annahme des Namens des Mannes bezüglichen, von Cic. pro Murena 12, 27 gerade mit der *coemtio* in Verbindung gebrachten Formel: *Ubi tu Gaius, ego Gaia.* Von weiteren zum Akt der *coemtio* gehörigen Solennitäten ist nichts bekannt.

Die dritte Weise, auf welche eine Ehe mit *manus* begründet werden konnte,

[1] Gell. IV, 3. XVIII, 6. Serv. ad Verg. Aen. XI, 476.

war der *usus*. Wenn ein römischer Bürger und eine römische Bürgerin, welche ein *iustum matrimonium*, also ursprünglich eine Ehe mit *manus* eingehen konnten, *sine legibus*,[1] d. h. ohne eine jener solennen Eheeingehungsformen, *confarreatio* oder *coemtio*, ein eheliches Zusammenleben begannen, und zwar *matrimonii causa*, d. h. in der Absicht, nicht etwa ein außereheliches Verhältnis miteinander zu haben, sondern eine Ehe miteinander zu führen, so wurde dadurch wegen Fehlens der erforderlichen Solennität der Eheeingehung nicht sofort ein *iustum matrimonium* begründet, sondern erst, wenn jenes eheliche Zusammenleben ein Jahr ohne Unterbrechung gedauert hatte, verwandelte sich das Verhältnis in ein *iustum matrimonium*, und die Frau trat in *familia* und *manus* des Mannes ein. Da vor Ablauf dieser Zeit noch kein *iustum matrimonium* vorlag, so fällt auch hier Begründung des *iustum matrimonium* und der *manus* in einem Moment zusammen, und es wird daher in einer Nachricht über diesen *usus* ganz treffend gesagt: *nuptiae fiunt usu*. Die Bedeutung des *usus* darf man nicht mit Sohm[2] dahin bestimmen, daß der ernstliche Wille ehelichen Verhältnisses durch die thatsächlich ununterbrochen fortgesetzte eheliche Gemeinschaft zweifellos geworden sein müsse. Der auf Ehe gerichtete Wille muß schon für den Beginn des *usus* erwiesen sein oder doch präsumiert werden. Gaius sagt ausdrücklich, daß die, welche die betreffende Zeit hindurch *nupta perseverabat*, nach Ablauf derselben in die *familia* des Mannes eintrete, und nach einer bei Gellius erhaltenen Äußerung des Quintus Mucius beginnt der *usus* von dem Tage an, wo die Frau *apud virum causa matrimonii esse coepit*.[3] Unzweifelhaft feststehen muß also der auf *matrimonium* gerichtete Wille schon für den Beginn des *usus*. Lebte jemand mit einer *ingenua* in einem geschlechtlichen Verhältnis, so wurde dieser Wille ohne Zweifel ohne weiteres präsumiert, dagegen bei einem Zusammenleben eines *ingenuus* mit einer *liberta* mußte er gewiß durch keinen Zweifel lassende Erklärungen oder *facta concludentia* erwiesen sein. — Wenn auch bei der Zulassung des *usus* als Weise der Begründung des *iustum matrimonium* die Analogie der gewöhnlichen *usucapio* den Römern vorgeschwebt, so würde es doch entschieden falsch sein, daraus schließen zu wollen, daß der *usus uxoris* ganz wie eine Sachersitzung, wie die Ersitzung eines Vermögensobjektes aufgefaßt sei. So wenig die *coemtio* mit der gewöhnlichen *mancipatio* identisch ist, so wenig steht der *usus uxoris* der gewöhnlichen *usucapio* gleich, wie das Gaius auch andeutet durch den Ausdruck: *velut annua possessione usucapiebatur*. Auch durch den *usus* kam die *uxor* nicht in eine *servilis conditio*. Wie bei der *coemtio* die Frau sich in solennem Akt als Genossin, nicht als Sache, als Sklavin in die Familiengewalt des Mannes begiebt, so giebt sie sich beim Beginn des *usus* dem Mann faktisch zur ehelichen Gemeinschaft hin. Das Verhältnis vor Ablauf des *usus* ist zunächst zwar kein *legitimum matrimonium*, aber doch ein *matrimonium non iustum*, d. h. ein *matrimonium iuris gentium*, welches die Römer natürlich, solange sie überhaupt mit Peregrinen in Berührung kamen, als Ehe geachtet haben, aber als eine Ehe, in welcher die Kinder nicht dem Vater, sondern der Mutter folgen. Solches *matrimonium* war natürlich auch unter römischen Bürgern möglich, welche die solenne Eheeingehungsform nicht beobachtet hatten, es soll sich aber durch einjährige ununterbrochene *velut possessio* der Frau in ein *matrimonium iustum* verwandeln. Gegen den entschiedenen Willen der Frau soll freilich diese Verwandlung nicht vor sich gehen, es ist

[1] Serv. ad Verg. Georg. 1, 31. [2] Institut.[3] S. 325. [3] Gell. III, 2.

ihr ein Mittel gegeben, um den Ablauf des *usus* und damit den Eintritt in die *familia* des Mannes zu verhindern, ein Mittel, welches auch der Analogie der *usucapio* entlehnt ist. Die Frau kann eine Unterbrechung des *usus*, eine *usurpatio* vornehmen, nach welcher der Lauf des *usus* von neuem beginnen muß. Weil der *usus* nach Analogie der *usucapio* angenommen ist, so konnte man, als überhaupt ein *usus uxoris* zugelassen war, nicht lange anstehen, eine Unterbrechung desselben zu gestatten. Schon vor den XII Tafeln wird dieselbe zulässig gewesen sein, diese haben nur die vielleicht schon durch die Sitte angenommene Art der Unterbrechung gesetzlich fixiert. Eine genauere Betrachtung dieser Usurpation wird nun das Wesen des *usus* noch in ein helleres Licht stellen. Nach den XII Tafeln muß die Frau, welche den Ablauf des *usus* verhindern will, alljährlich ein *trinoctium*, d. h. drei aufeinanderfolgende Nächte, vom Mann abwesend sein, *abesse a viro*. Zunächst ist zu bemerken, daß sie selbst es ist, welche den *usus* unterbricht, und von deren Willen es abhängt, ob er unterbrochen werden soll. Nicht der Vater, nicht der Tutor ist es, welche die Unterbrechung vornehmen. Ob dieselben bestimmend auf den Willen der Frau einwirken können, ist eine andere, hier noch nicht zu erörternde Frage. Daß die Unterbrechung von der Frau ausgeht, zeigen deutlich die Worte des Gaius I, 111: — *ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo usum cuiusque anni interrumperet.* Das wirft aber ein deutliches Licht auf die Natur des *usus:* die Frau wird nicht wie eine Sache hingegeben und wie eine Sache besessen, sondern sie giebt sich selbst hin, sie läßt sich durch *usus* zur Familiengemeinschaft erwerben oder vereitelt diese Familiengemeinschaft durch Unterbrechung des *usus*. Damit hängt ein anderer Punkt zusammen. Nicht etwa jede Abwesenheit der Frau vom Manne, etwa um ihren Vater zu besuchen, auch wenn sie viel länger als ein *trinoctium* dauern sollte, unterbricht den *usus*, wie Sohm[1] in völliger Verkennung desselben behauptet; sie muß, wie Q. Mucius deutlich sagt, *usurpandi causa a viro abesse*, oder *usurpatum ire*, d. h. sie muß sich in der Absicht, den *usus* zu unterbrechen, ein *trinoctium* vom Manne fernhalten. Durch die bloße faktische Entfernung der Frau hört der Quasibesitz des Mannes nicht auf, sowenig wie jemand durch faktische Entfernung von einer Sache aufhört, Besitzer derselben zu sein. Sie muß sich ihm absichtlich ein *trinoctium* mindestens entziehen, um seinen Besitz zu unterbrechen. Durch das *trinoctium* wird nicht das *matrimonium*, soweit es überhaupt vor Ablauf des *usus* besteht, auch nur scheinbar unterbrochen, das vor und nach dem *trinoctium* bestehende *matrimonium* ist ganz dasselbe. Unterbrochen wird aber durch das *trinoctium* der von dem *matrimonium* unabhängige Quasibesitz des Mannes, durch dessen einjährige ununterbrochene Dauer das *matrimonium non iustum* sich in ein *iustum* verwandeln würde. Durch die Möglichkeit, den Ablauf des *usus* und die Begründung der *manus* immer wieder zu hindern, ist aber die nicht mit *manus* verbundene Ehe selbst noch keine andere geworden, sie ist nach wie vor ein *matrimonium non iustum*. Befremdlich ist der Satz, den wir bei Sohm[2] lesen: „Jene (die sogenannte strenge Ehe) war ein Institut des *ius civile* im technischen Sinne — —. Diese, die Ehe ohne *manus* (sogenannte freie Ehe), ist die Ehe nach *ius gentium*. Sie ist auch Peregrinen zugänglich." Bekanntlich ist nun aber die Ehe ohne *manus* demnächst vom römischen Civilrecht anerkannt, zum

[1] A. a. O. S. 326. [2] A. a. O. S. 327.

matrimonium legitimum geworden, in welchem die Kinder dem Vater folgen, von welchem die Peregrinen ebenso, wie von der Ehe mit *manus*, ausgeschlossen sind. Bevor jene Anerkennung eingetreten war, und sie ist nicht etwa durch die XII Tafeln erfolgt, war die Ehe ohne *manus* ein *matrimonium non iustum*, d. h. *iuris gentium*, und, um dieses zu sein, bedurfte es nicht etwa der Anerkennung der Entstehung der *manus* durch *usus*. — Es bleibt in Bezug auf den *usus* noch die Frage zu erwägen, ob es zur Begründung des *iustum matrimonium* bezw. der *manus* durch denselben der *auctoritas* des Gewalthabers der Frau oder ihres Tutors bedurft habe. Auch hier ist meines Erachtens die Entscheidung nach Analogie der Usukapion zu treffen. Aus Fr. Vat. § 1 wissen wir, daß, wer von einer Frau wissentlich ohne die *auctoritas* ihres Geschlechtsvormunds eine *res mancipi* kauft (und tradiert erhält), nicht als ein *bona fide emtor* angesehen wird und daher (abgesehen von der hier uns nicht interessierenden *Rutiliana constitutio*) nicht usukapieren kann. Die *possessio* kann die Frau auch ohne die *auctoritas tutoris* veräußern und dadurch auch dem Käufer das Fruchtziehungsrecht übertragen, aber die civilrechtliche Wirkung der Entstehung des quiritischen Eigentums durch *usucapio* kann auf Grund solchen Kaufes ohne Genehmigung des Tutors nicht eintreten. Dem entsprechend muß nach Cic. pro Flacco 3, 4 angenommen werden, daß, wenn jemand mit einer Frau wissentlich eine Ehe ohne Genehmigung des *tutor legitimus* derselben eingeht, zwar die Ehe gültig ist, aber eine Begründung der *manus* durch *usus* nicht eintritt. Wie der wissentlich ohne Genehmigung des Tutors der Verkäuferin erfolgende Kauf einer *res mancipi* nicht zur Usukapion, so kann auch Eingehung der Ehe ohne Genehmigung des Tutors der Frau nicht zur Begründung der *manus* durch *usus* führen. Mangel der Genehmigung des Gewalthabers zur Ehe hat natürlich noch durchgreifendere Wirkung, er verhindert die Gültigkeit der Ehe. Hat aber der Gewalthaber oder Tutor zur Ehe eingewilligt, so können sie nicht mehr die Begründung der *manus* durch *usus* hindern, der Gewalthaber könnte es nur, indem er die Ehe scheidet. Beim Fortbestehen der Ehe aber konnten meines Erachtens weder der Gewalthaber noch der Tutor die Tochter bezw. Mündel zur Einhaltung des *trinoctium* und damit zur Unterbrechung des *usus* zwingen.

3. Historisches Verhältnis der Manusbegründungsweisen zu einander und Entstehung der Ehe ohne *manus* als eines *matrimonium iustum*.

§ 13. Nachdem wir die einzelnen Weisen der Abschließung eines *matrimonium legitimum*, wie sie in dem Recht der Republik nebeneinander bestanden und noch von den Juristen der Kaiserzeit nebeneinander aufgeführt wurden, einzeln für sich betrachtet haben, ist es jetzt an der Zeit, an die Frage des historischen Verhältnisses derselben heranzutreten. Neuerlich ist in dem Institutionenlehrbuch von Sohm[1] die Behauptung aufgestellt, es sei klar, daß die *coemtio* den Stil älterer Zeiten habe; die *confarreatio* sei später aufgekommen, eine besondere priesterliche Eheschließungsform für den besondern Stand der Patrizier. Meines Erachtens ist diese Hypothese ganz unbegründet und steht im Widerspruch mit der Natur jener beiden Eheschließungsformen und dem Gange der Entwickelung der römischen Staats- und Standesverhältnisse. Schon die äußere

[1] So in der ersten Aufl. S. 271, in späteren ist dieser Satz weggefallen; aber geblieben ist die Behauptung, daß neben der *coemtio* die sakrale Form der Eheschließung, die *confarreatio*, aufgekommen sei.

Physiognomie der *confarreatio* weist auf das höchste Alter hin, wie sie denn auch von Dionys. II, 25 auf Romulus zurückgeführt wird. Das Opfer, durch welches die Ehe geschlossen wird, ist ein unblutiges, und wenn es auch zu weit gegangen sein mag, daß das älteste Rom gar keine blutigen Opfer gekannt habe, so ist doch nicht zu bezweifeln, daß die unblutigen Opfer dem ältesten Kultus angehören. Auch die übrigen Gebräuche bei der *confarreatio* weisen auf Anschauungen des höchsten Altertums hin. Ausdrücklich wird bei Gelegenheit einer unter Tiberius beabsichtigten Reform in Bezug auf die *confarreatio* hervorgehoben, daß schon Augustus sich veranlaßt gesehen habe, *quaedam ex horrida illa antiquitate* zeitgemäß abzuändern. Es ist daher nicht anzunehmen, daß die *confarreatio* in ihrer ganzen altertümlichen Gestalt zu unserer Kenntnis gekommen ist. Ferner spricht gerade der Umstand, daß sie eine sakrale Eheschließungsform und auf den Stand der Patrizier beschränkt war, nicht für ein jüngeres, sondern ein höheres Alter. Die Patrizier waren die ursprüngliche Bürgerschaft des römischen Staates. Allen Bestandteilen des patriarchalischen römischen Gemeinwesens, dem Königtum nicht minder als den Kurien, in welche die Altbürgerschaft gegliedert erscheint, ist die untrennbare Verbindung des Bürgerlichen und Sakralen eigentümlich, die Ungetrenntheit von Staat und Kirche. Diesem „Stil" des ältesten patriarchalischen Gemeinwesens entspricht durchaus der Stil der *confarreatio*. Auch bei ihr erscheint bürgerliche und sakrale Eheschließung in untrennbarer Vereinigung, der Konsens der Ehegatten wird geheiligt und unverbrüchlich gemacht durch das dem höchsten Gott, unter dessen Schutz die Ehe steht, dargebrachte Opfer. So begründete die *confarreatio* denn auch nach des Dionysius[1] ausdrücklicher Angabe eine *κοινωνία ἁπάντων χρημάτων τε καὶ ἱερῶν*, d. h. eine Gemeinsamkeit des Familienvermögens und des Familienkultus. Nach eingegangener *confarreatio* konnte die Frau nicht allein im Familiengottesdienst den die *familia* beschützenden Göttern, sondern als Staatspriesterin neben ihrem Mann als Staatspriester den Staatsgottheiten Opfer darbringen und sonstige Kulthandlungen verrichten. Ursprünglich galten auch nur die aus konfarreierten Ehen entsprossenen Kinder als *patrini* und *matrini*,[2] welche als *camilli* und *camillae* beim öffentlichen Gottesdienst verwendet werden konnten. — Die Plebejer standen ursprünglich als Unterthanen des römischen Königs und Volkes außerhalb der Bürgerschaft in bürgerlicher und sakraler Beziehung. Auch eine *communio sacrorum* bestand zwischen den Unterthanen und der Bürgerschaft nicht, an dem öffentlichen Kult der römischen Staatsgötter hatten jene keinen Anteil, nur eine private Verehrung derselben war ihnen zugestanden. Eine notwendige Konsequenz davon war, daß *connubium* zwischen ihnen und den Altbürgern nicht bestand, eine *confarreatio* konnte nicht abgeschlossen werden mit Personen, denen eine öffentliche Verehrung des höchsten den römischen Staat beschirmenden Gottes nicht zugestanden war. Auch unter sich selbst konnten sie aus demselben Grunde keine *confarreatio* abschließen, welche vom römischen Sakralrecht als vollgültig anerkannt wäre. Sollten nun die Ehen der Plebejer nicht auf die Dauer bloß die Wirkung von *matrimonia iuris gentium* haben, so mußte eine neue auch ihnen zugängliche Form der Eheschließung eingeführt werden. Da man ihnen weder volle Teilnahme an dem Gottesdienst der Altbürger zugestehen wollte, noch auch einen selbständigen, ihnen eigen-

[1] 2, 25. [2] Serv. ad Georg. 1, 31. Karlowa, a. a. O. S. 60 f.

tümlichen staatlichen Kultus einräumen konnte, so blieb nichts Anderes übrig, als zu einer rein bürgerlichen Form der Eheschließung seine Zuflucht zu nehmen. Am römischen Vermögensverkehr und den solennen Formen, in denen derselbe sich bewegte, den *per aes et libram gesta*, hatten die Plebejer teil. Es lag nahe, den Akt der Manzipation in neuer Verwendung auch zum Zweck der Eheschließung und Manusbegründung tauglich zu machen. Der letzte Grund, aus welchem man jetzt noch häufig der *coemtio* ein gleich hohes, ja, wie Sohm, ein höheres Alter, wie der *confarreatio*, vindizieren möchte, liegt darin, daß man sie aus dem bei so vielen indo-europäischen Völkern in alter Zeit vorkommenden Brautkauf entstanden glaubt. Ursprünglich, sagt Sohm, wird die Tochter ihrem Gewalthaber abgekauft. „Später verkauft die Frau sich selbst, gerade wie in Deutschland an die Stelle der Verlobung durch den väterlichen bezw. vormundschaftlichen Gewalthaber später die Selbstverlobung der Tochter tritt, welche dann auch das Handgeld des Käufer-Bräutigams selbst empfängt.“[1] Indessen gerade die Vergleichung mit dem germanischen Brautkauf zeigt meines Erachtens, daß die *coemtio* nicht in der vorausgesetzten Weise entstanden sein kann. Nach altdeutschem Recht erscheint die Verlobung als ein Kaufvertrag, durch welchen der Vormund der Jungfrau für einen ihm vom Manne gegebenen Kaufpreis, das Wittum, sich verpflichtet, das *mundium*, die Gewalt über die Frau, dem Käufer-Bräutigam abzutreten. Die altdeutsche Verlobung ist nun zwar nach Sohm schon Eheschließung, aber nach Sohms eigener Auffassung bringt sie doch nur die negative Wirkung der Ehe, das eheliche Treueverhältnis, hervor, sie entbehrt noch der positiven Wirkungen derselben, d. h. es findet durch die Verlobung noch kein Eintreten der Verlobten in das Haus des Bräutigams, keine eheherrliche Gewalt, keine Standesgemeinschaft, kein eheliches Güterrecht statt. Aus diesem Grunde bietet die *coemtio* mit dem Brautkauf keinen hier einschlagenden Vergleichungspunkt. Denn durch die *coemtio* wird die Ehe in jenen positiven Wirkungen begründet: es findet auch ein Eintreten der Frau in die Familie des Mannes, *manus* des Ehemannes, Übergehen des Frauengutes in das Vermögen des Mannes statt. Ist daher bei den Römern bezw. Latinern früher auch ein Brautkauf vorgekommen, so wird derselbe mit den *sponsalia* in Verbindung gestanden haben, welche vor alters auch ein Geschäft bezw. ein Doppelgeschäft zwischen dem Bräutigam und dem Vater bezw. dem Vormund der Frau waren. Den etwaigen Ausläufer eines *pretium puellae*, wenn solches dabei in alter Zeit dem Vater resp. Vormund gegeben sein sollte, hätten wir nicht in dem Scheinpreis der *coemtio*, sondern in der *arrha sponsalitia* zu suchen, welche später noch der Braut gegeben wurde. Die *coemtio* ist meines Erachtens nie ein wahrer Kauf gewesen, sie ist erst in einer Zeit aufgekommen, als die Manzipation aus einem wahren Kauf schon eine *imaginaria venditio* geworden war und in verschiedenen Umbildungen ihrer einfachen Gestalt zu neuen Zwecken verwendet ist. Zunächst ihrer äußern Erscheinung nach hat sie den Stil nicht der ältesten Zeiten des römischen Staates, sondern den der servianischen Epoche. Auch in den Wirkungen ist dies der Fall. Als rein bürgerliche Eheschließung hat die *coemtio* keinerlei sakralrechtliche Wirkungen. Wurden daneben religiöse Hochzeitsgebräuche beobachtet, so beruhte das nur auf sozialer Sitte und dem religiösen Gefühl der Einzelnen. Sakrale Folgen waren daran nicht geknüpft. Die Wirkung der *coemtio* war

[1] A. a. O. S. 324, A. 1.

iustum matrimonium zwischen Mann und Frau und Eintritt der letztern in bürgerlicher, also namentlich auch vermögensrechtlicher, Beziehung in die *manus* des Ehemannes. Wie ein jeder römische Bürger auch mit einer römischen Bürgerin, wenn es ihnen beliebte, eine formlose Ehe, ein *matrimonium non iustum* oder *iuris gentium,* eingehen konnte, so stand es wohl auch jedem Patrizier frei, mit einer Plebejerin eine Ehe durch *coemtio* einzugehen, aber nur mit den Wirkungen, mit welchen ein Plebejer es konnte, d. h. die Frau blieb Plebejerin, trat wohl in die *manus* ihres Ehemannes, aber nicht in dessen *gens,* wurde also nicht Patrizierin. Ebenso fielen die aus solcher Ehe entsprossenen Kinder wohl in die *potestas* des Vaters, traten aber auch in dessen *gens* nicht ein und wurden nicht Patrizier. Auch die Zwölftafelgesetzgebung hat diesen Zustand der Dinge noch nicht geändert. In einer der beiden letzten Tafeln wurde ausdrücklich bestimmt, *ut ne plebi et patribus connubia essent.*[1] Daß, was bis dahin nur ungeschriebenen Rechtens gewesen war, jetzt ausdrücklich durch den Buchstaben des Patriziern und Plebejern gemeinschaftlichen Landrechts fixiert wurde, erregte den tiefen Unwillen der Plebejer und fachte eine Agitation an, welche eine für den schließlichen Ausgang der ständischen Kämpfe entscheidende Wendung herbeiführen sollte. Der *tribunus plebis* C. Canuleius brachte im Jahre 309 a. u. die bekannte Rogation *de connubio patrum et plebis* ein, *qua contaminari sanguinem suum patres confundique iura gentium rebantur* (Liv. IV, 1), deren Durchsetzung ihm auch wirklich gelang. Es war damit anerkannt, daß auch durch Koemtionsehen von Patriziern mit Plebejerinnen diese sowie die aus diesen Ehen entsprossenen Kinder in die *gens* und den Stand des patrizischen Vaters eintreten sollten. Auch Ehen in der Form der *coemtio* hatten jetzt sakralrechtliche Wirkungen, wenn auch nicht die vollen der konfarreierten Ehen. Während ursprünglich nur Kinder aus konfarreierten Ehen *patrimi et matrimi* waren, konnten nach Macrob. Sat. I, 6 auch *filii qui ex iusta duntaxat matrefamilias nati fuissent,* also auch Kinder aus Koemtionsehen zu Kulthandlungen verwendet werden, auch sie galten später als *patrimi et matrimi.* Die *confarreatio* blieb aber nach wie vor auf den Stand der Patrizier beschränkt. Nach Durchsetzung des *plebiscitum Canuleium* hatte es kein Interesse mehr für die Plebejer, die Teilnahme an dieser umständlichen Eheschließungsform zu erlangen, denn das Vorrecht, welches sie noch den Patriziern gewährte, daß einzelne hohe Priesterstellen nur von aus konfarreierten Ehen abstammenden bezw. in konfarreierten Ehen lebenden Personen, also nur von Patriziern bekleidet werden konnten, war, da mit jenen Priesterstellen keinerlei politische Macht verbunden war, für sie wertlos. Der *usus* endlich ist jedenfalls nicht vor der *coemtio,* wahrscheinlich aber sehr bald nach oder vielleicht gleichzeitig mit der *coemtio* eingeführt worden; denn wie im Gebiete des Sachenrechts die Usukapion ein Surrogat der mangelhaften oder ganz fehlenden Mancipation ist, so ist auch der *usus* als Form der Eheschließung ein Surrogat der ganz unterlassenen oder mangelhaften *coemtio.* Aus der Ususehe hat sich historisch die Ehe ohne *manus* als *iustum matrimonium* entwickelt. Die von den XII Tafeln zugelassene Unterbrechung des *usus* durch Beobachtung des *trinoctium* gewährte die Möglichkeit, eine formlos eingegangene Ehe unter römischen Bürgern ganz von der *manus* frei zu erhalten. Welches die sozialen Gründe gewesen seien, daß von dieser Möglichkeit ein häufigerer Gebrauch gemacht wurde, darüber

[1] Cic. de rep. II, 37, 63. Liv. IV, 4, 5. Dion. Hal. X, 60. XI, 28.

sind verschiedene Vermutungen aufgestellt. Die einen glauben, es sei für die patrizischen Jungfrauen, die sich von Plebejern heimführen ließen, Bedürfnis gewesen, die eigene Angehörigkeit zum Patriziate festhalten zu können und nicht die eigene edle Familie mit der geringern des Mannes vertauschen zu müssen; die anderen sind der Meinung, das *trinoctium* sei häufig im Interesse des Vaters der Frau, der durch den Eintritt der Tochter in die *manus* des Ehemannes seine väterliche Gewalt über sie verlor, oder im Interesse ihrer Agnaten, welche dadurch ihre eventuellen Erbansprüche einbüßten, beobachtet worden.[1] Meines Erachtens ist keines von beiden das allgemeiner und für größere Kreise ausschlaggebende gewesen. Das entscheidende Moment sehe ich vielmehr in dem beim Nachlassen des altrömischen Geistes und der altrömischen Sittenstrenge immer stärker hervortretende Bestreben der Frauen selbst, sich durch Benutzung des ihnen durch das XII Tafelgesetz gebotenen Mittels von der strengen Unterwürfigkeit unter den Ehemann frei zu halten und namentlich sich dadurch eine vermögensrechtliche Selbständigkeit zu verschaffen, welche ihnen bei der Ehe mit *manus* fehlte, dagegen durch die Geschlechtstutel, wie demnächst bei der Darstellung dieser zu zeigen, viel weniger verkümmert wurde. Jedenfalls dürfen wir annehmen, daß die Vermeidung des Eintritts in die *manus* durch regelmäßige Beobachtung des *trinoctium* eine verbreitete Sitte gewesen sein muß, ehe die nicht mit *manus* verbundene Ehe als ein *matrimonium iustum* anerkannt wurde. Ob dies auf gewohnheitsrechtlichem Wege oder durch ein Gesetz geschehen, ist uns nicht überliefert. Wahrscheinlicher ist mir, daß eine so bedeutende Änderung nur durch ein Gesetz erfolgt sei. Auch über die Zeit, in welcher diese wichtige Änderung erfolgt ist, läßt sich nur annähernd mit Wahrscheinlichkeit etwas sagen. Es wird die Zeit gewesen sein, in welcher Rom nach Unterwerfung Italiens seine Augen auf auswärtige Eroberungen zu richten, in welcher Irreligiosität einzudringen und die alte Sitte sich zu lockern begann, wahrscheinlich gegen Ende des 5. Jahrhunderts der Stadt, etwa in der Zeit des ersten punischen Krieges, noch bevor die nun sich erst als notwendig herausstellende *actio rei uxoriae* eingeführt wurde. Sicher ist, daß der Dichter Ennius, geb. 515 a. u., die Ehe ohne *manus* bereits kannte, denn er läßt in seinem Cresphontes (Auct. ad Herenn. II, 24, 38) eine Tochter ihrem Vater den Vorwurf machen, daß er sie (vermöge seiner väterlichen Gewalt) zwinge, ihren Mann wider ihren und seinen Willen zu verlassen (*Cur talem invitam invitum cogis linquere?*). In den niedrigen Gesellschaftskreisen dürfte die Ehe ohne *manus* zuerst häufiger gewesen und von da mehr und mehr sich auch in den höheren Eingang verschafft haben. Wir haben davon noch eine Spur in einer Stelle des Macrob. Sat. I, 6. Es wird hier berichtet, daß im zweiten punischen Kriege außer den *pueri ingenui* auch *pueri libertini* zu Kulthandlungen zugezogen seien: *ex quo concessum est, ut libertinorum quoque filii, qui ex iusta duntaxat matrefamilias nati fuissent, togam praetextam, et lorum in collo pro bullae decore gestarent.* Hieraus ist zu entnehmen, daß gesellschaftlich die von einer *iusta materfamilias*, also einer Frau *in manu*, abstammenden Kinder immer noch angesehener waren, als die von einer bloßen *uxor* abstammenden, und daher auch hier und da noch rechtlicher Bevorzugungen sich erfreuten. Außerdem scheint aus jenem Bericht geschlossen werden zu dürfen, daß im Stande der

[1] Vgl. die Nachweisungen bei Rein, Privatrecht S. 390, A. 1.

Freigelassenen die Ehen ohne *manus* verbreiteter waren, als im Stande der Freigeborenen.

Auch die Arrogationsformel zeigt noch, daß der *iustus filius* im vollsten Sinne nur der war, *qui ex eo patre matreque familias eius natus erat.* Es war ein verhängnisvoller Schritt, den die Römer mit der Anerkennung der Ehe ohne *manus* als eines *iustum matrimonium* thaten, ohne doch im übrigen ihre Familienverfassung umzugestalten. Da die nicht in die *manus* des Ehemanns eintretende Frau außerhalb der *familia* des Mannes blieb, so wurde dadurch zugleich die volle eheliche Gemeinschaft, die Gemeinsamkeit der *familia* nicht bloß mit dem Manne, sondern auch mit den Kindern aufgehoben. Es wurde auch die Festigkeit der Ehen gelockert, denn ohne Frage haben mit jener Neuerung die Scheidungen an Häufigkeit zugenommen. Wir haben uns hier wieder mit einer neuern Darstellung des Wesens der Manusehe und der Ehe ohne Manus in Gegensatz zu setzen. In der Manusehe lebt, schreibt Sohm,[1] die Idee der Agnatenfamilie: nur der Vater steht an der Spitze der Familie. In der freien Ehe lebt dagegen die Idee der Kognatenfamilie des *ius gentium:* an der Spitze des Hauses stehen Vater und Mutter. Die *uxor,* welche nicht in die *manus* getreten, soll gerade diejenige sein, durch deren Stellung die hausmütterlichen Rechte auch im Familienrecht zu Ehren gekommen sind. Sie allein ist auch rechtlich (wenngleich nur nach *ius gentium*) nicht die Schwester, sondern die Mutter ihrer Kinder. Dem *ius civile* ist die Mutter als solche unbekannt: durch das *ius gentium* ist sie gewissermaßen entdeckt und in das römische Recht eingeführt worden. So weit Sohm. Aber wo sind denn die Grundlagen und Beweise für alle diese Behauptungen? Zunächst hat die völlige rechtliche Gleichstellung der *uxor in manu* und der *filiafamilias* keineswegs stattgefunden, wie früher zu zeigen versucht ist. Wie dem auch sein möge, wiefern ist denn die Stellung der Mutter, welche nicht in der *manus* ihres Mannes stand, den Kindern gegenüber eine bessere geworden? Ist es denn wahr, daß seit Anerkennung der Ehe ohne *manus* als eines *iustum matrimonium* nun Vater und Mutter an der Spitze des Hauses stehen? Bleibt nicht der Vater als Gewalthaber der Kinder nach wie vor an der Spitze der *familia,* ohne daß die Frau an der rechtlichen Herrschaft teilnimmt? Hat denn die Mutter irgend welche Rechte gegenüber den Kindern erhalten, welche der *uxor in manu* nicht zugestanden hätten? Ist sie nicht noch auf lange Zeit hinaus von der Beerbung ihrer Kinder ausgeschlossen geblieben? Und hat nicht die *uxor in manu* noch lange Zeit das vor ihr vorausgehabt, daß sie ihren Mann als *quasi sua,* ihre Kinder als *quasi soror* mit beerben konnte? Ist die allmählich stattfindende Gewährung von Rechten an die Kognaten, zunächst durch das prätorische Edikt, dann durch die Bestimmungen der Kaiserzeit, irgend durch die Ehe ohne *manus* hervorgerufen worden? Und stimmt denn die Benennung *„materfamilias“,* welche nur der *uxor in manu* zukommt, zu der Behauptung, daß dem *ius civile* die Mutter als solche unbekannt gewesen?

4. Entstehung und Wesen der *coemtio fiduciaria.*

§ 14. Die Anerkennung der Ehe ohne *manus* als eines *iustum matrimonium* übte auf die Manusehen selbst eine bedeutungsvolle Rückwirkung. Während

[1] A. a. O. S. 332.

bislang die Begründung des *iustum matrimonium* und die der *manus* auch bei *coemtio* und *usus* in einen Moment zusammengefallen waren, fallen sie jetzt auseinander; die Begründung der *manus* durch *coemtio* oder *usus* erscheint jetzt als ein besonderer Akt gegenüber der schon vorher erfolgten Schließung des *iustum matrimonium*, und damit bereitet sich die Möglichkeit einer gänzlichen Loslösung der *manus* von der Ehe vor. War die Frau bei Eingehung der Ehe noch *filiafamilias*, so änderte die bloße Eheschließung an dieser ihrer Stellung nichts, ihrem Vater war damit eine fortdauernde Macht über die Tochter und folglich auf deren Ehe selbst gegeben, welcher gegenüber die Stellung des Mannes eine geradezu unwürdige zu werden drohte. Durch die Begründung der *manus* schied die Frau aus ihrer bisherigen *familia* aus, sie erlitt eine *capitis diminutio minima* mit den daran geknüpften Wirkungen. Diese Wirkungen aber gerade waren vielleicht den Frauen in der einen oder andern Beziehung erwünscht. So konnte bei dem frivolen Geist, welcher in der spätern Zeit der Republik in Bezug auf die Ehe mehr und mehr um sich griff, leicht der Gedanke entstehen, eine Ehe mit *manus* nicht um der Ehe und der *manus* willen, sondern um einer der an die *capitis diminutio* sich knüpfenden Wirkungen willen einzugehen. Wir finden nun bei Gaius eine Figur der *coemtio* erwähnt, in welcher dieselbe nicht *matrimonii causa*, sondern *alterius rei causa*, sei es *cum extraneo*, sei es *cum viro* eingegangen wird, die sogenannte *coemtio fiduciaria*. Es ist die Frage, in welcher Weise dieselbe aus der normalen, alten *coemtio* hervorgegangen ist. Schon von Cicero finden wir eine *coemtio* erwähnt, durch welche ein mit der Ehe selbst nicht in Verbindung stehender Zweck erreicht werden sollte (Cic. pro Murena c. 12): *Sacra interire illi (sc. maiores) noluerunt: horum ingenio senes ad coemtiones faciendas, interimendorum sacrorum causa, reperti sunt.* Nach Savignys[1] Erklärung schloß eine Frau, welche mit der väterlichen Erbschaft zugleich *sacra* überkommen hatte, zum Schein mit einem alten Manne eine Ehe durch Koemtion. Die Folge war nach ihm, daß das ganze Vermögen, wie durch Beerbung, auf diesen Mann überging, und dem Vermögen folgten die *sacra*. Gleich nachher trennte sich der Mann wieder (durch *remancipatio*) und gab nun im einzelnen das Vermögen zurück, wodurch sich der Zustand der *sacra* nicht abermals änderte. Der Alte behielt die *sacra*, so lange er lebte, und erhielt dafür ohne Zweifel gute Belohnung; man wählte aber gewiß einen Armen, welcher erblos sterben konnte, so daß durch seinen Tod die *sacra* für immer untergingen. Savigny sieht in diesem Fall der *coemtio sacrorum interimendorum causa* nur ein Beispiel der *coemtio fiduciaria*[2] und nimmt demnach Übergang des Vermögens der Frau durch die *coemtio* an. Es wird aber demnächst sich zeigen, daß ein solcher Übergang des Vermögens durch *coemtio fiduciaria* auf den *extraneus coemtionator* gar nicht stattfand, ganz abgesehen von dem Bedenken, daß das *interire* der *sacra* nach Savignys Darstellung gar nicht durch die *coemtio*, sondern erst durch das spätere Versterben des *senex* ohne Erben stattfand. Seiner Auffassung gegenüber wird eine Erklärung den Vorzug verdienen, nach welcher durch die *coemtio* selbst die *sacra* vernichtet werden. Die *sacra*, um welche es sich hier handelt, sind *familiaria*, mit der sächlichen *familia* auf den Erben übergehende. Infolge einer *capitis diminutio minima*, welche eine *familiae mutatio* bewirkte, den Zusammenhang mit der bisherigen *familia* vernichtete und auch das Vermögen des *capite deminutus*

[1] Vermischte Schriften I, S. 190 ff. [2] A. a. O. S. 193, A. 1.

gar nicht mehr als dieselbe sächliche *familia* erscheinen ließ, mußten die auf jener bisherigen *familia* ruhenden *sacra* untergehen. Die Juristen gaben daher Frauen, welche ihr Vermögen von den darauf ruhenden *sacra* zu befreien wünschten, den Weg an, eine Manusehe durch *coemtio* mit einem erbenlosen, alten Mann einzugehen, dessen voraussichtliches baldiges Ableben sie bald von der rechtlichen Fessel befreien werde. Sache der Frau war es, sich solchen *senex* auszusuchen, welcher ihr faktisch Sicherheit dafür zu gewähren schien, daß er ein eheliches Zusammenleben und Verfügung über das rechtlich an ihn gefallene Vermögen nicht beanspruchen, sondern sich mit der ihm zu teil gewordenen Versorgung bis zu seinem Tode begnügen werde. Kam es doch auch später noch, als die *coemtio fiduciaria* schon ersonnen war, vor, daß eine Frau nicht mit einem *extraneus*, sondern mit ihrem Ehemanne eine *coemtio* nicht *matrimonii causa*, sondern *alterius rei causa* abschloß, welchen sie, solange die Ehe bestand, trotz des abgeschlossenen *pactum fiduciae* nicht zur Remancipation zwingen konnte. Warum sollten es also vor dem Aufkommen der *coemtio fiduciaria* Frauen verschmäht haben, mit einem *senex* eine Ehe durch *coemtio* einzugehen, nicht um der Ehe willen, sondern *alterius rei causa*?[1] Freilich war dieser Weg, um den fremdartigen Zweck zu erreichen, ein unvollkommener, in seinen Wirkungen über das Ziel hinausschießender Modus. Wer sich aber z. B. die *fiducia* zum Zweck der Verpfändung vergegenwärtigt, der wird darin etwas dem Gange römischer Rechtsentwickelung nicht Fremdartiges erblicken. Als dann häufiger Koemtionsehen, ohne daß an wirkliches eheliches Zusammenleben gedacht wurde, *sacrorum interimendorum gratia* eingegangen wurden, als es ferner den Frauen wünschenswert erschien, das Ausscheiden aus der bisherigen *familia* noch um anderer mit demselben verbundener Wirkungen willen zu erreichen, mußte sich die Jurisprudenz die Frage vorlegen, ob es nicht möglich sei, der sich zeigenden Neigung, Koemtionen nicht um der Ehe willen, sondern um anderer Zwecke willen vorzunehmen, durch Bildung einer neuen Figur der *coemtio*, welche die Wirkung derselben auf den eigentlich gewollten Zweck beschränkte, entgegenzukommen. Diese Figur ist wohl schon in republikanischer Zeit aufgestellt worden, es ist die von Gaius besprochene *coemtio fiduciaria*. Dieselbe begründet nur *dicis causa* eine *manus*, so daß zwar die Frau aus der bisherigen *familia* ausscheidet, aber nicht in die des *coemtionator* übertritt, demselben nicht *filiae loco* wird. Das Vermögen der Frau geht demnach nicht auf den *coemtionator* über, sondern er erhält nur das Recht, vermöge seiner imaginären *manus* die Frau einem Dritten zu remancipieren und dadurch seine Scheinmanus aufzuheben. Formell wurde dies dadurch erreicht, daß man die der normalen *coemtio* vorhergehenden Wechselfragen und Antworten, durch welche die Absicht der Ehe und des Eintretens der Frau in

[1] Ihering, Geist d. röm. Rs. III, 1 (2. Aufl.), S. 274 f. sagt: „Als zuerst eine Frau auf die Idee kam, eine Scheinehe einzugehen, um einen der Zwecke zu erzielen, zu denen die *coemtio fiduciae causa* diente, war dies ein simuliertes Geschäft; als die Einschlagung dieses Weges allgemein geworden und gewohnheitsrechtliche Sanktion erhalten hatte, war es ein Scheingeschäft.“ Diese Annahme scheitert meines Erachtens daran, daß das simulierte Geschäft rechtlich nichtig ist, gar keine Rechtswirkungen hat. Es könnten doch nicht die Juristen, welche die *senes ad coemtiones faciendas interimendorum sacrorum causa* erfunden haben, zur Erreichung einer rechtlichen Wirkung, wie sie hier offenbar gemeint ist, ein rechtlich nichtiges Geschäft angeraten haben, welches nur durch eine Täuschung des Richters bezw. einer sonstigen Behörde den beabsichtigten Erfolg haben konnte. Rat zu geben, um auf diese Weise Erfolg zu erzielen, ist nicht Sache der Jurisprudenz.

die Familie des Mannes ausgedrückt wurde, hier wegließ und so diese neue *coemtio* als eine *cum extraneo* kennzeichnete. An die Stelle jener Fragen trat ein *pactum fiduciae* mit dem *coemtionator*, durch welches er sich verpflichtete, die Frau an eine von ihr bezeichnete (oder noch zu bezeichnende?) Person zu remanzipieren. Die Frau konnte ihn also eventuell zwingen, die Remanzipation vorzunehmen. Die Remanzipation an die bezeichnete Person geschah dann *ea lege*, daß sie von derselben manumittiert werde, welche *manumissio* sie zur *quasi liberta* machte. Die einzelnen Zwecke, um derentwillen solche *coemtio fiduciaria* vorgenommen wurde, sind im Zusammenhange der betreffenden Lehren demnächst darzustellen. Hier ist nur noch hervorzuheben, daß der ursprüngliche Zusammenhang zwischen Ehe und *coemtio* sich immer noch in der alten Stärke geltend machte, wenn die *coemtio fiduciaria* mit dem Ehemanne selbst abgeschlossen wurde.[1] Sie hatte dann die alte Wirkung, d. h. die Frau wurde dem *coemtionator filiae loco* und konnte ihn trotz des hinzugefügten *pactum fiduciae*, so lange die Ehe bestand, nicht zur Remanzipation zwingen.

5. Erfordernisse des *iustum matrimonium* bezw. Ehehindernisse. Verlöbnis. Form der Eheeingehung. *Matrimonium iuris gentium.*

§ 15. *Iustum matrimonium est*, sagt Ulpian fr. V,[2], *si inter eos qui nuptias contrahunt connubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt.* Das *iustum matrimonium* setzt zunächst *connubium*, d. h. Fähigkeit der Person zu einer solchen voraus: es kann nur von einem *civis romanus* mit einer *civis romana*, oder mit einer solchen Latina bezw. Peregrina, mit welcher ihm das *connubium* besonders verliehen ist, eingegangen werden. Daß bis zur *lex Canuleia* vom Jahre 308 auch zwischen Patriziern und Plebejern kein volles *connubium* bestand, ist schon dargelegt worden. Ehen eines *ingenuus* mit einer *libertina* galten noch am Ende der Republik für durchaus unanständig; daß aber solche Ehe kein *iustum matrimonium* gewesen, läßt sich auch für die frühere Zeit nicht behaupten.[3] Eine andere Frage ist es, ob nicht irgend welche nachteilige Folgen sich an derartige Ehen, die nun einmal von der Volksanschauung gemißbilligt waren, knüpften. Nach dem von Liv. XXXIX, 19 mitgeteilten Senatuskonsult, welches der Freigelassenen Fecenia Hispala zur Belohnung gewährt: *utique ei ingenuo nubere liceret, neuquid ei qui eam duxisset, ob id fraudi ignominiaeve esset*, möchte man es annehmen. Das dürfen wir wohl jedenfalls daraus entnehmen, daß, wer solche Ehe einging, dem censorischen Sittengericht verfallen konnte. Ob gesetzliche Folgen eintraten, muß dahingestellt bleiben. — Sodann können

[1] Vgl. über die *coemtio fiduciaria* Gai. I, 114—115b.

[2] Mommsen, Staatsr. III, 1, S. 430 äußert, bis zur Augusteischen Ehegesetzgebung habe die Verbindung zwischen einem Ingenuus und einer Freigelassenen oder umgekehrt den Charakter einer römischen Ehe nicht gehabt, sei nichtig gewesen, er muß aber wegen Cic. pro Sest. 52, 110, wo von einem römischen Ritter gesagt wird: *ut credo, non libidinis causa, sed ut plebicola videretur, libertinam duxit uxorem* zugeben, daß schon vor Augustus das (angebliche) alte Verbot nicht mehr praktisch in Geltung gewesen sei. Aber wenn in dem Senatuskonsult zu Gunsten der Fecenia Hispala derselben gewährt wurde: *uti ei ingenuo nubere liceret, neu quid ei qui eam duxisset, ob id fraudi ignominiaeve esset*, so geht daraus hervor, daß die Ehe eines *ingennus* mit einer Freigelassenen nicht nichtig, sondern dem Freigeborenen nur *fraudi ignominiaeve* war, Ausdrücke, welche auf die Nichtigkeit nicht passen. Die angeführten Worte beziehen sich nicht bloß auf das schändliche Gewerbe, sondern auch auf die Libertinität der Fecenia Hispala.

Jünglinge und Mädchen eine Ehe nicht eingehen, wenn sie nicht *puberes* bezw. *viri potentes* geworden sind. Daß bei den Knaben in alter Zeit der juristische Pubertätstermin mit dem Zeitpunkt der Fähigkeit der Aushebung zum Heer zusammengefallen sei, ist eine bloße Vermutung. In der Zeit, für welche Zeugnisse vorliegen, fielen beide Termine jedenfalls nicht mehr zusammen. In republikanischer Zeit scheint die juristische Pubertät mit ihren Wirkungen an den Zeitpunkt geknüpft zu sein, in welchem der Jüngling das Kinderkleid, die *toga praetexta*, ablegte und mit der *toga pura* oder *toga virilis* bekleidet wurde. Da man annahm, daß die Knaben durchschnittlich mit dem 14. Jahre die Geschlechtsreife erlangten, so durfte die Bekleidung mit der *toga virilis* wohl nicht vor dem vollendeten 14. Jahre geschehen. Der alten Sitte nach erhielten die Knaben, welche mannbar geworden waren, an demselben Tage in feierlicher Weise die *toga pura*. Sie wurden auf das *forum* geführt, zum Zeichen, daß sie nun in das öffentliche Leben einträten, und in die Bürgerlisten mit dem ihnen nun erst gegebenen bürgerlichen *praenomen* eingetragen.[1] Diese Feierlichkeit fand am 17. März, den Liberalien, dem Feste des *Liber*, des Gottes der Zeugungskraft, statt. Aus dieser Sitte der Annahme der *toga virilis* beim Eintritt der Pubertät erklären sich die auch von den Juristen gebrauchten Ausdrücke *vesticeps* für *pubes*, *investis* oder *praetextatus* für *impubes*.[2] Da für alle seit dem letzten 17. März vierzehn Jahre alt gewordenen Knaben die Bekleidung mit der *toga pura* gemeinsam geschah, so konnte sich der juristische Pubertätstermin für den einzelnen verschieden gestalten. Das *togam dare* geschah durch den Vater bezw. einen von ihm Beauftragten[3] oder vom *tutor*. War ein Knabe in körperlicher Reife zurückgeblieben, so mochten jene Personen befugt sein, ihm erst später die *toga pura* zu erteilen. Die von den Philologen gesammelten Beispiele[4] überlieferter Fälle der Annahme der *toga* stimmen im ganzen zu der hier dargelegten Ansicht. In den meisten hat die Annahme der *toga* im noch nicht zurückgelegten fünfzehnten Jahre stattgefunden. Das ist normal, wenn wir annehmen, daß allen Knaben, welche seit den letzten Liberalien das vierzehnte Jahr zurückgelegt, an den folgenden Liberalien die *toga pura* gegeben wurde. In einigen Fällen hat die Annahme des Männerkleides erst nach vollendetem fünfzehnten Jahre stattgefunden. Diese würden sich aus dem Recht des Vaters, die Gewährung der *toga virilis* etwas zu verzögern, erklären. In ein paar Fällen ist die *toga virilis* von Knaben, welche das vierzehnte Jahr noch nicht zurückgelegt hatten, angenommen. Das ist regelwidrig, wird aber auch als verfrüht (*toga maturata*) bezeichnet und scheint nur bei Kaisersöhnen eingetreten sein, bei welchen überhaupt durch den *princeps* eine Dispensation von der Regel erfolgen konnte. Es ist aber noch ein anderes zu berücksichtigen. Eine Zeit der Unsicherheit trat ein, als jene alte republikanische Sitte der Annahme der *toga virilis* allmählich in Wegfall kam, als mit dem Eintritt des Prinzipats die alte Bürgertracht zu schwinden begann. Für einzelne rechtliche Wirkungen schrieben Gesetze geradezu vor, daß die Pubertät mit dem (vollendeten) vierzehnten Jahre eintrete, so die Lex Col. Genetivae XCVIII für den Beginn der Bürgerpflicht, *munera* zu übernehmen. Damit stimmt überein die Bestimmung des Pubertätstermins bei Festus p. 250.

[1] Appian B. C. IV, 30. Dio Cass. LV, 22. LVI, 20. Dionys. IV, 15. Schrift de praenom. 3.
[2] Gell. V, 19. L. 3 § 6 D. de lib. exhib. 43, 30.
[3] Cic. ad Att. V, 20, 9. VI, 1, 12. IX, 19, 1.
[4] Vgl. namentlich Rossbach, Untersuchungen S. 412.

Im allgemeinen aber entstand jene Kontroverse der Sabinianer und Prokulianer, von denen jene nur auf den *habitus corporis*, diese aber im Anschluß an jene Bestimmungen einzelner Gesetze der letzten republikanischen Zeit auf das vollendete vierzehnte Jahr sehen wollten. Daß diese Kontroverse nicht etwa bloß unter den Theoretikern, sondern auch *in praxi* verhandelt wurde, zeigt eine Stelle Quintilians, nach welcher darüber bei den Centumvirn verhandelt sein soll, für welche die Frage in Bezug auf die Gültigkeit der Errichtung von Testamenten praktisch wurde, 4, 2, 5: *De iure quaeritur, ut apud centumviros: . . . pubertas annis an habitu corporis aestimetur.* — Bei Mädchen ist nie im einzelnen Fall der *habitus corporis* untersucht, die Pubertät wurde mit vollendetem zwölften Jahre angenommen.

Noch war zur Schließung der Ehe, außer dem Konsense der Eheschließenden selbst, die Einwilligung derer nötig, in deren *patria potestas* sie standen.[1] Steht der Mann in *patria potestate* seines Großvaters, so bedarf es außer der Einwilligung dieses auch der Einwilligung des Vaters, auf welchen nach des erstern Tode die Gewalt übergehen wird. Eine Frau bedarf in solchem Fall nur der Einwilligung des Großvaters, als des gegenwärtigen Gewaltträgers.[2] Zur Ehe des Sohnes bezw. Enkels muß der Gewalthaber ausdrücklich einwilligen, da solche Ehe für die Familie des Gewalthabers, in dessen Gewalt die aus derselben etwa erwachsenden Kinder fallen sollen, Bedeutung hat. Für die Eheschließung der Tochter, deren Kinder nicht in die Gewalt ihres mütterlichen Großvaters fallen, genügt es, daß der Vater, dem das Faktum der beabsichtigten Eheschließung seiner Tochter, sowie der Mann bekannt ist, nicht widerspricht.[3] Zur Begründung der Manus über die Tochter ist dagegen ausdrückliche Einwilligung des Gewalthabers nötig, da sie dadurch aus seiner Gewalt ausscheidet.[4] Stand die Frau unter Geschlechtstutoren, so war, wenigstens in der Zeit, wo die Macht derselben schon gemindert zu werden begann, deren Einwilligung nicht so unbedingt nötig. In einem von Livius berichteten, in der Stadt Ardea um 311 a. u. verhandelten Falle gerieten die Tutoren und die Mutter eines Mädchens in Streit darüber, welchen von zwei Freiern dasselbe zur Ehe gegeben werden solle, die *magistratus,* vor welche die Sache gebracht wird, *„secundum parentis arbitrium dant ius nuptiarum."* Daß in Rom die Entwickelung eine ähnliche gewesen, zeigt eine allerdings viel spätere Entscheidung von Severus und Antoninus in l. 1 C. de nuptiis 5, 4: *Cum de nuptiis puellae quaeritur nec inter tutorem et matrem et propinquos de eligendo futuro marito convenit, arbitrium praesidis provinciae necessarium est.* — Ein Hindernis der Ehe war Verwandtschaft zwischen den betreffenden Personen. Verboten war zunächst Ehe mit Descendenten oder Ascendenten jeden Grades,[5] verboten ferner die Ehe zwischen Geschwistern,[6] auch Halbgeschwistern, ausdrücklich verboten die Ehen mit Descendenten der Geschwister,[7] obwohl in den entfernteren Graden solche Ehen schon *aetatis ratio prohibet,* denn solche Personen *parentum*

[1] Ulp. V, 2. L. 2 u. 3, l. 18 u. 35 D. de ritu nupt. 23, 2. Paul. II, 19, 2.
[2] L. 16 § 1 D. eod. tit.
[3] L. 7 § 1 D. de sponsal. 23, 1. L. 25 § 1 C. de nuptiis 5, 4. L. 34 pr. D. de ritu nupt. 23, 2.
[4] Coll. leg. M. e. R. IV, 2. 3. IV, 7. Gai. I, 195a.
[5] L. 53 D. de ritu nupt. 23, 2. Gai. 1, 56. Ulp. 5, 6. Coll. 6, 3, 1. L. 14 § 2 D. eod. tit.
[6] Gai. I, 60. [7] Gai. I, 62. Ulp. 5, 6. Coll. 6, 3, 1.

liberorumque loco sunt. Sicher ist ferner, daß in älterer Zeit Ehen unter Geschwisterkindern untersagt waren. *Inter cognatos autem,* sagt Ulpian V, 6, *ex transverso gradu olim quidem usque ad quartum gradum matrimonia contrahi non poterant,* und ebenso heißt es bei Tacitus 12, 6: *Et sobrinarum (matrimonia) diu ignorata tempore addito percrebuisse* (vgl. auch Plut. q. r. 6). Einzelne Ehen mit Geschwisterkindern sind seit dem zweiten punischen Kriege nachweisbar,[1] häufig aber scheinen sie nicht vorgekommen zu sein. Daß die Eheverbote sich in älterer Zeit noch auf weitere Grade der Seitenverwandtschaft bis auf die Enkelkinder von Geschwistern erstreckt haben, war früher nicht strenge nachzuweisen, mußte aber immer als wahrscheinlich bezeichnet werden. Jetzt läßt sich mit Bestimmtheit behaupten, daß früher Ehen mit Verwandten in der Seitenlinie bis zum sechsten Grade incl. nicht zulässig waren, auf Grund des Exzerpts aus Livius XX (Hermes IV, 372): *P. Celius patricius primus adversus veterem morem intra septimum cognationis gradum duxit uxorem. Ob hoc M. Rutilius plebeius sponsam sibi praeripi novo exemplo nuptiarum dicens sedicionem populi concitavit adeo, ut patres territi in Capitolium perfugerent.* In alter Zeit waren Ehen zwischen Verwandten nicht etwa bloß durch weltliches Recht, sie waren durch das göttliche Recht verboten, und die *pontifices* hatten über die Innehaltung des Verbots zu wachen.[2] Das Verbot reichte soweit, als überhaupt die Verwandtschaft nach Graden gerechnet wurde, d. h. bis zum sechsten Grade incl. In der Zeit, wo auf den überhaupt vom *fas* berührten Gebieten *ius* und *fas* noch ungetrennt waren, wird jede wegen Verwandtschaft der *nubentes* dem *fas* zuwiderlaufende Ehe nichtig gewesen sein. Später, als das weltliche Recht sich mehr von der Herrschaft des *fas* zu emanzipieren begann, als ferner auch die alte Strenge des Ehe- und Familienrechts nach verschiedenen Richtungen hin nachzulassen begann, werden Ehen in den entfernteren Graden der Seitenverwandtschaft zwar wohl noch als religiös anstößige und daher nach Beschluß der *pontifices* zu sühnende, aber nicht mehr als durch das weltliche Recht verbotene und daher nichtige angesehen sein. Die von Livius in der angeführten Stelle berichtete Thatsache fällt zwischen 513 und 555, also in eine Zeit, in welcher die Ehe ohne *manus* als *iustum matrimonium* schon anerkannt und mit dem Recht der Ehescheidung schon eine bedeutsame Änderung vor sich gegangen war. Da die Eheverbote wegen Verwandtschaft auf dem *naturale ius et pudor* beruhen, so galten sie nicht bloß für eheliche Verwandtschaft, sondern auch für uneheliche (also auch die *servilis cognatio,* die *vulgo quaesiti* u. s. w.), sowie für Adoptivverwandtschaft, und zwar in der geraden Linie sogar nach Auflösung des Adoptivverhältnisses durch Emanzipation, in der Seitenlinie nur, solange die Adoption nicht durch Emanzipation wieder aufgehoben war.[3] — Auch durch Affinität, das Verhältnis eines Ehegatten zu den Blutsverwandten des andern, wurden Ehehindernisse begründet. So ist die Ehe verboten zwischen Schwiegerkindern und Schwiegereltern, bezw. zwischen jenen und Ascendenten der Schwiegereltern.[4] Gegen Ende der Republik scheint aber die Ehe zwischen Schwiegersohn und Schwiegermutter, wenn auch skandalös, doch nicht mehr rechtlich verboten gewesen zu sein.[5] Auch Ehen zwischen Stiefeltern und

[1] Sie sind angeführt bei Rossbach, Untersuch. üb. s. r. E. S. 431.

[2] Vgl. darüber Rossbach, a. a. O. S. 446 ff.

[3] Gai. I, 61. L. 17 pr. D. de r. n. 23, 2. Paul. II, 19, 4. L. 35 § 1 D. de v. o. 45, 1 u. a. St.

[4] Gai. I, 63. Ulp. 5, 6. Collat. 6, 3, 3. [5] Cic. pro Cluent. 5. 6.

Stiefkindern bezw. deren Descendenten waren verboten.[1] Die Affinität als Ehehindernis wirkt über den Kreis der Personen hinaus, deren *affinis* man geworden: so soll Ehe mit der Witwe des Stiefsohns, bezw. mit dem Witwer der Stieftochter nicht zulässig sein.[2] Endlich ist eine noch bestehende Ehe Hindernis für eine Ehe eines Ehegatten mit einer andern Person. Weitere Ehehindernisse sind erst später aufgekommen.

Seit alten Zeiten ging der Eheschließung, wenn auch nicht vermöge rechtlicher Notwendigkeit, doch der Sitte nach ein Verlöbnis voraus. Für die Darstellung des Verlöbnisrechts wollen wir ausgehen von einer Nachricht, welche Gellius IV, 4, 1 unter Berufung auf die Schriften von Servius Sulpicius de dotibus und von Neratius Priscus de nuptiis über das Recht gegeben hat, welches in Latium bis zur Verleihung des römischen Bürgerrechts an das *universum Latium* durch eine *lex Julia* gegolten habe. Nach dieser Stelle, deren Text am besten von MOMMSEN in den ad capita duo Gelliana (L. IV, c. I. IV) animadversiones[3] p. 97 ff. einer heilenden Kritik unterzogen ist, fand der als *sponsalia* bezeichnete *contractus stipulationum sponsionumque* in folgender Weise statt. Der, welcher die Frau demnächst heimführen wollte, ließ sich von dem *unde ducenda erat* (ihrem Vater oder Vormund) in Sponsionsform versprechen, daß sie ihm zur Ehe gegeben werden solle. Umgekehrt ließ sich dieser von jenem ebenfalls in Sponsionsform versprechen, daß er die Frau zur Ehe nehmen werde. Wenn dann die Frau nicht zur Ehe gegeben, resp. nicht zur Ehe genommen wurde, so konnte der Verletzte gegen den Kontraktbrüchigen *ex sponsu* klagen. Der *iudex* hatte zu untersuchen, weshalb die Frau von dem Verklagten nicht zur Ehe gegeben. bezw. nicht genommen sei. Wenn ihm kein rechter Grund vorzuliegen schien, so schätzte er die *lis* zu Geld ab und verurteilte den Beklagten auf den Betrag des Interesses, welches der Kläger daran hatte, daß ihm die Frau zur Ehe gegeben, bezw. daß sie zur Ehe genommen worden sei. Aus genügendem Grunde konnte also das Verlöbnis einseitig aufgehoben werden, und die *actio ex sponsu* ging nicht auf Vollziehung des Verlöbnisses, sondern auf eine Entschädigung. Es ist sehr streitig, ob nach älterem römischen Recht eine Klagbarkeit des Verlöbnisses bestand.[4] Für die Beantwortung dieser Frage ist vor allem wichtig eine Stelle des Varro de l. l. lib. VI p. 69—73. Nachdem dieser Gelehrte bei einer etymologischen Erörterung des Wortes *spondere* und seiner *composita* gesagt hat: *spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa,* bemerkt er in Bezug auf den *qui spoponderat filiam,* daß er *sponsu alligatus*, durch die *sponsio* rechtlich gebunden gewesen sei, die *filia* dem betreffenden Manne zur Ehe zu geben, *quod tum et praetorium ius ad legem et censorium iudicium ad aequum existimabatur* . . . Mit diesen Worten will Varro sagen, daß damals, als das Verlöbnis durch solche gegenseitigen Sponsionen eingegangen wurde, dasselbe sowohl eine gesetzliche, durch den Prätor geschützte, als eine durch die Volksmoral anerkannte, durch den Censor geltend zu machende Verpflichtung erzeugte. Es ist gesagt worden, die Worte *praetorium ius ad legem existimabatur* erklärten sich daraus, daß die frivole Auflösung eines Verlöbnisses früher dem prätorischen Edikt über die Infamie unterfallen sei,

[1] Gai. I, 63. Ulp. 5, 6. Coll. 6, 3, 3. [2] L. 15 D. de r. n. 23, 2.

[3] In den Symbolae Bethmano-Hollwegio oblatae.

[4] Die auf die Stelle Varros sich beziehenden Erörterungen findet man angegeben bei VOIGT, Ius naturale II, S. 234, A. 246. Beilage XIX, A. 116. Vgl. auch Bd. III, S. 740, A. 1204. Dasselbe XII Tafeln II, S. 683, A. 12.

eine Bestimmung, welche später aus diesem Edikt wieder ausgeschieden sei. Indessen das prätorische Edikt bezeichnet nur den als einen *infamis, qui bina sponsalia in eodem tempore constituta habuerit.*[1] Daß früher auch, wer ein Verlöbnis frivol gebrochen, nach prätorischem Edikt infam geworden sei, ist einfach aus der Luft gegriffen. Daß Varro in der That mit jenen Worten auf eine *actio ex sponsu* hindeutete, wird im weitern Verlauf seiner Erörterung von ihm mit dürren Worten gesagt. Er sagt hier, wenn jemand *ad id quod rogatur* das Wort *spondeo* gesprochen habe, aber *jocandi causa,* so spondiere er in Wahrheit nicht, und es könne nicht mit ihm *ex sponsu* geklagt werden. Ebenso wenn jemand in einem Schauspiel einem andern seine Tochter durch *sponsio* zur Ehe zu geben zugesagt habe, so sei das eine bloße Erklärung ohne entsprechenden Willen (*sine sponte sua dixit*), und es könne daher nicht *ex sponsu* mit ihm geklagt werden. Aus dem Umstande, daß Varro hier das Präsens gebraucht (*non potest agi*), wird man gewiß nicht entnehmen dürfen, daß er die *actio ex sponsu* noch als eine zu seiner Zeit praktische Klage behandele, während er fast unmittelbar vorher von dieser Klage als einer nicht mehr geltenden gesprochen hat (*quod tum praetorium ius ad legem — existimabatur*). Wie wir in lebhafter Erörterung statt des Perfektum wohl das Präsens setzen, so thun es auch die Lateiner. Die Behauptung, daß Varro hier nur Schlüsse von sehr problematischem Werte mache,[2] verdient gewiß keinen Beifall, denn wir haben es hier mit dem neben Verrius Flaccus gewiegtesten Kenner der römischen Altertümer zu thun, der, auch wenn er beiläufig einen Gegenstand berührt, sich darum noch nicht auch nur *en passant* mit ihm beschäftigte. Daß Servius Sulpicius und Neratius Priscus von einer ältern Verlöbnisklage nichts gewußt hätten, ist zuviel behauptet; denn wir kennen ihre Erörterung nur aus Gellius' Berichterstattung. Nach der ganzen Art, wie Gellius seine Quellen benutzt und citiert, läßt sich nicht einmal mit Bestimmtheit sagen, ob er unmittelbar aus dem Werk des Servius Sulpicius geschöpft oder nur aus dem des Neratius Priscus, der seinerseits des Servius Worte anführte. Recht wohl wäre es möglich, daß Servius eine Bemerkung gemacht habe, was in Latium noch bis zur Lex Julia gegolten, sei in alter Zeit auch in Rom Rechtens gewesen. Aus dem Schweigen des Gellius läßt sich kein sicherer Schluß ziehen, daß im Zusammenhang der Darstellung des Servius eine solche Bemerkung nicht vorgekommen sei. Hätte sich aber auch eine solche Bemerkung nicht bei ihm gefunden, so würde immer noch nicht behauptet werden können, daß er von einer ältern Klagbarkeit des Verlöbnisses in Rom schlechterdings nichts gewußt habe. Des Servius' Monographie war für die Praxis bestimmt; auf das jüngst erst abgeschaffte Sponsalienrecht Latiums einzugehen, lag ihm bei solcher Bestimmung seines Werkes viel näher, als auf durch Jahrhunderte von den seinigen getrennte römische Zeiten; denn unleugbar war in Rom die Klagbarkeit der Verlöbnisse schon lange abgekommen. Es führt mich das auf ein anderes Bedenken, welches gegen dieselbe geltend gemacht ist. Die Ehe frei und jeden Moment lösbar, die Sponsalien bindend —, das, sagt Ihering[3] (und mit Recht), wäre ein seltsamer Widerspruch. Aber hat denn diese freie Lösbarkeit der Ehe von jeher bestanden? Ist es nicht vielmehr höchst wahrscheinlich, daß die mit der Anerkennung der Ehe ohne *manus* aufkommende Scheidungsfreiheit auch auf das Verlöbnisrecht zurückgewirkt hat, daß auch

[1] L. 1 D. de his qui n. i. 3, 2. [2] So Ihering, Geist. II, 1², S. 211. [3] A. a. O. S. 210.

hier an die Stelle eines ältern strengern Rechts, welches eine Aufkündigung des Verlöbnisses nur beim Vorliegen einer *iusta causa* zuließ und bei willkürlicher Aufkündigung dem Verletzten eine *actio ex sponsu* auf Entschädigung gewährte, freie Kündbarkeit getreten ist? Meines Erachtens galt das allgemeine latinische Sponsalienrecht in alter Zeit auch in Rom. Was sich aber in den latinischen Landstädten bis zur Gewährung der *civitas romana* an ganz Latium ungefährdet erhalten konnte, das war in dem zur Hauptstadt Italiens sich aufschwingenden Rom, in welchem der Puls der historischen Entwickelung viel voller und rascher schlug, viel früher schon dem Untergang verfallen. Das Abkommen der Klagbarkeit der Verlöbnisse dürfen wir etwa in die Zeiten der punischen Kriege versetzen. Für die frühere Klagbarkeit der Verlöbnisse spricht auch der noch bei Plautus hervortretende Gegensatz der *pacta* oder *conventa* und der *sponsa*.[1] Der rechtsförmlichen Verlobung gingen formlose Beredungen voraus, auf welche dann erst die Sponsionen folgten. Es wäre nicht abzusehen, wie dieser Gegensatz hätte aufkommen können, wenn nicht ursprünglich die in der Rechtsform der Sponsionen gegebenen Versprechen rechtlich bindend gewesen wären. Wir dürfen aber annehmen, daß in Rom in alter Zeit ebenso wie in Latium zwei Sponsionen zwischem dem Manne und dem Vater resp. Vormund der Frau abgeschlossen wurden. Auch in Rom wurde nicht bloß die Braut *(quae promissa erat) sponsa,* sondern auch der Bräutigam *sponsus* genannt. So konnte er nicht genannt werden als der, welcher sich das Mädchen zur Ehe versprechen ließ, sondern als der, welcher das Mädchen zur Ehe zu nehmen versprach *(qui spoponderat ducturum, sponsus appellabatur).* Daß diese Form sich in Rom nicht erhalten hat, stimmt völlig zu der vorher dargelegten historischen Entwickelung. Schon Varro sagt l. c.: *Spondebatur — filia nuptiarum causa,* und übereinstimmend sagt Ulpian in seinem *liber singularis de sponsalibus* (l. 2 D. de sponsal. 23, 1): — *moris fuit veteribus stipulari sibi et spondere uxores futuras* (vgl. Florentinus in l. 1 D. eod. tit.: *sponsalia sunt mentio [l. conventio] et repromissio nuptiarum futurarum).* Auf die Form des Versprechens kam in dieser spätern Zeit nichts mehr an; es genügte der *nudus consensus,* und konnte daher ein Verlöbnis auch unter Abwesenden brieflich oder vermittelst eines Boten oder durch einen Stellvertreter *(interposita persona)* abgeschlossen werden, was nach Ulpians Angabe sehr häufig geschah.[2] Da Freiheit einseitiger Auflösung der Ehe jetzt anerkannt war, so erschien es auch als *contra bonos mores,* die Freiheit einseitiger Auflösung des Verlöbnisses irgendwie zu beschränken; daher wurde auch gegen die Klage aus dem Versprechen einer *poena* für den Fall, daß eine Partei die Ehe nicht eingehen wollte, eine *doli exceptio* gegeben *(quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta*[3]*).* Zur Abschließung eines Verlöbnisses ist nicht dasselbe Alter erforderlich, wie zur Eingehung einer Ehe. Es genügt, daß die zu verlobenden Personen nur das geringfügigste Verständnis von dem Akt haben, d. h. sie müssen das Alter der *infantia* überschritten haben. Ein ganz Handlungsunfähiger, wie ein *infans* oder ein *furiosus,* kann kein gültiges Verlöbnis eingehen.[4] Zur gültigen Eingehung eines Verlöbnisses ist die Einwilligung derselben Personen nötig, deren Zustimmung zur Ehe erfordert

[1] Plaut. Poen. V, 3, 37 f. Trinummus II, 4, 99. Non. V, 69. Arnob. adv. gent. IV, 20. Vgl. Huschke, Ztschr. f. ges. Rsw. X, S. 337.

[2] L. 4, 5, 18 D. de spons. 23, 1. [3] L. 134 pr. D. de v. o. 45, 1.

[4] L. 14 u. 8 D. de spon. 23, 1.

wird.[1] Der Vater kann aber einen *filiusfamilias* nicht ohne dessen Zustimmung verloben.[2] Die *filiafamilias* wird als zu der vom Vater vorgenommenen Verlobung zustimmend angesehen, wenn sie nicht ihren Widerspruch ausdrücklich erklärt. Auch wird ihr das Recht zu solchem Widerspruch nur zugestanden, wenn der Vater einen unwürdigen oder übel beleumdeten Bräutigam für sie erwählt.[3] Möglich ist, daß in alter Zeit größere Strenge waltete, und die Verlobung lediglich vom Willen des Gewalthabers abhing. — Obwohl das Verlöbnis nicht mehr klagbar war, hatte es doch, worauf schon die angegebenen rechtlichen Voraussetzungen des Zustandekommens desselben hindeuten, bestimmte rechtliche Wirkungen. Es wurde durch dasselbe schon eine Art Affinität zwischen den Verlobten selbst, bezw. dem einen Verlobten und den Ascendenten bezw. Descendenten des anderen hergestellt.[4] Diese Affinität findet Berücksichtigung in Ehehindernissen[5] und in der Bestimmung, daß Personen, zwischen denen solche Affinität besteht, nicht zur Zeugnisleistung gegeneinander gezwungen werden können,[6] ferner darin, daß nach der *lex Pompeia* und deren Interpretation der Mord solcher Personen dem Begriff des *parricidium* unterstellt wird.[7] Sodann sind *sponsus* und *sponsa* auch ausgenommen von den Schenkungsbeschränkungen der *lex Cincia*[8] und den Legatsbeschränkungen der *lex Furia testamentaria*. Rücksichtlich der Interpretation des Edikts scheint man, wie gleich hier bemerkt werden mag, in derselben Weise verfahren zu sein, wie bei der der Gesetze: die Bestimmung des Edikts, welche den Infamen untersagte, für andere, als für gewisse ihnen sehr nahe stehende Personen, zu postulieren, scheint man auch auf *sponsus* und *sponsa* ausgedehnt zu haben.[9] Auch das ist eine Wirkung des Verlöbnisses, daß, wer ohne Geheiß seines Gewalthabers, während er noch in solchem Verlöbnis steht, ein anderes Verlöbnis eingeht, oder wer die seiner Gewalt unterworfene Person, die schon gültig verlobt ist, ein anderes Verlöbnis eingehen läßt, der Infamie verfällt.[10] — Aufgelöst kann das Verlöbnis werden durch einseitige Aufkündigung, welche in einer ausdrücklichen Erklärung bestehen muß. Dieselbe kann aber auch dem Abwesenden gegenüber abgegeben werden, was wohl gewöhnlich geschah. Daher rühren die Ausdrücke *repudium renuntiare, nuntium mittere (ad finienda sponsalia), nuntium remittere* für diese Erklärung. Eine gebräuchliche Formel für die Aufkündigung war: *conditione tua non utor.*[11] Das Verlöbnis einer *in patria potestate* stehenden Person kann der Gewalthaber auflösen. Der *tutor puellae* kann nur mit dem Willen der Verlobten das Verlöbnis aufkündigen.[12]

Ob sofort nach Anerkennung der Ehe ohne *manus* als eines *iustum matrimonium* dieselbe in unsolenner Weise eingegangen werden konnte, oder ob es etwa einer ausdrücklichen mündlichen Erklärung des Mannes der Frau gegenüber, daß er sie *uxorem ducere* wolle *liberum quaesundum gratia,* bedurfte, das ist eine Frage, welche im Auge behalten werden muß, deren sichere Beantwortung aber noch nicht

[1] L. 7 § 1 D. eod. tit. [2] L. 13 D. eod. tit. [3] L. 11 u. 12 D. h. t.
[4] L. 8 D. de grad. 38, 10. [5] L. 12 § 2, l. 14 § 4 D. de r. n. 23, 2.
[6] L. 5 D. de test. 22, 5. [7] L. 4 D. de lege Pompeia 48, 9. [8] Fr. Vat. § 302.
[9] Vgl. Voigt, Ius naturale III, S. 1176, A. 1824.
[10] L. 1 D. de his qui not. i. 3, 2. L. 13 § 1 D. eod. tit.
[11] Plaut. Aulul. IV, 10, 53 ff. Ter. Phorm. IV, 3, 72. L. 101 u. 191 D. de v. s. 50, 16. L. 6 D. de spons. 23, 1. L. 2 § 2 D. de div. et repud. 24, 2.
[12] L. 10 u. L. 6 D. de spons. 23, 1.

möglich scheint. Innerlich unwahrscheinlich ist es nicht, daß man zunächst noch eine solche Form verlangt habe, dieselbe dann aber *desuetudine* abgekommen oder auch durch die Augusteische Gesetzgebung, welche Eheschließungen möglichst zu erleichtern und zu befördern suchte, abgeschafft sei. In den Zeiten, von denen wir sichere Kenntnis haben, war jedenfalls eine solche Form nicht mehr erforderlich: es genügte, daß die auf gegenwärtiges Bestehen einer Ehe unter ihnen gerichtete Willensübereinstimmung der betreffenden Personen unzweideutig kundgegeben war. War dieser *animus mariti et uxoris,* die *mens matrimonii*[1] unter Gegenwärtigen durch ausdrückliche Erklärung beider Teile, etwa bei der feierlichen Hochzeit kundgegeben, dann bedurfte es keines weitern Akts, weder der Aufnahme von *tabulae dotis* noch auch des *domum deduci.* Daß namentlich die Aufnahme der Frau in das Haus des Gatten nicht für alle Fälle zur Eheschließung erforderlich war, ergiebt sich deutlich aus einer Entscheidung Scaevolas in l. 66 pr. D. de donat. int. vir. et ux. 24, 1. Es war an Scaevola die Frage gerichtet worden, ob eine Schenkung, welche die Frau dem Manne gemacht habe, *antequam domum deduceretur tabulaeque dotis signarentur,* gültig sei. Der scharfe Jurist bemerkt, in der Anfrage seien unwesentliche, nicht zur Sache gehörende Momente ausgedrückt, nämlich, daß die Schenkung vor dem *domum deduci* und dem *tabulas dotis consignare* stattgefunden. Diese Vorgänge könnten nach der Schließung der Ehe, welche mit dem kundgegebenen Konsens als geschehen anzusehen sei, stattgefunden haben. Aber der Konsens braucht nicht nothwendig ausdrücklich oder gar bei feierlicher Hochzeit kundgegeben zu sein. Wenn er nun nicht ausdrücklich unter Gegenwärtigen kundgegeben ist, dann wird er erst mit der Aufnahme der Frau in das Haus des Mannes als dem Beginn des ehelichen Zusammenlebens angenommen, der *concubitus* ist für die Schließung der Ehe ein gleichgültiges Moment. Unter Abwesenden genügt nie die bloße Erklärung des Konsenses durch einen Brief oder Boten, weil solche Erklärung noch nicht genügend den auf gegenwärtige eheliche Gemeinschaft gerichteten Willen kundgiebt. Mit der abwesenden Frau kann daher überhaupt noch keine Ehe eingegangen werden, weil hier der gegenwärtige Beginn der ehelichen Gemeinschaft nicht möglich ist; zu der Konsenserklärung zwischen dem abwesenden Mann und der Frau muß noch hinzukommen, daß die Frau das Haus des Mannes als das *domicilium matrimonii* bezieht, damit wird die eheliche Gemeinschaft als begonnen angesehen.[2] Das Bestehen einer Ehe wird also angenommen, wenn jemand mit einer freigeborenen Frau, welche er heiraten kann, ehelich zusammenlebt,[3] was durch Zeugnis der Nachbarn, Freunde und Bekannten nachgewiesen werden kann. —

Daß die Frau auch bei der Ehe ohne *manus* noch in einer, wenngleich schwächern, eheherrlichen Gewalt, einer Herrschaft des Mannes stehe, welcher eine Subjektion ihrer Person entspreche, ist nicht römische Anschauung. Sind auch Rechte und Pflichten von Mann und Frau gegeneinander keine Obligationen, sondern familienrechtlicher Natur, so sind doch die Rechte bezw. Pflichten gegenseitige, und sind auch die Rechte der Gatten gegeneinander, dem Wesen der Geschlechter entsprechend, nicht ganz gleichartige, so spricht das

[1] Quintil. V, 11, 32. L. 36 D. de r. j. 50, 17. L. 15 D. de c. et d. 35, 1. L. 13 D. de don. inter virum et ux. 24, 1.

[2] L. 5 D. de r. n. 23, 2. L. 66 § 1 D. de don. i. v. e. u. 24, 1. L. 15 D. de c. et d. 35, 1.

[3] L. 24 D. de r. n. 23, 2. Quint. decl. 247.

immer noch nicht für Herrschaft auf der einen, Subjektion auf der andern Seite. Auch ist das Verhältnis zwischen den Ehegatten bei der Ehe ohne *manus* viel zu wenig juristisch ausgeprägt, es ist viel zu sehr nur unter der Herrschaft der Sitte stehendes Lebensverhältnis, als daß die superiore Stellung des Mannes den Charakter einer rechtlichen Herrschaft hätte annehmen können. Die Nichtexistenz einer solchen eheherrlichen Gewalt über die Frau wird ferner dadurch erwiesen, daß die Frau *in patria potestate* stehen kann, mit welcher jede andere gleichartige rechtliche Herrschaft über die *persona subiecta* unvereinbar ist. Die superiore Stellung des *maritus* zeigt sich aber vor allem darin, daß er *ducit uxorem,* daß also sein Haus als das *domicilium matrimonii* angesehen wird, welches die Frau mit ihm teilt; daß die Kinder, welche er mit ihr zeugt, ihm folgen und in seine *patria potestas* treten; daß er die Frau zu unterhalten und überhaupt die Kosten der gemeinsamen ehelichen Haushaltung zu tragen hat; daß ihm *reverentia* von seiten der Frau geschuldet wird;[1] daß sie *in officio mariti,*[2] d. h. ihm gegenüber verpflichtet ist, das Hauswesen zu beaufsichtigen und in Ordnung zu halten. Doch widerspricht nicht alles, was der schuldigen *reverentia* der Kinder gegen die Eltern zuwiderläuft, auch der *reverentia* der Frau gegen den Gatten. So ist z. B. nirgends gesagt, daß die Frau den Mann nur mit Erlaubnis des Prätors *in ius* vocieren dürfe. Da das *officium,* welches die Frau dem Ehemann schuldet, nicht dem der Kinder gegen den Vater gleichsteht, so ist auch nicht anzunehmen, daß dem *maritus* der Frau gegenüber dieselbe *coercitio,* wie dem Vater gegenüber den Kindern, zustand. Ausdrücklich wird gesagt, daß *verbera (quae ingenuis aliena sunt)* für die Frau einen berechtigten Scheidungsgrund abgäben. Ein eigentliches Recht, die in seinem Hause beim Ehebruch ertappte Frau zu töten, steht ihm nicht zu, wenn es ihm auch verziehen wird.[3] Über das Anklagerecht ist an anderer Stelle zu handeln. Aus dem *honor,* der *affectio maritalis,* welche die Grundlage der Ehe ist, kann die Frau den Anspruch herleiten, daß der Mann ihr Schutz gewähre und ihr, wenn sie auch kein Glied seiner *familia* ist, doch in seinem Hause die jenem *honor maritalis* entsprechende Stellung anweise und sichere. Rechtsmittel, diese ihre gegenseitigen Ansprüche durchzusetzen, giebt es eigentlich nicht. Werden sie verletzt. so bleibt jedem Teil die Möglichkeit der Scheidung. Prekär war das ruhige Zusammenleben von Mann und Frau in der Ehe ohne *manus* dadurch, daß es nicht allein von ihrer Eintracht, sondern auch von der Willkür des Gewalthabers der Ehefrau abhing. Der Vater konnte vermöge seiner *patria potestas* die Ehe der Tochter scheiden und ihr den Mann zu verlassen gebieten.[4]

Mochte die Sitte einem frivolen Gebrauch dieses Rechts sich entgegenstellen, das Recht gewährte dagegen vorläufig keine Hilfe, es schützte vielmehr

[1] L. 14 § 1 D. soluto matr. 24, 3. [2] L. 48 pr. D. de op. lib. 38, 1.
[3] Gell. X, 23, 5. Acr. in Hor. Sat. II, 7, 62.
[4] Vgl. außer Enn. fr. Cresph. 7 noch Plautus, Stichus I, 1, 14:

— — *qui viris*
tantas apsentibus facit
Nostris inmerito iniurias
Nosque ab eis volt abducere.

v. 52 *Nequest quor studeam has nuptias mutarier.*
Verum postremo in patris potestatest situm:
Faciundumst nobis quod parentes inperant.

die Gewalt des Vaters gegen eine Verletzung derselben auch von seiten des Mannes. Der Rechtsmittel, vermöge deren der Vater seine Gewalt gegen jeden dritten das Kind ihm Vorenthaltenden geltend machte, konnte er sich auch dem Mann gegenüber ursprünglich mit Erfolg bedienen.[1]

Das durch die Ehe zwischen Mann und Frau begründete Affinitätsverhältnis fand auch in den Bestimmungen verschiedener wichtiger *leges* gebührende Berücksichtigung: *vir* und *uxor* gehören zu den von den Vorschriften der *lex Cincia* und der *lex Furia testamentaria* ausgenommenen Personen;[2] nach der *lex Pompeia* fiel der Mord von *vir* oder *uxor* unter den Begriff des *parricidium*.[3] Auch Zeugnis gegeneinander zu leisten, können Ehegatten nicht gezwungen werden.[4] Alt ist sicher auch der Satz, daß *actiones poenales* und *famosae* gegen Ehegatten nicht zugelassen werden. In dieser Richtung sind demnächst auch im prätorischen Edikt hier noch nicht zu erwähnende Bestimmungen getroffen. —

Auch die Ehen zwischen römischen Bürgern und Peregrinen, mit welchen kein *connubium* bestand, sind gewiß nie als Konkubinate angesehen, sondern als *matrimonia*, wenn auch nicht als *iusta*. Die aus solchen Verhältnissen entsprossenen Kinder waren eheliche, sie hatten im Rechtssinne einen Vater, wenn sie ihm auch nicht folgten, nicht seine *iusti liberi* waren. Darin besteht nach römischer Anschauung die Wirkung des *iustum matrimonium*, daß die Kinder dem Stande des Vaters folgen und in dessen Gewalt fallen. Nach *ius gentium* folgen aber die Kinder der Mutter. Hatte also ein *civis romanus* eine Ehe mit einer *peregrina* geschlossen, so wurden die Kinder Peregrinen, wenn dagegen eine *civis romana* einen Peregrinen geheiratet hatte, so wurden die Kinder römische Bürger.[5] Das letztere mußte den stolzen Römern anstößig erscheinen, seitdem solche Ehen häufiger abgeschlossen wurden. Um die römische Bürgerschaft rein zu erhalten, verordnete daher eine *lex Minicia*, daß, wenn ein römischer Bürger eine *peregrina* oder eine römische Bürgerin einen *peregrinus* heirate, die aus solchen Ehen entsprossenen Kinder immer der ärgern Hand folgen, also stets Peregrinen werden sollten. Für die Beantwortung der Frage, welcher Zeit die *lex Minicia* angehört, gewährt einen gewissen Anhalt schon der Bericht des Gaius I, 79. Er sagt nämlich, daß mit der Bezeichnung *peregrini* der *lex Minicia* nicht allein die *exterae nationes et gentes*, sondern auch *qui Latini nominantur* umfaßt würden, aber die *Latini*, welche *proprios populos propriasque civitates habebant et erant peregrinorum numero*. Es sind darunter offenbar die Bürger der Städte Latiums und der *latinae coloniae* verstanden. Waren nun diese unter den Pregrinen der *lex Minicia* begriffen, so fällt dieselbe unzweifelhaft in die Zeit vor dem Bundesgenossenkrieg, in welcher jene Latiner noch nicht zur *civitas romana* gelangt waren. Im sechsten Jahrhundert der Stadt wurde schon die *multitudo alienigenarum* für die Stadt Rom lästig, namentlich strömte eine Masse von Latinern in Rom zusammen, und verschiedentlich, so im Jahre 566, wurden gegen diesen Zudrang Maßregeln ergriffen.[6] Es ist vorauszusetzen,

2, 71 f.: — *Ita mi auctores sunt amici, ut vos hinc abducam domum*
— — — — — — — — — — — — —
Nam aut olim, nisi tibi placebant, non datas oportuit
Aut nunc non aequomst abduci, pater, illis apsentibus.
Vosne ego patior cum mendicis nuptas me vivo viris?

[1] L. 1 § 5 D. de lib. exhib. 43, 30. [2] Fr. Vat. § 302.
[3] L. 1 D. de lege Pomp. 48, 9. [4] L. 4 D. de test. 22, 4.
[5] Gai. I, 56. 67. 80. Ulp. V, 8. 9. L. 24 D. de st. h. 1, 5.
[6] Liv. XXXIX, 3. XLI, 8. 9.

daß um diese Zeit auch die Ehen zwischen römischen Bürgern und Latinern bezw. sonstigen Peregrinen zugenommen haben werden. In die zweite Hälfte des sechsten Jahrhunderts a. u. wird daher unsere *lex Minicia* zu setzen sein. Mit dieser Annahme steht keineswegs in Widerspruch der Satz von Cic. Top. 4, 20: *si mulier, cum fuisset nupta cum eo, quicum connubium non esset, nuntium remisit, quoniam qui nati sunt patrem non sequuntur, pro liberis manere nil oportet.* Arndts[1] meint, aus dieser Stelle gehe hervor, daß Cicero die Bestimmung der *lex Mensia* (*l. Minicia*) noch nicht gekannt habe, denn die *mulier nupta cum eo, quicum connubium non erat,* habe ebensowohl eine Römerin sein können, die mit einem Peregrinen, als eine Peregrina, die mit einem Römer verheiratet war; es sei also auf beide Fälle auch der Satz zu beziehen: „*qui nati sunt, patrem non sequuntur.*" Dabei ist aber nicht bedacht, daß Cicero in einer ganz andern Beziehung von dem *patrem sequi* bezw. *non sequi* spricht, als die *lex Minicia.* Nach der letztern soll auch das Kind aus der Ehe einer *civis romana* mit einem Peregrinen *deterioris parentis condicionem sequi,* also dem Stande des peregrinischen Vaters folgen, nicht aber unbedingt *patrem sequi*, d. h. als *iustus filius* des Vaters gelten und in dessen Gewalt fallen, wie wenn zwischen dem peregrinischen Vater und der römischen Mutter *connubium* bestanden hätte. Cicero hat aber dies *patrem sequi* gerade in dem Sinne, daß die Kinder als *iusti patris liberi* gelten, im Auge. — Es ist in Anknüpfung an die Ciceronianische Stelle gleich hier die streitige Frage zu prüfen, ob bei einem *matrimonium non iustum* eine *dos* habe vorkommen können.[2] Daß das eigentümliche römische Dotalrecht mit seiner *actio rei uxoriae* anfänglich nur für die *matrimonia iusta,* nicht für *non iusta* galt, ist wohl nicht zu bezweifeln. Auch läßt sich die Anwendbarkeit der *dos* auf die *matrimonia iuris gentium* nicht so begründen, daß sie ein vermögensrechtliches Institut und ihre Zulässigkeit also nicht durch *connubium*, sondern nur durch das *commercium,* die Fähigkeit, an den römisch-rechtlichen Vermögensinstituten teilzunehmen, bedingt sei, denn einmal ist die *dos,* welche das Bestehen eines *matrimonium* voraussetzt, kein rein vermögensrechtliches Institut, sodann würde sie, wenn sie wirklich *commercium* voraussetzte, keineswegs auf die *matrimonia* der Peregrinen im engern Sinne, welche ja kein *commercium* haben, sondern nur auf Ehen der Latinen anwendbar seien. Ein positives Zeugnis für das Vorkommen der *dos* bei *matrimonia iuris gentium* liegt auch nicht in der Bemerkung des Gellius N. A. IV, 3: *memoriae traditum est, quingentis fere annis post Romam conditam nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe Romana aut in Latio fuisse;* denn aus dieser Stelle ist nur zu entnehmen, daß auch die *iura civilia* der Städte Latiums die *actio rei uxoriae* anerkannten, wahrscheinlich infolge einer Reception aus dem *ius civile Romanorum,* daß also die *actio rei uxoriae* auf die *matrimonia iusta* der *iura civilia Latinorum* Anwendung fand. Ein unverwerfliches Zeugnis aber für die Ausdehnung der *dos* bezw. *actio de dote* auf das *matrimonium iuris gentium* liegt in der oben angeführten Äußerung Ciceros in Top. 4, 20. Damit, daß hier gesagt wird, wenn die in einem *matrimonium iuris gentium* lebende Frau die Ehe durch Erklärung der Scheidung aufhebe, so verbleibe dem Manne nichts *pro liberis,*

[1] Die lex Maenia de dote, in d. Gesammelt. civil. Schrift. I, S. 450.

[2] Vgl. über diese Frage Hasse, Güterrecht S. 245 ff.; Zimmern, Gesch. des röm. Privatrs. I, § 139, S. 507 f.; Voigt, Ius naturale II, S. 653. Lex Maenia S. 28 ff. Arndts, Ztschr. f. Rechtsgesch. Bd. VII, S. 7 ff.; Bechmann, Dotalrecht Abt. I, S. 83, Abt. II, S. 5 f., S. 175 ff. Czyhlarz, Dotalrecht S. 80 ff.

ist zugleich gesagt, daß bei solcher Ehe eine *dos* vorkomme, bezw. daß der Mann dieselbe bei der Auflösung der Ehe durch Scheidung zurückzugeben verpflichtet sei, wobei die hier sehr erklärliche Ausschließung der *retentio pro liberis* zugleich darauf hinweist, daß die Rückforderung mit der *actio de dote* erfolgen konnte. Diese Ausdehnung des civilen Dotalrechts auf das *matrimonium iuris gentium* mit den durch den Charakter des letzteren gebotenen Modifikationen ist wahrscheinlich nicht durch bloßes Gewohnheitsrecht, sondern durch eine *lex* erfolgt; denn daß durch römische Gesetze Bestimmungen über *matrimonia iuris gentium* getroffen sind, zeigt einmal die vorher besprochene *lex Minicia*, sodann der allgemeiner gefaßte Ausspruch Ulpians in l. 24 D. de statu hominum 1, 5: *Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit.* Es fragt sich aber noch, wie sich zu dem aus der Ciceronianischen Stelle ergebenden Resultat ein paar Äußerungen unserer Rechtsquellen verhalten: L. 5 § 1 D. de bonis damnator. 48, 20 und l. 1 C. de repudiis 5, 17. Beide handeln von *dotes*, welche nicht von vornherein für ein *matrimonium iuris gentium* bestellt waren. Durch die Deportation eines der Gatten, welche eine *capitis diminutio media* für denselben wirkt, hört das *matrimonium*, welches bisher ein *iustum* war, auf, als solches zu bestehen, wenn aber der Mann *mariti affectionem* und die Frau *uxoris animum* behalten, so dauert die Ehe als *matrimonium non iustum* fort, und die *dos* bleibt beim Manne, oder, wie die zweite Stelle sich ausdrückt, *dotis actio ipso iure non competit.* Wenn später dieses *matrimonium non iustum* gelöst wird, so soll die Frau dann klagen können, *quasi humanitatis intuitu hodie nata actione.* Diese Worte werden verschieden erklärt. Bechmann sieht darin eine Bestätigung seiner Ansicht, daß die *dos* ein civilrechtliches Institut sei, durch die *capitis diminutio media* werde das *commercium* und damit von Rechts wegen das Dotalverhältnis zerstört, nur *humanitatis intuitu* dauere das Dotalverhältnis fort. Dem steht aber entgegen, daß in der ersten Stelle nicht etwa gesagt ist, *humanitatis intuitu* bleibe die *dos penes maritum*, sowie, daß in der zweiten Stelle gesagt ist, da die Ehe fortdauere, so stehe *ipso iure* die *dotis actio* nicht zu, d. h. mit anderen Worten, die *dos* bleibe *ipso iure* beim Manne. Nur daß bei späterer Auflösung des *matrimonium iuris gentium* die *actio de dote* entstehe, wird *humanitatis intuitu* angenommen. Nach Scheurl[1] dagegen soll durch die *capitis diminutio media* die Ehe strenge genommen völlig aufhören und nur *humanitatis intuitu* bloßer Übergang derselben in ein *matrimonium iuris gentium* angenommen werden. Allein solcher Annahme steht einmal die Natur der *capitis diminutio*, welche *„civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest“*, sodann die ganze Ausdrucksweise der oben citierten Stellen entgegen. Meines Erachtens darf bei der Erklärung jener Stellen nicht außer acht gelassen werden, daß die *dotes* zunächst für ein *matrimonium iustum* bestellt waren. Wären sie von vornherein für ein *matrimonium iuris gentium* bestellt gewesen, so würde die *actio de dote* bei Auflösung der Ehe nicht bloß *humanitatis intuitu* gegeben werden. *Iure* findet die *actio de dote* auf Rückgabe der für ein *iustum matrimonium* bestellten *dos* statt, wenn Aufhebung des *matrimonium* als eines *iustum* und Scheidung der Ehe zusammenfallen. Daher heißt es auch in der ersten Stelle, wenn die *filiafamilias deportata* die Ehe nicht fortsetzen wolle, *tunc patrem de dote acturum*, und zwar nicht etwa bloß *humanitatis intuitu.* Daß die *actio* auf

[1] Krit. Vierteljahrsschr. f. G. u. R. XI, S. 107.

Rückgabe einer für ein *iustum matrimonium* bestellten *dos* erst entstehe, nachdem dieses *matrimonium* schon früher aufgehört hat, als ein *iustum* zu bestehen, das ist es, was nicht *ipso iure* stattfinden, sondern nur *humanitatis intuitu* angenommen werden soll, auf diesen *casus* war die *actio de dote* nach dem *ius* nicht berechnet. So sprechen denn auch diese Stellen nicht dagegen, sondern dafür, daß auch bei einem *matrimonium iuris gentium* eine *dos* vorkommen konnte. Das Vorkommen von *dotes* bei diesen Ehen zeigt, daß auch bei ihnen der Mann die *onera matrimonii* zu tragen hatte, wenngleich die Kinder nicht in seine Gewalt fielen. Durch das von jeder Ehe unzertrennliche Zusammenleben wird gefordert, daß auch hier die Frau das Domizil des Mannes teilte. Des Zusammenhangs halber möge hier schon ein erst der Kaiserzeit angehöriger Unterschied zwischen den Ehefrauen, welche in einem *iustum matrimonium*, und denen, welche in einem *matrimonium non iustum* lebten, hervorgehoben werden. Beide, sowohl die *iusta* als die *non iusta uxor*, behalten, wenn sie auch an anderem Ort verheiratet sind, doch ihre *origo* bei, aber die erstere kann, während sie verheiratet ist, nur am Domizil ihres Mannes, nicht am Ort der *origo* zur Übernahme von *honores* und *munera, quae personis cohaerent,* soweit Frauen deren fähig sind, herangezogen werden. Dagegen die letztere kann am Ort ihrer *origo* zu solchen *munera* herangezogen werden.[1]

6. Auflösung der Ehe, insbesondere Scheidung.

§ 16. Die Auflösung der Ehe erfolgte, außer durch den Tod der beiden Gatten, dadurch, daß einer derselben in Sklaverei geriet.[2] Wie es für den Fall, daß einer in Kriegsgefangenschaft geriet, gehalten wurde, ist früher dargelegt. Ebenso ist im letzten Paragraphen dargelegt, daß das *matrimonium iustum* dadurch, daß einer der Gatten eine *capitis diminutio media* erlitt und damit das an das Bürgerrecht geknüpfte *connubium* verlor, sich, wenn die Gatten die Ehe fortsetzen wollten, in ein *matrimonium non iustum* verwandelte. Auch durch nachträglich eintretendes Ehehindernis wegen zu naher Verwandtschaft kann eine Ehe sich auflösen, so dadurch, daß jemand seinen Schwiegersohn adoptierte.[3] Eine eingehendere Erörterung verlangt die Auflösung der Ehe durch Scheidung. Es ist dabei von der ältesten Form der Ehe, der konfarreierten Ehe, auszugehen. Nach ziemlich allgemeiner Annahme sollen sich bezüglich der Möglichkeit der Scheidung der konfarreierten Ehe durch den Mann die Berichte Plutarchs Rom. 22 und von Dionysius II, 25 einander widersprechen. Nach Plutarchs Angabe soll Romulus ein Gesetz gegeben haben, wonach es der Frau nicht gestattet war, den Mann zu verlassen (*ἀπολείπειν ἄνδρα*), wohl aber der Mann die Frau wegen bestimmter Vergehen (*ἐπὶ φαρμακείᾳ τέκνων ἢ κλειδῶν ὑποβολῇ καὶ μοιχευθεῖσαν*) verstoßen (*ἐκβάλλειν*) durfte. Wenn aber der Mann die Frau aus anderem Grunde fortschickte (*ἄλλως ἀποπέμψαιτο*), so habe das Gesetz befohlen, daß ein Teil des Vermögens des Mannes der Frau, ein Teil der Ceres zufalle. Welcher Mann aber gar seine Frau verkaufe, der solle *θύεσθαι χθονίοις θεοῖς*, also *sacrum esse diis inferis.*[4] Diony-

[1] L. 37 § 2, l. 38 § 3 D. ad municipal. 50, 1. L. un. C. de mulieribus 10, 62.

[2] L. 56 D. soluto matr. 24, 3. L. 1 D. de divort. 24, 2. [3] L. 67 § 3 D. de r. n. 23, 2.

[4] Die beiden Bestimmungen: *τῆς οὐσίας τὸ μὲν τῆς γυναικὸς εἶνει, τὸ δὲ τῆς Δήμητρος* und *τὸν δ' ἀποδόμενον γυναῖκα θύεσθαι χθονίοις θεοῖς* hängen ab von *κελεύων*, nicht von *διδοὺς*.

sius seinerseits sagt in verschiedenen Wendungen, die konfarreierte Ehe sei schlechthin unlösbar gewesen, es habe aber die Frau vom Ehemanne im Hausgericht unter Zuziehung der Kognaten wegen φθορὰ σώματος und οἶνον πίνειν bestraft werden können. Auf welche Strafe wegen dieser Vergehen erkannt wurde, sagt Dionysius nicht. Ob er geglaubt habe, es sei in diesen Fällen Tötung der schuldigen Frau erfolgt, wie Rein[1] annimmt, wird sich demnächst zeigen. Indem man von der Auffassung ausging, Plutarch spreche von rechtlicher Scheidung der Ehe für die drei Fälle, in welchen dem Manne das ἐκβάλλειν gestattet sein solle, zeihte man den Dionysius des Irrtums. Er habe, was nur für die konfarreierten Priesterehen der *flamines Diales* gegolten, irrtümlich auf die durch *confarreatio* geschlossene Ehe überhaupt übertragen. Solcher Irrtum wäre doch nur möglich, wenn Dionysius, was Rein[2] auch annimmt, bei seiner Angabe nur die zu seiner Zeit noch unlösliche konfarreierte Ehe des *flamen Dialis* vor Augen gehabt hätte. Er spricht aber ausdrücklich nur von der alten Zeit: zu Romulus' Zeit und in den darauffolgenden Jahrhunderten sei die *confarreatio* unlöslich gewesen. Daß sie es später noch gewesen sei, darüber sagt er nichts. Ganz unglaublich aber ist es,[3] daß Dionysius, der in seiner Vorquelle Unlöslichkeit der konfarreierten Ehen nur für die Ehen der *flamines Diales* ausgesprochen gefunden, dies irrtümlich auf alle konfarreierten Ehen der ältesten Zeit übertragen habe. Es ist vielmehr daran festzuhalten, daß Dionysius die Unlöslichkeit der konfarreierten Ehe schlechthin für die ältere Zeit bezeugt fand. Um zunächst von der vermeintlich widersprechenden Angabe des Plutarch abzusehen, so liegt kein Grund vor, der Nachricht des Dionysius den Glauben zu versagen. Warum es wider den Geist des heidnischen Altertums gewesen sein sollte, wenn dem Manne die Scheidung absolut unmöglich gewesen wäre,[4] ist nicht abzusehen. Im Gegenteil, der rechtlich notwendige feierlich religiöse Ritus, das von den Staatspriestern dem höchsten Gotte dargebrachte Opfer, das auch sonst Bündnisse unverbrüchlich heiligende Sitzen auf dem Vlies des vor dem Akt geschlachteten Opfertiers, alles das drängt zu der Annahme, daß der Bund zwischen den *nubentes* zu einem rechtlich unauflöslichen, unverbrüchlichen gemacht werden sollte. Daß in der Kaiserzeit, wahrscheinlich schon in der spätern Zeit der Republik eine Änderung eingetreten, spricht gegen die Richtigkeit jener Auffassung für die ältere Zeit nicht. Die *diffarreatio* ist wahrscheinlich erst eine neuere Erfindung der Priesterschaft. Als bei den übrigen Formen der Ehe die Scheidungsfreiheit vollständig durchgedrungen und aller wirklich religiöse Sinn geschwunden war, da nahm man auch keinen Anstoß mehr daran, eine rechtliche Aufhebung der konfarreierten Ehe zuzulassen. Ausgehend von der Analogie anderer Rechtsakte, deren Wirkung durch einen in entsprechende Form gekleideten *contrarius actus* aufgehoben werden konnte, schuf man auch einen der *confarreatio* entsprechenden *contrarius actus*. Wie die *confarreatio per quoddam genus sacrificii* eingegangen wurde, *quod farreo-fit*, so war nach Festus[5] auch die *diffarreatio* ein *genus sacrificii, quo inter virum et mulierem fiebat dissolutio, dicta diffarreatio, quia fiebat farreo libo adhibito*. Auch bei der *diffarreatio* konkurrierten die Priester, wie wir aus der Nachricht Plutarchs[6]

[1] Privatr. u. Civilpr. d. Römer S. 448, A. 3. [2] A. a. O. S. 449.
[3] Voigt, Über die Leges regiae im VII. Bd. d. Abh. der ph.-h. Kl. der Kön. Sächs. Gesells. d. W. S. 583.
[4] Walter, Geschichte d. röm. Rechts II, S. 129. [5] p. 74 M.
[6] Quaest. Rom. c. 50.

über die von Domitian einmal gestattete *diffarreatio* der Ehe eines *flamen Dialis* entnehmen können. Es sollen dieselben dabei *πολλὰ φριχώδη καὶ ἀλλόκοτα καὶ σκυθρωπὰ* (*terribilia multa et inusitata atque tristia*) vorgenommen haben. Daß das die Ehe auflösende Opfer auch dem Schützer der Ehe, Jupiter, dargebracht sei, dürfte schwerlich anzunehmen sein. Wahrscheinlich ist es, daß dieses Opfer dem Gegenbild des Jupiter, dem unterirdischen Dispater, dargebracht wurde und damit die von Plutarch angedeuteten schauerlichen Gebräuche zusammenhingen. In der später noch geltenden Unauflöslichkeit der Ehe des *flamen Dialis*[1] ist nur ein Festhalten der in alter Zeit für alle konfarreierten Ehen geltenden Strenge zu sehen. Eine Hindeutung darauf scheint sich bei Plutarch selbst zu finden, wenn er sagt Quaest. Rom. c. 50, daß dem *flamen Dialis* die Scheidung von seiner Frau *οὐδὲ — πρότερον ἐξῆν, οὐδὲ νῦν, ὡς ἔοικεν, ἔξεστιν*. Der dabei vorschwebende Gegensatz scheint der zu sein, daß bei der konfarreierten Ehe im allgemeinen die Scheidung in älterer Zeit auch nicht erlaubt, später dagegen gestattet war. Was aber die bei Plut. Rom. 22 §§ 4 u. 5 sich findenden Angaben betrifft, so braucht der Ausdruck *ἐκβάλλειν* nicht notwendig auf rechtliche Lösung der Ehe, er kann auf faktische Verstoßung bezogen werden. In drei Fällen, sagt Plutarch, war es dem Ehemanne gestattet, seine Frau zu verstoßen, d. h. im Hausgericht auf faktische Verstoßung zu erkennen (entsprechend dem den Hauskindern gegenüber vorkommenden *e conspectu suo ire iubere*). Das in den folgenden Worten *εἰ δ' ἄλλως τις ἀποπέμψαιτο* erwähnte Vertreiben war keinesfalls Scheidung im rechtlichen Sinne. Auflösung der Ehe erfolgte hier zwar, aber durch eine *capitis diminutio magna*, welche der Mann zur Strafe erlitt, infolgederen sein Vermögen zur Hälfte an die nun gewaltfreie Frau, zur Hälfte an die Ceres fiel. Daß Dionysius, welcher ja auch in zwei Fällen den Ehemann Hausgericht über die Frau halten läßt, an eine andere von demselben erkannte Strafe, nämlich Tötung, gedacht habe, ist bloße Vermutung Reins. Er kann auch an faktische Verstoßung gedacht haben, denn damit setzt sich die Nachricht, daß jahrhundertelang keine wirkliche Ehescheidung in Rom vorgekommen sei, nicht in Widerspruch. — Der gesetzmäßigen Verstoßungsgründe gab es nach Dionysius zwei: Ehebruch der Frau und Weintrinken. Nach Plutarch kann der Mann die Frau aus drei Gründen verstoßen. Davon sind zwei mit den Gründen des Dionysius identisch, der Fall der *κλειδῶν ὑποβολή* (Nachmachen, Fälschen der Schlüssel oder heimliches Ansichnehmen derselben, nämlich zur *cella vinaria*), ist wohl identisch mit dem Weintrinken des Dionysius. Der dritte Fall aber, mag man darunter Bezauberung der Kinder (Beibringung von Zaubertränken) oder Aneignung der Eigenschaft als *striga* verstehen, scheint auf altem Aberglauben zu beruhen und kam in den Zeiten rationalistischer Aufklärung ab. Schon der alte Cato kennt als schwere Scheidungsgründe nur Ehebruch und Weintrinken.[2]

Nicht dasselbe, was von den konfarreierten Ehen, galt von den durch *coemtio* oder *usus* begründeten *iusta matrimonia*. Diese, durch einen bürgerlichen Vorgang begründet, waren rechtlich nicht völlig unlösbar. Der Frau stand allerdings zunächst auch hier die Scheidung nicht frei: nur der Mann

[1] Gell. X, 15. Fest. s. v. flammeo. Plutarch Q. R. 50. Serv. ad Aen. 4, 29. Ovid Fast. 6, 231.

[2] Gell. X, 23.

konnte die Ehe scheiden und nur als *iudex domesticus* wegen einer Verschuldung der Frau. Zu dem betreffenden *iudicium domesticum* war ein *consilium* von Verwandten und Freunden, unter denen die Verwandten der Frau vertreten sein mußten, zuzuziehen. Die Censoren des Jahres 447 stießen den L. Antonius aus dem Senat aus, weil er sich, *nullo amicorum consilio adhibito*, von seiner Frau geschieden hatte (Val. Max. II, 9, 2). Als Gründe rechtlicher Scheidung sind zunächst die Vergehen der Frau beibehalten, aus welchen bei der konfarreierten Ehe dem Ehemanne die faktische Verstoßung gestattet war. In der Rede des Cato de Dote bei Gell. X, 23, 4 werden als schwerste Verschuldungen der Frau, derentwegen der Mann im Hausgericht die Scheidung erkennt, genannt: *si vinum bibit, si cum alieno viro probri quid fecit.* Aber nach derselben Rede gab es noch andere Verschuldungen der Frau, derentwegen auf Scheidung erkannt wurde, wenn auch mit sonstigem geringern Nachteile, nämlich: *si quid perverse tetreque factum est.* Die einzelnen Fälle des *perverse tetreque facere* waren nicht festgestellt; ob ein solches vorlag, war dem Ermessen des Mannes und des *consilium* überlassen, wenn auch einzelne Fälle nach der Volksanschauung feststehen mochten. Das auf Scheidung lautende Urteil gab der Mann der Frau in bestimmter Formel kund, woran sich dann, wie bei der *coemtio* dem Aussprechen der Konsensformeln der Mancipationsakt unmittelbar folgte, hier unmittelbar die Remancipation der Frau an einen Dritten anschloß.[1] Ehescheidung und Aufhebung der *manus* bildeten zunächst noch einen einzigen Akt. Bedeutenden Einfluß auf das Ehescheidungsrecht mußte die Anerkennung der Ehe ohne *manus* als eines *iustum matrimonium* ausüben. Wie das *matrimonium non iustum* wohl von jeher sowohl vom Manne wie von der Frau frei aufgekündigt werden konnte, so stand auch, seitdem die Ehe ohne *manus* als *iustum matrimonium* anerkannt, jedem Teile das Scheidungsrecht zu, wenn auch frivole Scheidung und Verschuldung der Scheidung Nachteile nach sich zogen. Das wird dann nicht ohne Rückwirkung auf die Manusehen gewesen sein. Es wurden Verschuldungen der Frau als Scheidungsgründe von den Ehemännern angenommen, welche in alter Zeit gewiß nicht als hinreichend angesehen worden wären. Das *perverse tetreque facere* war ein dehnbarer Begriff. Ein solches wurde z. B. schon darin gefunden, daß die Frau ohne Wissen ihres Mannes *ludi* besucht hatte, daß sie mit einer zweideutigen Weibsperson gesprochen hatte (Val. Max. VI, 3, 10 fl. Plut. Qu. Rom. 14). Die berüchtigt gewordene Scheidung des Spurius Carvilius Ruga[2] ist, wie aus dem bisher Dargelegten zur Genüge hervorgeht, gewiß nicht die erste Ehescheidung in Rom gewesen, aber es mag in diesem Falle zum ersten Male in der *de amicorum sententia* abgegebenen Scheidungserklärung nicht eine Verschuldung der Frau, sondern ein *corporis vitium*, die Sterilität, als Scheidungsgrund angegeben sein. Das Beispiel war damit gegeben, das Verfahren des Carvilius Ruga entsprach, welche Entrüstung es auch zunächst erregt haben mag, der Tendenz der Zeit. Es kam zur allgemeinen Anerkennung, daß ein Ehegatte auch ohne Verschuldung des andern Teils, also ohne *ira* und *offensa*, doch *tolerabili ratione motus* sein könne, die Ehe ein-

[1] Wie bei Haustöchtern schon einmalige Mancipation die *patria potestas* beendigte, so hob bei der *uxor in manu*, welche *filiaefamilias loco* ist, schon einmalige Mancipation die *manus* auf. Natürlich mußte die Frau von demjenigen, welchem sie zum Zweck der Scheidung mancipiert war, freigelassen werden.

[2] Gell. IV, 3. XVII, 21. Val. Max. II, 1, 4. Dion. Hal. II, 25. Plutarch Qu. R. 14 u. 59 u. a. St.

seitig aufzukündigen. *Saepe enim evenit*, sagen spätere Juristen, *uti propter sacerdotium vel etiam sterilitatem vel senectutem aut valetudinem aut militiam satis commode retineri matrimonium non possit.*[1] Wahnsinn, in welchen ein Ehegatte verfiel, war nicht immer genügender Grund für den andern Gatten, sich *sine culpa sua* zu scheiden. Nur wenn der Wahnsinn ein unheilbarer und gefährlicher ist, kann der *compos mentis* die Ehe scheiden,[2] so daß die Ehe als *nullius culpa* gelöst angesehen wird. Eine solche Scheidung, bezüglich deren keinem der Ehegatten eine Schuld trifft, bezeichnete man als *bona gratia*, *cum bona gratia* geschehen.[3] Während willkürliche Scheidung oder Verschuldung der Scheidung, wie demnächst zu zeigen, mit Vermögensnachteilen für den schuldigen Teil verknüpft war, wurde es bei *bona gratia discedere* Rechtens, daß keinen ein Nachteil traf, daß *„unusquisque suum ius habeat imminutum.“*[4] Die Anerkennung der Ehe ohne *manus* als eines *iustum matrimonium* hatte aber weiter die Folge, daß, wie Eheschließung und Begründung der *manus* auseinanderfielen, so auch Scheidung und Entlassung aus der *manus* sich schieden. Auch bei der mit *manus* verbundenen Ehe wurde die Ehe als etwas von der *manus* Verschiedenes angesehen, auch hier wurde nicht bloß dem Manne, sondern auch der Frau das Scheidungsrecht zuerkannt, und beim Manne erschien die Scheidung infolgedessen nicht mehr als Ausübung einer Hausgerichtsbarkeit, zu welcher ein *consilium* hinzugezogen werden müsse. War die Scheidung erfolgt, so stand nichtsdestoweniger die Frau noch *in manu* des gewesenen Mannes. Die Entlassung aus der *manus* erfolgte erst durch *remancipatio.*[5] Ist aber die Ehe geschieden, so kann die Frau den gewesenen Mann zwingen, sie aus der *manus* zu lassen. Solange die Ehe besteht, kann sie dies nicht, nach Wegfall besteht die *manus* zwar noch formell, aber sie hat ihre innere, materielle Berechtigung verloren, sie ist gleichsam *sine causa* geworden, und daher kann Entlassung aus derselben verlangt werden.[6] Immer noch wurden bei der Erklärung der Scheidung die hergebrachten Wortformeln beobachtet,[7] aber in der spätern Zeit der Republik, als frivole Scheidungen in den höchsten Kreisen der Gesellschaft immer mehr zunahmen, nicht mehr mit der alten Strenge und Gewissenhaftigkeit. Sicher war, daß die Scheidung nicht bloß durch persönliche mündliche Erklärung, sondern auch durch einen Boten brieflich geschehen könne.[8] Zweifel aber konnten entstehen, ob es überhaupt einer ausdrücklichen Erklärung bedürfe, ob nicht einfach der Scheidungswille durch eine konkludente Handlung, nämlich die Eingehung einer andern Ehe, kundgegeben werden könne? Cicero[9] berichtet, *memoria patrum* sei es vorgekommen, daß ein *paterfamilias*, welcher aus Spanien, wo er eine schwangere Frau hinterlassen, nach Rom gekommen sei, dort, ohne seiner bisherigen Frau die Scheidung zu erklären, eine andere heimgeführt, mit ihr einen Sohn gezeugt und ohne Testament verstorben sei. In diesem Fall fand nach Cicero *inter peritissimos summa de iure dissensio* statt. Die Streitfrage war nach seiner Angabe die, ob die Scheidung nur *certis quibusdam verbis* oder einfach *novis nuptiis* geschehen könne. Man darf

[1] L. 60 § 1 u. l. 61 D. de don. i. v. e. u. 24, 1.
[2] L. 22 § 7 D. solut. matr. 24, 3. L. 4 D. de divort. 24, 2.
[3] L. 32 § 10, l. 62 pr. D. eod. tit. [4] L. 6 D. de divort. 24, 2.
[5] Fest. s. v. remancipatam p. 277. [6] Gai. I, 137a.
[7] Cic. Phil. 28. L. 2 § 1 D. de divort. 24, 2. Plaut. Amphit. III, 2, 47. Trin. II, 1, 31 f. u. a. St.
[8] Cic. Top. 4. ad Att. I, 13. XI, 23. Plaut. Aulul. IV, 10, 53. Ter. Phor. IV, 3, 72.
[9] De orat. I, 40, 56.

wohl annehmen, daß die Ansicht, welche die frühere Ehe einfach *novis nuptiis* aufgelöst werden ließ, nicht die Oberhand gewonnen habe. Wie hätte sonst das prätorische Edikt die Bestimmung, daß, wer *binas nuptias in eodem tempore constitutas habuerit*, infam sein solle, beibehalten können?

7. Einfluß der Ehe auf die Vermögensverhältnisse der Ehegatten.

§ 17. Es ist dabei von der Ehe mit *manus* auszugehen. Daß die Frau dem Ehemann, in dessen *manus* und *familia* sie eingetreten war, *filiae loco*, resp. dessen Gewalthaber *neptis loco* wurde, zeigt sich vorwiegend darin, daß sie wie eine *filiafamilias* keine selbständige Vermögensrechtsfähigkeit hatte. Hatte sie vor dem Eintritt in die *manus* schon selbständiges Vermögen, so ging dieses infolge jenes Eintritts *per universitatem* auf den Inhaber der *manus* über,[1] nur einzelne an das Individuum geknüpfte Rechte gingen unter, ebenso die Schulden. Auch was die *uxor in manu* ferner erwirbt durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden oder auf den Todesfall u. s. w., erwirbt sie notwendig dem Manne bezw. dessen Gewalthaber,[2] nur durch *in iure cessio* kann sie, da sie vor dem Prätor Rechte nicht zu behaupten vermag, nichts erwerben.[3] Als zweifelhaft wird auch bezeichnet, ob durch sie Besitz erworben werden könne.[4] Viel verhandelt ist die Frage, ob die Dos als ein der Ehe ohne Manus eigentümliches Institut zu betrachten sei, oder ob sie auch bei der Ehe mit *manus* vorkommen konnte. Die Mehrzahl der neueren Schriftsteller über das Dotalrecht nimmt an, das Vermögen der Frau, welches durch Begründung der *manus* über dieselbe mit Rechtsnotwendigkeit vom Manne erworben werde, falle nicht unter den Begriff der Dos und werde nicht rechtlich behandelt, wie die Dos; denn was er mit Notwendigkeit infolge der Begründung der Manus erwerbe, bekomme er als reine, einfache Bereicherung, die *dos* dagegen nur als Kapitalsbeitrag zu den ehelichen Lasten.[5] Dem stehen nun zunächst allgemeine Aussprüche der Alten entgegen, so Cicero Top. 4, 23: *cum mulier viro in manum convenit, omnia, quae mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine* (unter dem Titel der *dos*, als *dos*) und dazu die Stelle des Boethius p. 307. Es spricht ferner dagegen die Argumentation des Paulus in fr. Vat. § 115: *num verum est, quod a quibusdam dicitur, omnia in dotem dari posse? Paulus respondit recte dotem datam; dari posse argumento esse in manum conventionem.* Wenn nicht das durch *in manum conventio* an den Mann gefallene Frauengut unter den Begriff der *dos* gefallen wäre, so konnte Paulus nicht so schließen. Gegen jene Ansicht spricht aber auch das von Gellius erhaltene Fragment aus der Rede Catos de dote (Gellius X, 23). Da das Fragment über die Stellung des Mannes als *iudex domesticus* spricht, so bezieht es sich auf die Ehe mit *manus*. Nach demselben straft der Ehemann die Frau an der *dos*. Solche Strafe nun lediglich dann für möglich zu halten, wenn vom Vater oder einem Dritten für die Frau dem Manne eine *dos* bestellt sei, nicht aber dann, wenn ihr Vermögen durch *in manum conventio* mit Rechtsnotwendigkeit an den Mann gefallen, ist in der That gar kein Grund vorhanden. Aber auch nur das früher der Frau gehörige Vermögen, welches durch die *in manum*

[1] Cic. Top. 4. Gai. II, 98. III, 83. 84.
[2] Gai. II, 86. 90. III, 163. Ulp. XIX, 18. 19. [3] Gai. II, 96. [4] Gai. II, 90.
[5] Litteraturangaben finden sich bei Rein, Privatrecht S. 428, A. 1 und Danz, Lehrb. d. Gesch. des röm. R. I, § 97, S. 161 f. Vgl. namentlich Bechmann, Das röm. Dotalr. 1. Abt. § 25, S. 102 ff.

conventio an den Mann gefallen, fällt unter den Begriff der *res uxoria* oder *dos*, nicht der spätere Erwerb, welchen der Mann durch die Frau als seine *quasi filiafamilias* macht, dieser Erwerb ist allerdings für den Mann eine reine Bereicherung. — Scheurl[1] hat (in seiner trefflichen Recension des Bechmannschen Werks über das römische Dotalrecht) die Ansicht geäußert, durch das ganze Dotalrecht ziehe sich wie ein roter Faden die *imitatio* des Rechtes der strengen Ehe durch. Es wird aber zu fragen sein, ob nicht auch umgekehrt Sätze, welche zunächst nur bei der Ehe ohne *manus* gelten konnten, auf die Ehe mit *manus* eine Rückwirkung ausgeübt und eine Fortbildung desselben bewirkt haben. Veranlassung zu dieser Frage giebt hier ein gleichfalls bei Gellius (XVII, 6) erhaltenes Fragment aus einer andern Rede Catos: *Principio vobis mulier magnam dotem attulit, tum magnam pecuniam recipit, quam in viri potestatem non committit, eam pecuniam viro mutuam dat, postea ubi irata facta est, servum recepticium sectari atque flagitare virum iubet.* Diese Äußerung wird von einigen auf die Ehe ohne *manus*, von anderen auf die Ehe mit *manus* bezogen.[2] Jedenfalls ist die Ansicht zu verwerfen, welche unter *pecunia recepticia* das nicht *in dotem* gegebene Vermögen der Frau verstehen will. Das „Zurückbehalten" (welches die Bedeutung des *recipere* sei) setze nicht notwendig einen besondern Vorbehalt voraus, es könne ebensogut die bloß faktische Folge des Umstands sein, daß etwas nicht gegeben wurde. Es liege gar kein Grund vor, bei dem Ausdruck *pecunia recepticia* das *recipere* gerade in dem Sinne eines besondern Vorbehalts zu nehmen. Diese Auffassung erscheint nicht bloß nach den Worten des Cato, sondern eigentlich auch nach der nicht sehr klaren Erklärung des Gellius unmöglich; denn wenn der letztere das *recipere* bei der Dotalbestellung mit dem *in venditionibus recipere* oder *excipere* vergleicht, so ist unter dem letztern jedenfalls ein ausdrücklicher Vorbehalt zu verstehen, und hat Gellius richtig gedacht (was allerdings keineswegs sicher ist), so muß er auch unter dem *recipere* bei der Dotalbestellung einen solchen ausdrücklichen Vorbehalt verstanden haben, denn sonst paßt sein Vergleich nicht. Wie dem aber auch sein mag, Cato verstand jedenfalls unter dem *recipere* einen besondern Akt, und zwar seinen Worten nach nicht einen bei der Dotalbestellung gemachten Vorbehalt, sondern ein derselben nachfolgendes Zurücknehmen, denn er läßt beide Akte zeitlich miteinander folgen: *principio — attulit, tum — recipit.* Das steht nun aber auch der Ansicht Bechmanns entgegen, welcher annimmt, daß nach dem Aufkommen der Ehe ohne *manus* zwar nicht nach Vorschrift des Rechts, wohl aber der Sitte die Frau dem Manne alle ihre Habe als *dos* übertragen sollte und es aus diesem Grunde, wenn eine Frau nicht alles *in dotem* geben wollte, eines ausdrücklichen Vorbehalts bedurft habe. Dann würde aber der Vorbehalt doch bei der Dotalbestellung erfolgen müssen, er hätte ihr nicht erst nachfolgen können. Außerdem scheint aus Bechmanns Auffassung die Notwendigkeit des Vorbehalts nicht zu folgen, denn wenn eine Frau nur bestimmte Summen oder sonstige Objekte *in dotem* zu geben oder geben zu wollen ausdrücklich erklärte, so hatte sie damit ja genügend erklärt, daß sie anderes nicht *in dotem* gebe oder geben wolle. Meines Erachtens müssen wir uns der Ansicht, welche Catos Äußerung auf die Ehe mit *manus* bezieht, anschließen. Durch *in manum conventio* kam

[1] Krit. Vierteljahrsschr. f. Gesetzgeb. u. Rswiss. VI, S. 25.

[2] Vgl. die Litteraturangaben bei Rein, a. a. O. S. 440, A. 2; ferner Bechmann a. a. O. S. 44 f.; Czyhlarz S. 13, A. 16.

alles Vermögen der Frau *dotis nomine* an den Mann, aber das bei der Ehe ohne *manus* Mögliche und gewiß bald häufig Vorkommende, daß die Frau nur einen Teil ihres Vermögens *in dotem* gab, das übrige zu freier Disposition und Verwaltung für sich behielt, suchte man auch bei der Ehe mit *manus* soweit, wie möglich, zu erreichen. Der Mann gab der *uxor in manu* einen Teil des durch die *in manum conventio* an ihn gefallenen Vermögens als *peculium* zurück, welches, wie jedes *peculium,* zwar im Eigentum des Gewalthabers verblieb, ihr aber zu faktischem Genuß und zur Verwaltung überlassen war. Die rechtliche Befugnis, ein solches *peculium* einzuziehen, wird dem Manne nicht gefehlt haben, die Ausübung dieses Rechts aber wird, da die Frau dem Manne gegenüber faktisch immer eine andere Stellung hatte, als die Hauskinder, und das das *peculium* bildende Vermögen ursprünglich ihr freies Vermögen oder doch ihr Vatersgut gewesen war, hier mit besonderen Schwierigkeiten verknüpft gewesen sein.

Schärfer tritt bei der Ehe ohne *manus* der Begriff der *dos* heraus. Entweder bleibt die Frau auch nach Eingehung der Ehe *filiafamilias* oder sie behält, falls sie schon *sui juris* war, ihre bisherige vermögensrechtliche Selbständigkeit. Man hat gesagt, dieses selbständige Vermögen der Frau hätte an sich ebenfalls unmittelbar zu den Lasten der Ehe herangezogen werden können. Und wenn dieser Zustand (der Selbständigkeit der Frau in der Ehe) von alters vorhanden gewesen wäre, wer möge behaupten wollen, daß sich dann die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten nicht auch anders gestaltet hätten. Aber es ist nicht zuzugeben, daß mit der vermögensrechtlichen Unselbständigkeit eine der wesentlichen Voraussetzungen des Satzes, daß die Lasten der Ehe unmittelbar auf dem Vermögen des Mannes ruhen, weggefallen sei; denn mit dem Aufkommen der Ehe ohne *manus* war doch die alte Familienverfassung an sich nicht geändert. Die römische Auffassung ist, daß der, welcher an der Spitze der *familia* steht, die ökonomische Last der Unterhaltung dieser *familia* trage, sowie ihm auch alles, was die zur *familia* gehörigen Personen erwerben, zufällt. Tritt die Ehefrau nicht in die *familia* des Ehemannes oder die dessen Gewalthabers ein, so kann ihr Vermögen an sich gewiß nicht unmittelbar zur Tragung der Lasten dieser *familia,* der gegenüber sie eine *extranea* blieb, herangezogen werden, sondern konsequent mußten diese Lasten dem verbleiben, der an der Spitze der *familia* stand. Nur war es jetzt nicht mehr so selbstverständlich, daß der Ehemann auch die Kosten des Unterhalts der Frau, welche nicht in seine *familia* eintrat, bezw. ihres Gesindes zu tragen hatte. Sollte aber auch jetzt noch von einem ehelichen Zusammenleben, von einem gemeinsamen ehelichen Haushalt die Rede sein, so mußte man nach wie vor dem Manne, in dessen *familia* doch die mit der Frau gezeugten Kinder gelangten, die Verpflichtung auferlegen, die Kosten des aus der Ehe hervorgehenden Familienhaushalts, also auch die Kosten der Unterhaltung der Frau zu tragen. Da aber die Frau nicht mehr für den Mann erwirbt, was ihr etwa an Erbschaften, Vermächtnissen u. s. w. zufällt, so macht sich jetzt stärker und in mehr Fällen das soziale und sittliche Gebot geltend, daß ihm von seiten der Frau durch eine Gabe, ein Rechtsgeschäft ein den Zwecken der Ehe bestimmter Vermögensbeitrag verschafft werde. Man definiert die Bestellung der *dos* mit Recht als eine Vermögenszuwendung, welche dem Haupte der *familia* des Mannes für die Frau, sei es von ihr selbst oder von anderen, zum Zweck der von jenem zu tragenden, durch die Ehe verursachten Vermögenslast ge-

macht wird. Man kann auch kurz sagen, sie sei eine Gabe für die Frau an den Mann um der Ehe willen, wenn man dies „um der Ehe willen" im Sinne einer der Gabe unterliegenden objektiven *causa* faßt. Damit ist aber auch gesagt, daß die Gabe den *onera matrimonii*, den vom Manne zu tragenden Vermögenslasten der Ehe zu dienen bestimmt sei, denn mit der Ehe sind die mit ihr notwendig verbundenen Vermögenslasten von selbst gegeben. Der Zusammenhang der *dos* mit den *onera matrimonii* wird verschiedentlich mit entschiedenem Nachdruck in den Quellen hervorgehoben (z. B. l. 76 D. de iur. dot. 23, 3: *quia, nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est*).[1] Der Versuch Bechmanns, zu zeigen, daß die Beziehung zu den *onera matrimonii* kein wesentliches Begriffsmoment der *dos* sei, hat mit Recht keinen Anklang gefunden. Auch die für jene Meinung vorgebrachten inneren Gründe sind schon von anderen genügend widerlegt worden. — Auch von der Dauer der Ehe ist der Begriff der *dos* nicht unabhängig, denn wenn nach Auflösung der Ehe entweder dieselbe restituiert wird oder dem Mann ganz oder theilweise verbleibt, so hört doch das Restituierte und vom Mann Lukrierte von da an auf, *dos* zu sein. Daraus, daß der Dotalzweck als solcher mit dem Ende der Ehe sein Ziel erreicht, folgt aber nicht notwendig eine Restitutionsverbindlichkeit des Mannes, bezw. seiner Erben bei Auflösung der Ehe. Selbst wenn der Dotalzweck im ganzen sein Ende erreicht, so können doch gewisse Wirkungen der Ehe auch nach Beendigung derselben fortdauern, und schon dieser Umstand kann bewirken, daß von der bisherigen *dos*, wenn sie auch als solche zu existieren aufhört, doch ein Teil, eben um jener Nachwirkungen der Ehe willen, dem Mann verbleibt. Selbst wenn man aber annähme, daß aus dem Aufhören des Dotalzwecks mit dem Aufhören der Ehe eine Verbindlichkeit zur Restitution der *dos* folge, so würde man dadurch keineswegs zu der Konsequenz gedrängt, daß dem Geber eine *condictio sine causa (ob causam dati causa finita)* zustehen müsse, denn unter allen Umständen ist die *causa dotis* keine gewöhnliche vermögensrechtliche *causa*, sie ist eine familiengüterrechtliche *causa* von so besonderer Beschaffenheit, daß eine Anwendung der Kondiktionen auf eine mit Beendigung dieser *causa* eintretende Restitutionspflicht schon dadurch ausgeschlossen erscheint. Gegen die hier entwickelte Auffassung kann man meines Erachtens sich nicht auf die von sämtlichen neueren Bearbeitern des Dotalrechts besprochene l. 1 D. de iure dotium 23, 3 beufen: *Dotis causa perpetua est, et cum voto eius qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit.* Diese Stelle spricht nach meiner Auffassung nichts Anderes aus, als daß die *dos* ihrem Zwecke nach für die ganze Dauer der Ehe bestehe. Brinz[2] ist der Meinung, der zweite Satz (*et cum voto eius* etc.) könne auch sagen wollen: es werde so kontrahiert, daß die *dos* immer beim Manne bleiben möge — nicht bloß: es werde so kontrahiert, daß sie immer beim Manne sei; die Erwähnung eines bei der Dosbestellung vorkommenden Wunsches des Gebers lege das „möge" näher. Indessen die Worte *„ut semper apud maritum sit"* hängen doch nur von *„ita contrahitur"* ab, nicht von *cum voto*, und kontrahiert wird immer nur dahin, daß etwas sei, bezw. sein solle, nicht daß etwas sein möge. Nach diesem zweiten Satz wird bei der Bestellung der *dos* dahin kontrahiert, daß die *dos* immer *apud maritum*, d. h. nicht bei dem Manne, sondern bei dem Ehemanne sein solle. Die Erwähnung des begleitenden Wunsches

[1] Vgl. sonst L. 11 D. de pact. dotal. 23, 4. L. 16 D. de castrensi peculio 49, 17.
[2] Lehrbuch der Pandekten II, 2, S. 1244.

scheint so zu deuten zu sein, daß die *dos* auch bis zu seinem Lebensende bei ihm sei, d. h. daß die Ehe erst durch seinen Tod gelöst werden möge. Aus der Stelle ist also nur zu entnehmen, daß die *dos* als solche ihrem Zwecke nach für die ganze Dauer, aber nur auf die Dauer, der Ehe besteht. Was aus dem die *dos* bildenden Vermögen beim Ende der Ehe werde, darüber giebt die Stelle gar keine Andeutung.

Der zwischen *dos* und *onera matrimonii* bestehende Zusammenhang scheint zu fordern, daß immer der, welcher die *onera* eines bestimmten *matrimonium* zu tragen habe, auch die für dieses bestimmte *matrimonium* bestellte *dos* haben müsse. Diese Konsequenz spricht auch ganz bestimmt l. 56 § 1 D. de jur. dot. 23, 3 aus: *Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt.* Es fragt sich, ob dieser Satz sich in der Anwendung bewähre. Geht ein Ehemann mit anderen eine *societas omnium bonorum* ein, so fällt, wie alles, was *quaqua ratione adquisitum est*, auch die ihm bestellte *dos* in die *communio*, aber es sind aus der *communio* natürlich auch die *onera matrimonii* zu bestreiten. Wird die Sozietät während Bestehens der Ehe aufgelöst, so soll der Ehemann, welcher nun wieder aus seinem Vermögen die *onera* seiner Ehe zu bestreiten hat, die *dos* vorwegbekommen (*praecipere*).[1] Czyhlarz[2] behauptet, dieses Präzeptionsrecht sei nicht eine Folge des begrifflichen Zusammenhangs der *dos* und der *onera matrimonii*, sondern nur eine Folge der Sozietät, es werde dadurch nur das oberste Prinzip der Sozietät, die Gleichheit der Behandlung der *socii*, gewahrt. Diese Argumentation scheint mir verfehlt. Aus dem Wesen der Sozietät würde nur folgern, daß die *socii* auch diesen Bestandteil des Sozietätsvermögens teilten, und dem Ehemann, der die *onera matrimonii* zu tragen hat, wegen ihres Anteils an den *onera matrimonii* als einer Art Sozietätsschuld, die er kontrahiert, bezw. wegen etwaiger Defension gegenüber dem eventuellen Anspruch auf Herausgabe der *dos* Kaution leisteten. Dieser Behandlung steht aber der Grundsatz entgegen: *dos apud eum esse debet, qui onera sustinet*, auf welchen ja auch in l. 65 § 16 D. pro socio 17, 2 zur Begründung des Präzeptionsrechts des Ehemannes Bezug genommen wird. Ist die Ehe bei Auflösung der Sozietät ihrerseits schon aufgelöst, so ist dem Ehemann die *dos* von den übrigen *socii* zu dem Termin, zu welchem er sie zu restituieren verpflichtet ist, zurückzugeben; bis zu diesem Termin kann also jeder den auf ihn gefallenen Teil der *dos* behalten, denn nach Auflösung der Ehe hat diese den *onera matrimonii* nicht mehr zu dienen. Hat es sich gar bei Auflösung der Sozietät schon entschieden, daß der Mann die ganze *dos* oder einen Teil derselben nicht zurückzugeben braucht, so ist das vom Mann nicht Zurückzugebende, welches aufgehört hat, *dos* zu sein, unter den *socii* zu teilen.[3] — Steht der Ehemann in väterlicher Gewalt, und ist daher dem Vater desselben, als dem, der die *onera matrimonii* seines Sohnes zu tragen hat, die *dos* zu bestellen, so gehen, wenn durch den Tod desselben der Ehemann *sui iuris* wird, die Lasten seiner Ehe, sowie die der Ehe des seiner Gewalt unterworfenen Sohnes sofort auf ihn über.[4] Ist er *ex parte* zum Erben seines Vaters eingesetzt, so hat er den *coheredes* gegenüber ein vermittelst der *actio familiae erciscundae* geltend zu machendes Präzeptionsrecht, zu dessen Begründung, ebenso wie zur Begründung des gleichen Rechts gegenüber den *socii omnium bonorum*, darauf verwiesen wird, daß *ipse matrimonii onera sustinet.*[5] War er nicht zum Erben eingesetzt, oder unter

[1] L. 65 § 16 D. pro socio 17, 2. [2] A. a. O. S. 24. [3] L. 66 D. pro socio 17, 2.
[4] L. 20 § 2 D. fam. erc. 10, 2. [5] L. 51 pr. D. eod. tit.

einer Bedingung zum Erben eingesetzt, welche beim Tode des Vaters noch schwebte, so fehlte es ursprünglich an einer Klage, um ein Präzeptionsrecht durchführen zu können. Später hat man hier unter dem Einflusse des Satzes *„ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt"* dem Ehemann eine *utilis actio* gegen die Erben auf Herausgabe der *dos* gegeben, gewiß wohl eine *utile familiae erciscundae iudicium;* wie wenn er Miterbe wäre, sollte er Herausgabe der *dos* beanspruchen können.[1] War er aber enterbt, so konnte man doch nicht wohl diesen Weg einschlagen. Hier blieb also die *dos* den Erben, wenn nicht etwa der Testator ein *legatum dotis* zu Gunsten dieses Sohnes angeordnet hatte.[2] Und ebenso fehlte es an einer Klage auf Herausgabe der *dos,* wenn der Gewalthaber seinen Sohn in Adoption gegeben oder emancipiert hatte, obwohl in diesen Fällen die *onera matrimonii* auf den Adoptivvater bezw. den Emancipierten selbst übergingen.[3] In solchen Fällen war aber demnächst die Dotalklage auf Restitution der *dos* nicht gegen den Ehemann, sondern gegen den Vater, der sie in seinem Vermögen hatte, oder seine Erben anzustellen. Das war selbst dann der Fall, wenn freiwillig oder infolge eines *legatum dotis* dem Ehemann-Sohne die *dos* herausgegeben war, es mußten sich also in solchem Fall die Erben oder der Vater selbst eine Kaution von dem Ehemann dahin stellen lassen, daß er sie gegen die Klage auf Rückgabe der *dos* vertreten werde.[4] Es sind hier also allerdings Fälle gegeben, wo die *dos* jemand verbleibt, der die *onera matrimonii* nicht trägt. Darin ist aber meines Erachtens kein Beweis gegen die Richtigkeit der Meinung zu sehen, daß der Satz *„ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt"* eine Konsequenz des Dotalbegriffes sei, sondern es zeigen jene Erscheinungen nur, daß jener Satz sich nicht nach jeder Richtung gegenüber anderen mit ihm nicht in Einklang stehenden Sätzen des römischen Rechts Geltung zu schaffen vermocht hat. Der römische *paterfamilias* kann seinen Sohn durch *exheredatio* von seiner Erbschaft ausschließen, also auch von der einen Teil derselben bildenden *dos,* er kann ihn *in adoptionem* geben, ihn emancipieren, ohne ihm irgend welches Vermögen mitzugeben, also auch die *dos* behalten. Diesen Sätzen gegenüber hat sich jener Satz, wenn unsere Quellennachrichten keine Lücke haben, keine Geltung zu verschaffen vermocht.

Um den Begriff der *dos* genügend zu entwickeln, muß hier schon auf die Stellung der Frau zu derselben eingegangen werden. Es kommen in den Quellen, und zwar schon in den Schriften der klassischen Juristen, eine ganze Anzahl von Äußerungen vor, welche die *dos,* wenn sie gleich *in bonis mariti* sei, als *tamen mulieris*[5] oder als *ipsius filiae proprium patrimonium*[6] oder als *in matrisfamilias bonis* bezeichnen,[7] und z. B. die Dotalsklaven als *servos uxoris,* im Gegensatz der *proprii* des Ehemannes als *alienos* bezeichnen.[8] Es fragt sich nun, wie diese Äußerungen zu verstehen seien, da nach zahlreichen Quellenstellen[9] nicht wohl ein Zweifel darüber bestehen kann, daß der Ehemann während der Ehe Eigentümer der Dotalsachen ist und die Rechte eines solchen

[1] L. 1 § 9 D. de dote prael. 33, 4. L. 46 D. fam. erc. 10, 2.
[2] L. 1 § 10. 11. 13 D. de dote prael. 33, 4. L. 7 pr. § 1 ff. D. eod. tit.
[3] L. 45 D. de adopt. 1, 7. [4] L. 7 pr. D. cit.
[5] L. 75 D. de iure dot. 23, 3. Vgl. namentlich auch des Boethius Worte l. VI ad Cic. Top. 17, 65: *Dos licet matrimonio constante in bonis viri sit, est tamen in uxoris iure* u. s. w.
[6] L. 3 § 5 D. de minor. 4, 4. [7] L. 4 D. de coll. bon. 37, 6.
[8] L. 24 § 5 D. sol. matr. 24, 3.
[9] Spezielle Belege hier anzuführen, ist überflüssig. Vgl. Czyhlarz, a. a. O. S. 185 ff.

hat. Solidarisches Eigentum mehrerer Personen an derselben Sache ist aber gerade nach der Auffassung des römischen Rechts nicht möglich, und an ein Miteigentum mit ideellen Quoten ist auch nicht zu denken. Da hat man sich in verschiedener Weise zu helfen gesucht. So hat man früher dem Mann ein sogenanntes bürgerliches Eigentum (oder ein *dominium cum administratione*), der Frau ein ruhendes oder natürliches Eigentum (ein *dominium sine administratione*) zuschreiben wollen,[1] oder man sagt (was doch ziemlich auf dasselbe hinausläuft), es trete hier das Recht, nach welchem der Mann Eigentümer sei, in einen Gegensatz zur natürlichen Auffassung, welche nicht auf die Rechtsform, sondern nur auf das praktische Resultat sehe, nach welchem die Frau Eigentümerin sei.[2] Gar nichts erklärt ist auch damit, daß man sagt, die Frau stehe bereits jetzt (während der Ehe) im Dotalverhältnis,[3] denn es fragt sich, wie das juristisch zu verstehen sei, daß die Frau eine *dos* habe, während der Mann als Eigentümer der Dotalsachen bezeichnet wird. Keineswegs genügend erklärt sind jene Äußerungen durch den Hinweis darauf, daß die Frau schon während der Ehe Vorteil von der *dos* habe, insofern die Einkünfte derselben auch für sie mit verwandt würden, und daß sie ein eventuelles Recht auf Rückgabe der *dos* bei Trennung der Ehe habe. Den Vorteil teilen auch die Kinder mit ihr, ohne daß daran gedacht würde, zu sagen, *dotem esse liberorum*. Das eventuelle Rückforderungsrecht hat auch der Gewalthaber der Tochter, und doch wird ausdrücklich hervorgehoben, daß *„non — sicut mulieris est, ita patris esse dici potest"*.[4] Von den neuesten Schriftstellern haben Scheurl[5] und namentlich Brinz[6] viel mehr Gewicht auf jene Quellenäußerungen gelegt, sie haben dem herrschenden Vorurteil gegenüber, welches darin nur uneigentliche Ausdrücke oder doch nicht viel mehr erkennen will, man muß hier sagen: den Mut des Denkens gezeigt, in denselben den Ausdruck des Satzes zu finden, daß die *dos* bereits *constante matrimonio* irgendwie ein der Frau gehöriges Vermögen sei. Ist darin meines Erachtens ein bedeutender Fortschritt in der Auffassung des wahren römischen Dotalbegriffes zu sehen, so kann doch der nähern juristischen Konstruktion des Verhältnisses, wie Brinz sie unternimmt, nicht ebenso zugestimmt werden. Nach Brinz empfängt der Mann die *dos* anstatt der Frau, für die Frau, die Frau hat die *dos* durch den Mann. „Ist dieses mein durch einen andern in der Gestalt von sein getragene Haben gleich anders als das seinige, passiv neben dem aktiven, formlos neben dem geformten, so ist es deswegen nicht nicht da." Dieser Konstruktion kann man schon aus dem Grunde nicht zustimmen, weil der Ehemann die *dos* durchaus nicht bloß für die Frau empfängt und für sie hat, er hat die Dotalsachen doch auch für sich, um den Ertrag derselben zu ziehen und sich die Tragung der *onera matrimonii* dadurch zu erleichtern. Meines Erachtens muß man von dem Begriff der *causa* von Vermögenszuwendungen ausgehen. Es giebt *causae*, objektive Zwecke von Vermögenszuwendungen, welche nur dem die Rechtsübertragung oder Rechtskonstituierung begründenden Geschäft unterliegen, dagegen, auch wenn sie erreicht sind, keine längere Dauer haben und dem erworbenen Recht nicht dauernd unterliegen, demselben nicht dauernd einen kausalen, für diese konkrete *causa*, diesen konkreten Zweck bestimmten Charakter aufdrücken. Hat mein Schuldner

[1] Vgl. die bei Glück XXV, S. 128, A. 14 citierten Schriftsteller.
[2] Scheurl, Krit. Vierteljahrsschr. VI, S. 28; Windscheid, Pandekten II, § 496, A. 3.
[3] Czyhlarz, a. a. O. S. 194f. [4] L. 71 D. de evict. 21, 2. [5] A. a. O. S. 28f.
[6] Lehrb. der Pandekt. II, 2, S. 1233 ff.

mir *solvendi causa* das Eigentum einer Sache übertragen, so ist mit dem Solutionsakt der Zweck erreicht und gehört der Vergangenheit an, dem erworbenen Eigentum liegt nicht dauernd eine besondere *causa* unter. Ebenso ist es, wenn jemand als Käufer, *pro emtore* das Eigentum einer Sache erworben. Es giebt aber auch Fälle, in welchen die *causa* nicht bloß dem Erwerb, sondern dauernd dem Haben des oder der Rechte zu Grunde liegt, in denen der Berechtigte nicht schlechthin Eigentümer, Servitutberechtigter, sondern Eigentümer u. s. w. um dieses objektiven Zweckes willen ist. Ein solches dauernd Vermögensrechten unterliegendes Zweckverhältnis ist die *dotis causa,* welche noch dadurch ausgezeichnet ist, daß sie keinen rein vermögensrechtlichen, sondern einen familienrechtlichen Charakter hat. Daß dem Ehemann das Eigentum an den Dotalsachen zusteht, ist nur Mittel für das Zweckverhältnis der *dos,* für die *dotis causa.* Die *dotis causa* als Zweckverhältnis ist ein Rechtsverhältnis zwischen Ehemann und Ehefrau, mag die Bestellung der *dos* von der Frau selbst, ihrem Vater oder einem Dritten ausgegangen sein. Nach dieser *dotis causa* ist der Ehemann Eigentümer der Dotalsachen um der Ehe willen, er ist es, damit der Ertrag derselben ihm die *onera matrimonii* tragen helfe. Subjekt dieses Zweckverhältnisses ist aber in hervorragender Weise die Frau, der Mann ist Inhaber der betreffenden Vermögensstücke als für die Frau, von seiten der Frau ihm um der Ehe willen *ad ferenda onera* gewährte. Der Mann ist allein Subjekt der einzelnen die *dos* bildenden Rechte als der Mittel zur Erreichung des Dotalzwecks, aber dem diesen Rechten unterliegenden Kausalverhältnis nach gehört die *dos* der Frau und dem Manne gemeinschaftlich, und vorwiegend, als für sie beigesteuert, der Frau. Ihrem Zweck nach also ist die *dos* eine *res uxoria,* ist sie *mulieris.* Daraus, daß die *dos* ihrem Zweck nach Frau und Mann gemeinschaftlich gehört, erklärt sich auch die Haftung des Mannes für die *diligentia, quam in suis rebus adhibere solet,* ein Art der Haftung, die hier, wie bei anderen Sozietäts- und Kommunionsverhältnissen, Platz greift. Das einheitliche Zweckverhältnis, welches sämtlichen von dem Mann *in dotem* erworbenen Rechten dauernd unterliegt, ist es auch, welches zuerst der *dos* den Charakter einer Art *universitas* verliehen hat, nicht etwa die Restitutionsverbindlichkeit. Diese würde sich ja nur auf die einzelnen *in dotem* gegebenen Vermögensstücke beziehen. Auch die Restitutionsverbindlichkeit erscheint nur dadurch als eine einheitliche, daß schon, abgesehen von ihr, die betreffenden Vermögensstücke durch das ihnen gemeinsam unterliegende Kausalverhältnis zu einer Einheit zusammengehalten sind. Es ist in neuerer Zeit darüber gestritten worden, ob die Verpflichtung zur Herausgabe des Kapitals der *dos* nach Beendigung der Ehe zum Begriff der *dos* gehöre. Es ist denen recht zu geben, welche das verneinen: es läßt sich eine *dos* denken ohne eine solche Verpflichtung des Mannes, bei Beendigung des Dotalzwecks das bisher demselben dienende Vermögen herauszugeben; aber andererseits läßt sich nicht leugnen, daß die gesetzliche Verpflichtung zur Restitution der *dos* bei Auflösung der Ehe, welche sich namentlich nach dem Aufkommen der Ehe ohne *manus* herausgebildet, ganz wesentlich mit Rücksicht auf den Dotalzweck festgesetzt ist. War die *dos* während der Ehe eine *res uxoris* in dem vorher entwickelten Sinne, so drängte alles darauf hin, der Frau für den Fall der Auflösung der Ehe einen Anspruch auf Restitution dieses seinem Zwecke nach ihr bereits gehörigen Vermögens zuzugestehen, soweit nicht besondere Gründe etwas Anderes erheischten; doch kann näher auf die Restitution der *dos* erst später eingegangen werden.

Hier aber ist, um den römischen Dotalbegriff selbst zunächst nach allen Richtungen zu betrachten, noch zu fragen, ob durch die Bestellung einer *dos* eine Schenkung an den Mann oder die Frau bewerkstelligt werde, bezw. bewerkstelligt werden könne. Daß die Bestellung einer *dos* dem Ehemanne gegenüber keine Schenkung sei, darüber ist man mit Recht einverstanden. Indem dem Manne eine Vermögenszuwendung *ad ferenda onera matrimonii* gemacht wird, wird ihm nicht gegeben, um ihn zu bereichern, und empfängt er nicht, um bereichert zu werden. *Non videtur lucrativa causa esse,* sagt Julian in l. 19 D. de obl. et act. 44, 7, *sed quodammodo creditor aut emptor intelligitur, qui dotem petit.* Dennoch wird, wenn nicht der Vater oder die Frau selbst, sondern ein Dritter *non ex necessitate, sed ex voluntate* dem Manne eine *dos* bestellt, dem Manne eine Liberalität erwiesen, vorausgesetzt, daß die Absicht des Bestellers dahin ging, und wenn der Besteller aus solcher *ex voluntate* gemachten *promissio dotis* belangt wird, so kann er als einer, *qui ex liberalitate convenitur,* nur *in id quod facere potest* kondemniert werden.[1] Nicht so einfach beantwortet sich die Frage, ob durch die Bestellung einer *dos* eine Schenkung an die Frau bewerkstelligt werde, bezw. werden könne. Nicht reden wir hier davon, daß jemand einer Frau *animo donandi* eine Vermögenszuwendung macht, damit sie selbst eine *dos* für sich bestellen könne, wenngleich er auf Geheiß die Frau dem Manne, dem sie eine *dos* bestellen will, die Vermögenszuwendung macht. Daß in solchem Falle Schenkung vorliege, ist nicht zweifelhaft. Wir reden vielmehr davon, daß jemand direkt dem Manne eine *dos* bestellt und sich die Rückgabe derselben nicht versprechen läßt. Hat er schon dadurch eine Schenkung an die Frau bewerkstelligt? Meines Erachtens ist hierdurch eine den besonderen gesetzlichen Beschränkungen unterliegende Schenkung nicht geschehen, denn dadurch, daß die Frau hier mit Eingehung der Ehe eine *dos* hat, ist sie nicht in dem Sinne bereichert, wie der Schenkungsbegriff es verlangt: die *dos* gehört ihr nur dem Zweck, nicht der Zuständigkeit der einzelnen Vermögensstücke nach, und daß sie einen eventuellen Restitutionsanspruch hat, beruht nicht unmittelbar auf dem Akt der *dotis constitutio,* sondern auf der gesetzlichen Vorschrift. Brinz[2] nimmt zwar an, nach l. 43 § 1 D. de iure dot. 23, 3 sei die Frau durch Bestellung der *dos* durch einen *extraneus* absolut beschenkt; denn wenn sie nur deswegen nicht *in totum* beschenkt sei, weil die Ehe noch nicht erfolgt sei, so sei sie *nuptiis secutis in totum* oder schlechthin beschenkt. In dieser Weise sind aber die Worte *„nisi forte sic accepto tulit extraneus, ut velit mulieri in totum donatum etc."* meines Erachtens nicht aufzufassen. Wenn der *extraneus* in der Absicht, selbst eine *dos* zu konstituieren, dem Manne eine Schuld acceptoferiert, so ist die Frau nicht *in totum donatum,* mag auch die Ehe zustande gekommen sein. Wenn er aber, nicht um selbst eine *dos* zu bestellen, sondern um der Frau *in totum* zu schenken, dem Manne eine Schuld acceptoferiert, damit sie dadurch eine *dos* bestellt habe, so ist *liberatio* eingetreten, schon bevor die Ehe geschlossen, wenn auch die Dotalbestellung der Frau erst mit der Eheschließung geschehen

[1] Die scheinbar widersprechenden Stellen l. 84 D. de iur. dot. 23, 3 u. l. 41 pr. D. de re iudicata 42, 1 stehen in Wahrheit der oben angeführten Entscheidung der l. 33 D. de iure dot. 23, 3 nicht entgegen, denn die ersteren sprechen von Fällen, in welchen die Bestellung der *dos* an ihn nicht in der Absicht einer ihm, sondern in der einer der Frau zu erweisenden Liberalität geschieht.

[2] A. a. O. S. 1242.

ist. Daß dies der Sinn der Worte sei, ergiebt sich aus dem Folgenden: *tunc enim credendum est, brevi manu acceptum a muliere et marito datum,* d. h. es ist dann so anzusehen, als habe der *extraneus* der Frau die ihr zugedachte Summe und sie dieselbe dem Manne gegeben, so daß sie beim Nichtzustandekommen der Ehe die *condictio causa data causa non secuta* hat. Die Stelle beweist also gerade, daß durch eine *dotis constitutio* von seiten eines *extraneus* der Frau nicht *in totum donatum* sei. Angedeutet ist damit zugleich, daß ihr doch durch solchen Akt eine Liberalität erwiesen sei, wenn die Absicht des Bestellers dahin ging, falls sie selbst auch nicht darum wußte. Daß auch in anderen Stellen für diese beabsichtigte Liberalität der Ausdruck *donare* gebraucht ist, spricht noch nicht für eine Schenkung im engern Sinne. Ebenso beweist nicht für Schenkung im engern Sinne, daß nach l. 25 § 1 D. quae in fraud cred. 42, 8 die Frau, falls der Besteller der *dos in fraudem creditorum* gehandelt, auch wenn sie nicht darum gewußt, mit dem *interdictum fraudatorium* belangt werden kann, *quia intelligitur quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse etc.*, zumal da diese Stelle von einer Dotalbestellung des Vaters für eine *filia emancipata* handelt, in welchem Falle doch sicher von einer eigentlichen *donatio* nicht die Rede sein kann, da der Vater in Erfüllung seines *officium paternum* handelt. Eine wirkliche Schenkung des nicht verpflichteten *extraneus* an die Frau aber liegt dann vor, wenn jener dem Manne eine *dos* bestellt und die Frau für sich die Rückgabe der *dos* stipulieren läßt. Hier hat sie nicht bloß das gesetzliche Rückforderungsrecht, sondern infolge der von ihr acceptierten Schenkungsabsicht des Bestellers ein durch Stipulation mit dem Manne begründetes Rückforderungsrecht, welches schon dadurch, daß es vererblich ist, eine ganz andere Natur hat, als jenes. Ganz deutlich sagt l. 31 pr. C. de iure dotium 5, 12 (von Justinian), daß, wenn die Frau dem Willen des Bestellers der *dos* gemäß *redhibitionem casus stipulabatur,* die für die Schenkung vorgeschriebene Form (die Aufnahme von *monumenta*) zu beobachten sei, widrigenfalls die Schenkung als nicht rechtmäßig zustande gekommen angesehen wurde.

Gehen wir nun näher auf die Bestellung der *dos* ein, so kann die Frau, wenn sie bereits gewaltfrei ist, für sich selbst eine *dos* bestellen, es können aber auch andere ihr *dotem facere,* für sie dem Manne eine *dos* bestellen. Nach der Person des Bestellers wird eine *dos profecticia* und eine *dos adventicia* unterschieden. *Dos profecticia* ist die von dem Gewalthaber der Frau oder ihrem *parens,* d. h. ihrem Vater oder väterlichen Ascendenten, aus seinem Vermögen für sie bestellte *dos* (l. 5 pr. D. de iure dot. 23, 3: *Profecticia dos est, quae a patre vel parente profecta est de bonis vel facto eius).* Daß solche *dos profecticia* durch einen eigenen Akt des *parens* geschehen sei, ist nicht gerade nötig, wie dies in der Definition Ulpians schon angedeutet ist und in den sich daran schließenden Erörterungen (§§ 1 ff.) weiter auseinander gesetzt wird. Es muß aber die Bestellung vom Vater bezw. väterlichen Ascendenten in dieser seiner Eigenschaft *(quasi pater)* geschehen, nicht also z. B. von ihm als Bürgen eines andern Promittenten gezahlt sein.[1] Auch muß durch die Bestellung sein bereits vorhandenes Vermögen vermindert sein.[2] Beizustimmen ist der Vermutung Bechmanns,[3] daß nicht von Anfang an die von dem *parens,* auch die von dem Vater für seine emancipierte Tochter bestellte *dos* eine *profecticia* gewesen sei. Nur die für die *sua* vom Gewalthaber bestellte *dos* wird ursprünglich *dos profecticia* gewesen sein, nur die *sua* hatte

[1] L. 5 § 6 D. de j. d. 23, 3. [2] L. 5 § 5 D. eod. tit. [3] A. a. O. II, S. 423.

civiles Intestaterbrecht, für sie war die *dos profecticia* vorausempfangenes Vatergut. Die Erweiterung dürfte erfolgt sein, seitdem nach prätorischem Recht die *liberi*, also auch eine emancipierte Tochter, den gewesenen Gewalthaber vermöge der *bonorum possessio contra tabulas* bezw. der *bonorum possessio unde liberi* beerben konnten. Die vom gewesenen Gewalthaber für eine *emancipata* bestellte war jetzt auch eine aus dem Familiengut, an welchem sie bei des Vaters Tode als Intestaterbin partizipieren konnte, hervorgegangene *dos*. *Adventicia dos* dagegen ist die *a quovis alio* bestellte *dos*, jede von einem andern, als dem Vater oder väterlichen Ascendenten, bestellte *dos*, auch die von der Frau selbst bestellte.[1] Gegenstand der Dotalbestellung kann alles sein, wodurch das Vermögen des Mannes vermehrt wird, z. B. auch die *nuda proprietas* einer Sache, denn abgesehen davon, daß zu derselben noch das Fruchtziehungsrecht durch Beendigung des *ususfructus* als ein *incrementum* hinzukommen kann, kann jene auch veräußert werden und der Erlös dann dem Ehemanne Zinsen abwerfen. Die nähere Ausführung gehört der Dogmatik an. Nur eine in neuerer Zeit verhandelte Frage möge hier berührt werden. Es ist behauptet worden, eine *dos* könne nur durch Verschaffung von Rechten, nicht durch Einräumung faktischer Vorteile, z. B. Gewährung einer unentgeltlichen Wohnung, bestellt werden. Als Grund davon, daß eine Zuwendung *dotis causa* ein Vermögensrecht zum Gegenstand haben müsse, giebt Scheurl[2] den an, es solle die *dos* ein Kapital sein, welches bei unversehrtem Bestand periodische, verzehrbare Erträgnisse abwerfe. Indessen nach der von Ulpian stillschweigend gebilligten Ansicht des Celsus (l. 7 § 2 D. de iure dotium 23, 3: — *et Celsus libro decimo digestorum ait interesse, quid acti sit, et nisi appareat aliud actum, putare se ius ipsum in dote esse, non etiam fructus qui percipiuntur*) muß man die Möglichkeit einer *dotis constitutio* annehmen, welche dem Manne nicht das *ius ususfructus*, sondern nur faktische Ziehung der Früchte einer Sache einräumt. Man könnte sagen, hier werde doch dem Manne der Erwerb des Eigentums der Früchte überlassen; aber es ist doch kein Grund abzusehen, warum denn nicht auch durch Überlassung des unentgeltlichen Gebrauchs einer Wohnung, durch welche dem Manne an Vermögensvermehrung so viel verschafft wird, als er sonst für eine Wohnung ausgegeben haben würde,[3] eine *dos* solle bestellt werden können, die Art der Vermögensvermehrung ist in beiden Fällen gleichartig: faktische Überlassung des Nutzens einer Sache. Und auch die Unterscheidung eines Grundstocks der *dos* und ihrer Früchte, sowie eine Restitutionsverbindlichkeit ist hier nicht ausgeschlossen. Den Grundstock der *dos* bildet, was der Mann für die betreffenden Nutzungen ausgegeben haben würde. Der Betrag, den er sonst etwa pro Jahr hätte ausgeben müssen, bildet das Kapital, das er nun anderweitig verzinslich anlegen kann, bezw. eventuell restituieren muß, der ihm definitiv zukommende Nutzen ist der von jenen Kapitalsummen zu gewinnende Zins.[4]

Die *constitutio dotis*, der Bestellungsakt ist von dreierlei Art: *Dos aut datur aut dicitur aut promittitur* (Ulp. VI, 1). Auch in der *lex Julia de maritandis ordinibus* scheinen dieselben in der genannten Reihenfolge nach Ulp. XI, 20 erwähnt zu sein: *Ex lege Julia de maritandis ordinibus tutor datur — ei mulieri*

---

[1] Ulp. VI, 3. [2] Krit. Vierteljahrsschr. XI, S. 115 f. [3] Windscheid II, § 494, A. 2.
[4] Vgl. l. 4 D. de pact. dot. 23, 4: — *erunt igitur in dote fructus et fruetur iste usuris, quae ex fructibus collectis et in sortem redactis percipi possunt etc.*

virginive — ad dotem dandam dicendam promittendamve etc. Und noch in l. 3 C. Th. de incest. nuptiis 3, 12, von Arcadius und Honorius, vom Jahre 396 werden diese drei Bestellungsmodi nebeneinander gestellt in den Worten: *Dos si qua forte solenniter aut data aut dicta aut promissa fuerit etc.* Diese Einteilung ist von Bechmann[1] als eine ganz äußerliche bezeichnet worden. Namentlich sei einleuchtend, daß der Gegensatz zwischen *dicere* und *promittere* von ganz anderer Natur sei, als der zwischen diesen beiden Geschäften einerseits und dem *dare* andererseits. Jene seien zunächst nur der Form nach verschieden, während sie im Erfolge, in der Erzeugung obligatorischer Verhältnisse zusammenträfen; von beiden unterscheide sich dagegen das *dare* nicht allein in der Form, sondern auch im Wesen und Erfolge. Ob dieser Auffassung so ganz zuzustimmen sei, kann erst eine nähere Betrachtung, namentlich der *dotis dictio,* lehren. Es sind noch eine Anzahl Stellen in den Digesten vorhanden, welche sich, obwohl die Worte *dicere, dictio* darin von den Kompilatoren durch andere ersetzt sind, da die *dotis dictio* zu Justinians Zeiten antiquiert war, anerkanntermaßen auf diese bezogen haben.[2] Nach den in diesen Stellen sowie bei den Komödiendichtern[3] erhaltenen Formeln der *dictio* besteht dieselbe in einer von dem Besteller ausgehenden Zusage zum Zwecke der *dos.* Der Akt selbst besteht lediglich in einer mündlichen, also gegenüber dem gegenwärtigen Manne geschehenden Zusage, einem *dicere,* wonach dieser Bestellungsmodus auch benannt ist, nur aus diesem *dicere* wird die Wirkung, die *obligatio* des Dicenten abgeleitet. Sollte auch eine auf das *dicere* folgende Annahmeerklärung des Mannes erforderlich gewesen sein (was zu leugnen ist und in den juristischen Quellen nirgends erwähnt wird), so würde dadurch doch keineswegs bewiesen sein, daß die *dictio* ein Vertrag, ein Kontrakt gewesen sei, denn einseitige Rechtsgeschäfte bedürfen häufig zwar nicht zu ihrer Existenz, wohl aber zu ihrer Wirksamkeit einer zustimmenden Erklärung der Person, welche dadurch berechtigt werden soll. Daraus, daß die Dosbestellung nicht ohne Zustimmung des Mannes geschehen kann, ergiebt sich nicht, daß die *dos* notwendigerweise ein zweiseitiges Rechtsgeschäft sei; es kann daher auch nicht, wie Scheurl[4] meint, durch die nicht bestrittene Notwendigkeit der Zustimmung des Mannes der Streitfrage, ob die *dotis dictio* ein einseitiges Rechtsgeschäft oder ein Vertrag sei, ein Ende gemacht werden.

Bezüglich der weitern Streitfrage, ob die *dotis dictio* ein formloses oder ein formelles Geschäft gewesen,[5] muß man meines Erachtens nach Prüfung aller vorhandenen Spuren denen beistimmen, welche sie für einen Formalakt erklären. Als feststehend kann angesehen werden, daß sie, wie schon hervorgehoben wurde, durch mündliche Rede gegenüber dem gegenwärtigen Manne geschehen mußte. Als sicher kann es jetzt auch bezeichnet werden, daß sie, wie sie in der westgotischen Bearbeitung des Gaius unter den *verborum obligationes* erscheint,[6] so auch in den echten Institutionen dieses Juristen bei denselben III, § 95 abgehandelt wurde. Aus den einzelnen von Studemund noch ent-

[1] A. a. O. II, S. 49 f.
[2] Vgl. l. l. 25, 44 § 1, 46 § 1, 57 D. de j. d. 23, 3. L. 125 D. de v. s. 50, 16.
[3] Vgl. die Zusammenstellung bei Rein, Privatrecht S. 425, A. 2.
[4] Krit. Vierteljahrsschr. XI, S. 113.
[5] Vgl. Danz, Lehrb. d. G. d. röm. R. II, S. 162 ff. Czyhlarz, a. a. O. S. 118, nament. A. 9. Bechmann, a. a. O. II, S. 90. 97.
[6] Gai. ep. II, 9 § 3.

zifferten Worten ergiebt sich, daß die Darstellung in der westgotischen Bearbeitung durchaus zuverlässig ist; namentlich ergiebt sich auch, daß Gaius, wie es in der westgotischen Bearbeitung angegeben ist, die *dotis dictio* nur *uno loquente* zustande kommen ließ, also von einer für den Akt der *dictio* notwendigen ausdrücklichen Acceptation nichts wußte. Eine weitere Bestätigung der Formalnatur der *dotis dictio* giebt namentlich l. 4 C. Th. de dotibus 3, 13, wo die bisher erforderlich gewesene *dictio* oder *promissio* in Gegensatz gebracht wird zu den *qualiacunque verba,* welche nunmehr für den Abschluß eines Dotalversprechens genügen sollten. Daß die *dictio* ein Verbalakt sei, würde keineswegs zweifelhaft sein, wenn auch nicht ein und dieselbe Formel mit Notwendigkeit angewandt werden mußte, denn es ist ja bekannt, daß auch die *stipulatio,* welche ja unzweifelhaft ein Verbalkontrakt war, in verschiedenen Formeln abgeschlossen werden konnte. Die *dotis dictio* ist aber nicht bloß ein formelles Geschäft, es muß auch darin ausgedrückt sein, daß die dicierte Vermögenszuwendung *dos* werden, bezw. sein solle. Alle erhaltenen Formeln der *dictio* zeigen diesen in ihrer Form sich ausprägenden kausalen Charakter derselben. Aber wenn auch gar keine solche Formel erhalten wäre, müßten wir die ausdrückliche Bezeichnung des Zwecks in der *dictio* annehmen, denn nur dieser Zweck ist es, welcher der einseitigen Zusage einer Leistung gewisser Personen gegenüber dem Ehemanne, dem *ius commune* entgegen, rechtliche Wirkung verschafft. Fähig zum *dotem dicere* sind zunächst nur die gewaltfreie Frau selbst und der Vater, bezw. väterliche Ascendent der Frau; dann noch der Schuldner der Frau, der aber, da er nur *iussu mulieris dotem dicere* kann, materiell nur als das Organ derselben erscheint.[1] Der westgotische Gaius sagt ausdrücklich, daß nur diese drei Personen *possunt dotis dictione legitime obligari,* und daß andere Personen, welche für die Frau eine *dos* versprechen wollen, *communi iure obligari debent.* Daß der echte Gaius an der entsprechenden Stelle III, §§ 95 u. 96 das gleiche gesagt hat, zeigen die einzelnen von Studemund entzifferten Worte deutlich. Die Beschränkung der *dictio* auf jene Personen weist auf den Grund hin, aus welchem man hier rechtliche Wirkung der einfachen *dictio* angenommen hat. Es sind diejenigen Personen, welche das nächste Interesse daran haben, daß die Frau eine *dotata* sei, für welche es vor allen nach der sozialen Anschauung der Römer als eine Art *ignominia* galt, keine *dos* zu bestellen.[2] Bei diesen mußte die einfache in assertorischer Form dem Manne gegenüber geschehene Zusage als genügend erscheinen. Dem Bräutigam konnte kein Vorwurf daraus gemacht werden, wenn er sich diesen an der Dotalbestellung in gleicher Weise, ja womöglich noch mehr, als er, interessierten Personen gegenüber auf die einfache Zusage verließ und nicht erst noch dieselbe in der gewöhnlichen Geschäftsform der Stipulation besonders fest machte: es hätte ein solches Ansinnen jenen gegenüber als unziemlich erscheinen müssen. Täuschten sie später dennoch das in sie gesetzte Vertrauen, so mußte jene einfache Zusage bei ihnen so gut sein, wie bei anderen die *promissio* in Stipulationsform. Das ist der ursprüngliche der *dotis dictio* unterliegende Gedanke. Daß dann doch durch lange und gleichförmig beobachtete Sitte die einfache Ansage der *in dotem* bestimmten Leistung zu einem formellen Akt geworden

[1] Ulp. VI, 2. Vat. fr. §§ 99 u. 100.

[2] Plaut. Aulul. II, 2, 13 ff. Trin. III, 8, 63 ff. Varro de r. r. III, 16. Cic. pro Quinct. 31.

ist, darf nicht wundernehmen. Aus welchem Grunde auch der Schuldner der Frau auf ihr Geheiß *dotem dicere* konnte, ist nicht mit Bestimmtheit zu sagen. Er ist aber wahrscheinlich dem ähnlich, der die *dictio* in den anderen Fällen als genügend zur Begründung einer rechtlichen Verbindlichkeit erscheinen ließ. Es erschien als berechtigt, daß der Bräutigam oder Mann sich damit begnügte, daß der Schuldner der Frau ihm auf deren Geheiß den Inhalt der Schuld als *dos* dicierte. Weiter aber ist man nicht gegangen, man hat nicht dasselbe von dem Schuldner des *parens* gelten lassen. Der Schuldner dicierte die *dos* gleichsam vom Vermögen der Frau, er war also aus der *dictio* nur verpflichtet, wenn wirklich eine wirksame Schuld der Frau gegenüber existierte (der Fall unterschied sich also immer noch von dem, in welchem ein Schuldner der Frau dem Manne *dotis causa expromisit*). Die *dictio* des Schuldners wird etwa gelautet haben: *Quod Titiae sponsae tuae debeo, id Titiae nomine doti tibi erit.* Die Frau konnte bezüglich eines solchen Dicenten immer sagen: *quasi de meo dotem dixit;* man war also immer nicht zu weit von dem ursprünglichen Satz abgegangen, daß nur die gewaltfreie Frau selbst oder ihr Vater, bezw. väterlicher Ascendent männlichen Geschlechts *dotem dicere* könne. Von Bechmann[1] u. a. ist behauptet worden, daß die *dotis dictio* nur vor Eingehung der Ehe habe stattfinden können. Alles, was dafür angeführt ist, beweist nur, wie Scheurl[2] mit Recht schon bemerkt hat, daß gewöhnlich die *dictio dotis* vor Eingehung der Ehe erfolgte. Ausdrücklich aber sagt der westgotische Gaius: — *si mulier sive sponso uxor futura sive jam marito dotem dicat.* Das mag den Worten des echten Gaius nicht entsprechen. Wenn wir aber sehen, wie im allgemeinen die Angaben der westgotischen Bearbeitung über die *dotis dictio* durch die teilweise von Studemund gelesenen Worte der §§ 95 u. 96 III des echten Gaius bestätigt sind, so werden wir mit der Annahme einer sachlichen Interpolation vorsichtig sein müssen, um so mehr, als es auch auf die *dictio* bezügliche Digestenstellen giebt, welche beweisen, daß dieselbe während der Ehe erfolgen konnte. So sagt Afrikan in l. 9 D. de pactis dot. 23, 5, daß, wenn die Frau dem Ehemanne, der ihr ein Grundstück schulde, diese Schuld durch *dotis dictio* erlasse, der *fundus* dadurch *dotalis* werde. Wie willkürlich und gezwungen es ist, wenn Bechmann dies erklärt, die Frau habe ihrem jetzigen Manne, nämlich damaligen Bräutigam, eine *dos* diciert, braucht keiner weitern Darlegung. Ebenso sagt Marcellus in einer Note zum Julian in l. 44 § 1 D. de iure dot. 23, 3, daß ein Schulderlaß durch *dotis dictio* sowohl *post nuptias* als *ante nuptias* stattfinden könne. Bechmann glaubt diese Stelle durch die Bemerkung beseitigen zu können, daß die *dictio* hier lediglich die Bedeutung eines *pactum de non petendo* habe, und ein solches könne allerdings zu jeder Zeit eingegangen werden. Aber die Stelle spricht jedenfalls von einem Erlaßvertrag in der Form der *dictio,* und nach Bechmann soll ja (S. 123) auch ein *pactum de non petendo* in Form der *dictio* nicht nach eingegangener Ehe abgeschlossen werden können. — Gegen die Möglichkeit der *dotis dictio* nach Eingehung der Ehe spricht nun auch nicht irgend ein innerer Grund, sie wird von Bechmann nur notwendig bekämpft, weil sie seiner Ansicht von der Verbindung der *dotis dictio* mit dem Verlöbnis widerspricht, eine Ansicht, welche bereits von Scheurl[3] schlagend widerlegt worden ist. Was Inhalt und Wir-

[1] A. a. O. II, S. 92 f. Czyhlarz, a. a. O. S. 116 f.
[2] Krit. Vierteljahrsschr. XI, S. 121. [3] A. a. O. S. 120 ff.

kung der *dictio* betrifft, so konnte dadurch jedenfalls eine *obligatio* des Dicenten zu einer bestimmten Leistung, etwa einer bestimmten Geldsumme oder der Leistung einer bestimmten Spezies begründet werden. Da durch die aus der *dictio* hervorgehende Obligation die frühere Obligation des dicierenden Schuldners der Frau aufgehoben, noviert werden konnte, so müssen wir wohl annehmen, daß die aus der *dictio* hervorgehende *obligatio* einen gleichen Charakter hatte, wie die aus der Stipulation, bei welcher Gaius sie ja auch bespricht, und mit einer *condictio* geltend gemacht werden konnte. Aber auf die Begründung einer *obligatio* blieb die *dictio* nicht beschränkt: ihrer nicht promissorischen, sondern nur assertorischen Form nach erschien sie fähig, dem Bräutigam bezw. Ehemanne *dotis causa* eine Schuld zu erlassen. Gerade von den auf diese Anwendung der *dotis dictio* sich beziehenden Äußerungen der römischen Juristen sind uns in den Digesten eine Anzahl erhalten.[1] Nach den meisten dieser Stellen hebt die *dictio* die Schuld des Mannes beim Eintritt der Ehe *ipso iure* auf, es soll so angesehen werden, als habe der Mann die Schuld bezahlt und die Frau ihm den gezahlten Betrag *in dotem* gegeben. War die Schuld eine verzinsliche, so gehört der vor Eingehung der Ehe fällig gewordene Zinsbetrag noch zur Summe der *dos*, nach Eingehung der Ehe sollen aber keine Zinsen mehr fällig werden, weil die Schuld als im Moment der Eheschließung getilgt gilt. Daraus geht schon hervor, daß die Römer hier als den Gegenstand der *dos* nicht die Befreiung von der Schuld, sondern den geschuldeten Inhalt ansehen. Schuldete also der Mann der Frau eine bestimmte Sache, z. B. ein bestimmtes Grundstück, so wird dieses, vorausgesetzt, daß er Eigentümer desselben ist, mit der *dictio dotis*, bezw. mit Eingehung der Ehe *fundus dotalis*.[2] Steht es nicht in seinem Eigentum, so soll nach der einen Ansicht die Wirkung der *dotis dictio* nur in der Liberation von der Schuld bestehen,[3] nach einer andern soll die Sache vorläufig *in pendenti* sein und für den Fall, daß der Mann später das Eigentum des *fundus* erwirbt, dieser dotal werden, für den andern Fall nur Liberation eintreten.[4] Ist die durch *dictio* erlassene Schuld eine alternative, so hat der Mann als Schuldner die Wahl, welcher der alternativ geschuldeten Gegenstände *in dote* sein solle.[5] Aber auch die *dictio* kann eine alternative sein, und die richtige Erklärung von ein Paar auf solche alternative *dictio* sich beziehender Stellen wird zugleich Aufklärung über die zunächst auffällige Erscheinung geben, daß auf Grund der *dictio* gegen die Klage aus der durch dieselbe erlassenen Schuld nur eine *exceptio* gewährt werden soll. In l. 44 § 1 D. de iure dot. 23, 3 lautete die *dictio* gegenüber dem Gewalthaber des Mannes alternativ dahin: *quod mihi debes aut quod mihi filius tuus debet, doti tibi erunt.* Julian geht in seiner Entscheidung nur auf den Gegenstand der *dos* ein und bezeichnet als solchen das, was vom Vater mit der *actio de peculio* erlangt werden könne. Marcellus in seiner *nota* unterscheidet zwischen den Wirkungen der *dictio* auf die Obligationen des Sohnes und Vaters und dem Inhalt der *dos*, bezw. der eventuellen *actio de dote*. Als Inhalt der *dos*, bezw. der *actio de dote* bezeichnet auch er den Betrag, welcher zur Zeit der *dotis dictio*, bezw. der Eheschließung *in peculio* war. Die Obligation des Sohnes und die des Vaters *de peculio* läßt er aber nicht *ipso iure* aufgehoben

[1] L. 44 § 1, l. 46 § 1, l. 57, l. 77 D. de i. d. 23, 3. L. 47 pr. D. mandati 17, 1.
[2] L. 9 pr. D. de fundo dot. 23, 5. [3] L. 58 § 1 D. de i. d. 23, 3.
[4] L. 14 § 2 D. de fund. dot. 23, 5. [5] L. 9 § 1 D. eod. tit.

sein, sondern gewährt nur eine *exceptio pacti* gegenüber der *actio* der Frau. Zu dieser Entscheidung wurde Marcellus durch die alternative Fassung der *dictio* bewogen. Dabei hat, wie die gleich zu erörternde l. 46 § 1 D. eod. tit. sagt, die Frau die Wahl. So lange sie die Wahl nicht getroffen hat, ist also unentschieden, ob direkt die *filii obligatio* oder die *patris persecutio* erlassen sein solle. Sie muß diese Wahl als Dicentin der *dos* treffen. Belangt sie nun entweder den Sohn oder den Vater, so ist damit die Wahl noch nicht bindend getroffen, es ist also noch kein *ipso iure*-Untergang eingetreten, aber eine *exceptio pacti* kann ihr schon entgegengesetzt werden, und zwar von jedem, denn mag direkt dem Vater oder dem Sohne erlassen sein, so erstreckt sich die Wirkung des Erlasses, da beider Schuld bis zum Betrag des *peculium* auf dasselbe geht, auch auf den andern. Auch in l. 46 § 1 D. eod. tit. ist von einer besonders bemerkenswerten alternativen *dictio* die Rede, denn sie geht alternativ auf Erlaß einer Schuld oder auf Geben des *fundus Sempronianus (quod mihi debes aut fundus Sempronianus doti tibi erit)*. Die Wahl steht der Frau zu. Klagt der Mann vor getroffener Wahl auf den *fundus*, so begeht er zwar keine *plus petitio*, denn es liegt keine alternative Obligation vor, sondern es ist begründet Obligation oder Liberation von der Schuld. Streng genommen müßte die Obligation der Frau auf Geben des *fundus* als *in pendenti* bis zur getroffenen Wahl angesehen werden. Damit aber durch Verzögerung der Wahl nicht die Entscheidung der Frage, was *in dote*, hinausgeschoben werde, wird die *obligatio* auf den *fundus* als *ipso iure* entstanden angesehen, es kann aber die Frau, um ihr Wahlrecht zur Geltung zu bringen, die Klage auf den *fundus* mit einer *exceptio* zurückschlagen. Hat sie dagegen das Eigentum des *fundus* dem Manne übertragen und damit gewählt, so ist der Schulderlaß nicht eingetreten, und sie kann also die *condictio* aus der nicht aufgehobenen Schuld gegen den Mann anstellen.[1] Es kann auch der kompliziertere Fall eintreten, daß dem Manne, welcher der Frau alternativ obligiert ist, durch *dictio dotis* die Schuld erlassen wird, mit dem ausdrücklichen Zusatz, daß derjenige der alternativ geschuldeten *fundi*, welchen er lieber wolle, *dotalis* sein solle.[2] Wäre einfach die alternative Schuld dem Manne durch *dictio* erlassen, so würde er als Schuldner in der alternativen Obligation bestimmen können, welches Grundstück *in dote* sein solle, bei der getroffenen Bestimmung müßte es aber sein Bewenden behalten. Infolge der besondern Fassung jener *dictio* hat er aber ein zweifaches Wahlrecht, einmal als Schuldner in der alternativen Obligation, sodann vermöge der besondern Einräumung in der *dictio;* und vermöge dieses zweiten kann er die vermöge des ersten Wahlrechts getroffene Wahl noch wieder abändern: er kann also das veräußerte Grundstück wieder zurückkaufen und das zurückbehaltene Grundstück verkaufen.

Unzweifelhaft hat die *dictio dotis* die in das feinere juristische Detail eingehende Entwickelung erst zur Zeit der ausgebildeten Jurisprudenz erhalten. Es ist mir wahrscheinlich, daß die *dictio* ursprünglich nur zur Begründung einer *obligatio* benutzt werden konnte, und daß man erst später in Berücksichtigung ihrer assertorischen, nicht promissorischen Fassung auf den Gedanken gekommen ist, sie auch zum Zweck des Erlasses einer Schuld des Mannes zu verwenden. —

[1] Anders erklären die Stelle Bechmann, Dotalrecht II, S. 119, und Czyhlarz, Dotalrecht S. 131, A. 18.

[2] L. 9 § 3 u. l. 10 D. de fundo d. 23, 5.

Der zweite Bestellungsmodus der *dos* ist die *promissio dotis*, d. h. ein *dotis causa* in Stipulationsform dem Manne geleistetes Versprechen. Im Gegensatze zur *dotis dictio* heißt es von ihr und der *datio dotis*, daß *dare promittere dotem omnes possunt*,[1] daß *promittendo dotem omnes obligantur, cuiuscumque sexus condicionisque sint.*[2] Eine jede *dotis promissio*, jede Stipulation, welche *propter causam dotis fit*, wird erst wirksam, sobald die betreffende Ehe zustande gekommen ist, vor Eingehung der Ehe entspringt aus ihr keine *actio*. Dafür ist es gleichgültig, ob die Bedingung „*si nuptiae fuerint secutae*" in der Stipulation ausgedrückt ist oder nicht, denn jede *dotis promissio* trägt stillschweigend die Bedingung des Zustandekommens der Ehe in sich.[3] Ja, es ist nicht einmal nötig, daß der Dotalzweck in der Stipulation ausgedrückt ist, wenn er nur erweislich der abstrakt lautenden *promissio* untergelegen hat.[4] — Was endlich unter *datio dotis* zu verstehen sei, darüber sind gerade die neueren Juristen nicht einig. Die vorherrschende Meinung ist wohl die, daß unter *datio dotis* jede ohne vorhergehende Obligierung des Bestellers in Stipulations- oder Diktionsform stattfindende Vermögenszuwendung *dotis causa* zu verstehen sei, also nicht bloß Eigentumsübertragung und Servitutbestellung zu diesem Zweck, sondern auch z. B. Cession, Delegation, Schulderlaß, Erlaß von Servitutrechten u. s. w. *dotis causa*. Bechmann[5] und Czyhlarz[6] dagegen wollen das *dare* in dem engern technischen Sinne des Obligationenrechts verstehen und unter *datio dotis* nur Dotalbestellung durch Verschaffung von Eigentum und Bestellung von dinglichen Rechten verstehen. Der ersten Ansicht muß beigepflichtet werden. Wenn Ulpian sagt: „*dos aut datur aut dicitur aut promittitur*", so will er eine Einteilung nicht bloß der gewöhnlichsten Bestellungsfälle, sondern eine alle erschöpfende geben; wenn derselbe Jurist sagt,[7] daß nach der lex Julia *de maritandis ordinibus* einer Frau, welche einen Pupillen zum *legitimus tutor* habe, vom *praetor urbis* ein *tutor ad dotem dandam dicendam promittendamve* bestellt werden könne, so will er bezw. wollte das Gesetz auch alle Bestellungsfälle zusammenfassen. Es ist aber meines Erachtens bei der ganzen Einteilung nur an die Bestellung unter Lebenden gedacht. Der besondere Fall des *legatum dotis* ist unter der Einteilung nicht begriffen, ja gar nicht besonders erwähnt. Es ist auch in der Form, in welcher es in den Quellen vorkommt, kein unmittelbarer Bestellungsmodus einer *dos*. Es wird nämlich nur in der Gestalt des Damnationslegats erwähnt, d. h. in der Gestalt, daß dem Erben vom Testator die Verpflichtung auferlegt wird, dem Manne namens der Tochter des Testators eine Vermögensleistung *dotis nomine* zu machen. Die römischen Juristen sind darüber verschiedener Ansicht, ob daraus der Frau oder auch dem Manne ein Legatsanspruch erwachse. Darin aber scheinen sie übereinzustimmen, daß nicht schon das Legat, sondern erst die Erfüllung von seiten des Erben die *constitutio dotis* enthalte, solches Legat also nicht wie die *promissio dotis* zu beurteilen sei. So sagt Papinian in l. 71 § 3 D. de cond. 35, 1, daß durch die *solutio* des Legats die Frau *incipiat esse dotata*, daß also die Vermächtnisforderung des Mannes noch nicht *in dote* sei. Ebenso sieht natürlich Gaius in l. 69 § 2, D. de legat. I (30), welcher nur der Frau eine *actio* aus jenem Legat zuspricht, die *dos* nicht unmittelbar durch das Legat als bestellt an. Endlich wird auch

[1] Ulp. VI, 2. [2] L. 41 pr. D. de i. d. 23, 3.
[3] L. 21, l. 41 § 1, l. 68 D. eod. tit. L. 4 § 2 D. de pactis 2, 14. [4] L. 23 D. de i. d. 23, 3.
[5] A. a. O. II, S. 49 f. [6] A. a. O. S. 92 f. [7] Ulp. XI, 20.

in l. 48 § 1 D. de iure dot. 23, 3 dahin entschieden, daß in der Zahlung der Summe von seiten der Erben einmal eine Erfüllung des Legats, sodann aber eine Bestellung der *dos* liege (*exactam pecuniam acceptam legatis referri — — et nihilominus dotis esse factam*).

Eine unmittelbare Bestellung einer *dos* durch Legat, wenn eine solche von den römischen Juristen überhaupt angenommen ist, kann danach nur in der Form des *legatum per vindicationem* geschehen sein.

Für die *datio dotis* ist es natürlich wesentlich, daß bei der betreffenden Vermögenszuwendung an den Mann die *dotis causa* irgendwie kundgegeben werde. Es wird aber besonders gesagt, daß eine ausdrückliche Hinzufügung der *dotis causa* auch hier nicht nötig sei.[1] Die Absicht der Bestellung einer *dos* kann aus den Umständen zur Genüge hervorgehen. Wenn auch die betreffende Vermögenszuwendung selbst schon vor Eingehung der Ehe geschehen sein kann, worauf näher einzugehen Sache der dogmatischen Darstellung ist, so kommt doch auch bei der *datio dotis* das Dotalverhältnis erst mit der Ehe zustande.

Kehren wir jetzt noch einmal zu der Frage nach der Bedeutung der ganzen Einteilung: *dos aut datur aut dicitur aut promittitur* zurück, so müssen wir sagen, daß die Bestellungsmodi dem Wesen und Erfolge nach verschieden sind. Die *datio dotis* wirkt an sich nicht obligatorisch, die *promissio* nur obligatorisch, die *dictio dotis* wirkt nicht bloß obligatorisch, sondern auch liberatorisch, ja es können vermöge derselben vom Ehemanne dem Besteller geschuldete *res corporales* dotal werden. Der *dictio* und *promissio dotis,* sofern sie obligatorisch wirken, ist nun noch ein Moment, welches bei der *datio dotis* wegfällt, gemeinschaftlich: die Unterscheidung der *constitutio* und der *numeratio dotis.* Cujaz[2] und viele andere[3] stellten den Satz auf: *dos non verbis, sed re constituitur,* das bloße Versprechen sei noch keine *dos*, eine *dos* entstehe erst durch die wirkliche Übergabe. Erst Hasse[4] hat gründlich bewiesen, daß schon in der *promisso dotis* selbst eine *constitutio dotis*, eine Vermehrung des Vermögens des Ehemannes um ein Forderungsrecht *dotis causa* liege. Auf Grund dieses Nachweises behaupten nun Puchta[5] und andere weiter, daß die *numeratio* nicht den Charakter einer Dosbestellung habe, da diese schon durch die *promissio* erfolgt sei, jene mithin nur den Charakter der *solutio* habe. Eine entschieden andere Auffassung finden wir unter den neueren bei Brinz.[6] Er sagt, durch *promissio dotis* werde mit nichten die durch die *promissio* erzeugte Forderung, sondern es werde das Versprochene (die versprochenen körperlichen oder unkörperlichen Sachen) Gegenstand der Dos. In dieser Fassung schießt meines Erachtens die Auffassung Brinz' etwas über das Ziel hinaus. Zunächst ist die Forderung *in dote.* Das beweist gleich die erste der von ihm angeführten Stellen: l. 49 D. de iure dot. 23, 3. Hier ist gesagt, wenn der Ehemann dem *promissor dotis* die aus der *promissio* entstandene *obligatio* durch *acceptilatio* erlasse, so sei dies so gut, als wenn er die versprochene *pecunia* empfangen habe, diese sei dadurch *in dote.* Vor der der Zahlung gleichstehenden *acceptilatio* war also nicht die versprochene *pecunia*, sondern die Forderung *in dote.* Andererseits wird Brinz' Auffassung meines Erachtens dem Wesen der *numeratio dotis* viel gerechter, als Puchta und die, welche mit ihm eines Sinnes sind. Führt man Puchtas An-

[1] L. 23 D. de i. d. 23, 3. [2] Com. in lib. XI. Quaest. Pap. ad l. 7 D. sol. matr.
[3] Donellus Comm. iur. civ. Lib. XIV cap. 4. Glück, Pandekten XXIV, S. 488.
[4] Güterrecht des Ehegatten S. 266 ff. [5] Pandekt. u. Vorles. § 415.
[6] Lehrb. d. Pandekten II, 2, S. 1252. 1258.

sicht streng durch, so ist das durch die *promissio* Versprochene nach geschehener *numeratio* nicht *in dote*, weil dahin von Anfang an der Wille der Parteien ging, sondern deshalb, weil es an die Stelle von etwas, was *in dote* war, getreten ist. So würde es in der That z. B. aufzufassen sein, wenn der Mann ein *nomen in dotem datum* mit Erfolg eingeklagt hätte: die beigetriebene Summe oder Sache würde an Stelle des *nomen in dote* sein. Wenn aber der Dicent oder Promissor der *dos* die aus der *dictio* oder *promissio* entstandene *obligatio* erfüllt, so ist das zwar einerseits *solutio* dieser *obligatio*, andererseits aber auch Vollendung und Durchführung der Dosbestellung. Sowie der Abschluß des Kaufkontrakts zwar auch schon *emtio* ist, in der Tradition der Ware aber nicht bloß *solutio* der aus dem Kontrakt entsprungenen *obligatio*, sondern auch Vollendung des Kaufs, das *emere*, liegt, so ist auch in dem *numerare dotem* die Vollendung und Durchführung der in der *promissio* und *dictio* bereits liegenden *dotis constitutio* zu sehen. Das *numerare dotem* geschieht nicht bloß *animo solvendi*, sondern zugleich, wenn ich den Ausdruck gebrauchen darf, *dotis perficiendae*. Für die in Quantitäten (*χρήματα*) geschuldete *dos*, zunächst wahrscheinlich nur die durch *dictio* zugesagte, bestand der alte Rechtssatz, daß deren Auszahlung nicht gleich bei Eingehung der Ehe auf einmal gefordert werden konnte, sondern je ein Drittel derselben in drei Jahreszielern (*annua, bima, trima die*) numeriert werden durfte. Daß bei diesen Fristen in republikanischer Zeit das Jahr in dem alten Sinne von zehn Monaten genommen wurde, zeigt die Erzählung des Polyb. 32, 13 von der Großmut des jüngern Scipio Africanus, welcher den Töchtern seines Adoptivvaters die ihnen zukommenden *dotes* statt in drei Jahren, wie es Rechtens gewesen, gleich nach Ablauf von zehn Monaten, also des ersten Jahres, voll ausgezahlt habe.[1] Daß als Jahresmaß dabei, entsprechend dem ältesten römischen Jahr, zehn Monate genommen wurden, zeigt, daß der ganze Satz auf uralter Familiensitte beruhte, mit welcher zugleich jenes von dem ältesten Jahr entlehnte Zeitmaß fortwährend beibehalten und als *annus* bezeichnet war.[1] Der drei *pensiones*, in welchen die *dos* entrichtet wurde, geschieht auch in den Berichten Ciceros ad Atticum in Bezug auf die Ehe seiner Tochter Tullia mit Dolabella Erwähnung.[2] Ob diese gesetzlichen Fristen auch bei jeder *promissio dotis* von seiten eines *extraneus* galten, oder ob hier besondere vertragsmäßige Festsetzungen stattfinden mußten, steht dahin.

Nach den häufigen Erwähnungen in den Quellen zu schließen, muß bei der Bestellung der *dos* häufig die Verabredung hinzugefügt sein, daß statt der hingegebenen Objekte eine bestimmte, bezeichnete, dem Wert derselben entsprechende Schätzungssumme, eine *aestimatio, in dote* sein und eventuell restituiert werden solle. Bevor wir die Frage ins Auge fassen können, wie alt das Geschäft der *res in dotem aestimatae datae* etwa sei, ist die Natur desselben etwas näher darzulegen. Es soll statt der bezeichneten Sachen die hinzugefügte *aestimatio in dote* sein, es soll also nicht schlechtweg die bestimmte Summe Geldes, sondern diese als *aestimatio*, als Wert der angegebenen Sachen *in dote* sein. Sollen also auch die Sachen selbst nicht *in dote* sein, so sind sie doch in die *dotis constitutio* hineingezogen, und es kann sein, daß, obwohl die *aestimatio nulla*, also nicht *in dote* ist, darum doch nicht der Dotalbestellungsakt ungültig ist und also die

[1] Über eine weitere nicht durch Rechtssatz auferlegte, sondern nur der Sitte nach beobachtete Verpflichtung bezüglich der Herausgabe der *supellex* berichtet gleichfalls Polyb. a. a. O. Vgl. Huschke, Das alte röm. Jahr. S. 20, A. 40.

[2] Vgl. noch Cic. ad Att. XI, 2. 3. 4, 23. 24. 25.

in diesen hineingezogene Sache, da die *aestimatio* nicht an ihre Stelle treten kann, *in dote remanebit.*[1] Ist die *aestimatio* dagegen gültig, so soll der Mann die Sache als freies, dem Dotalzweck nicht weiter unterliegendes Eigentumsobjekt erhalten und eventuell nicht diese, sondern nur die *in dote* befindliche *aestimatio* zu restituieren brauchen.[2] Der hauptsächlichste praktische Zweck dieses Geschäfts war der, zu erreichen, daß die Frau nicht die Gefahr der dem Manne übergebenen Sachen zu tragen habe; die Frau, nicht der Mann, hat also das nächstliegende und praktisch wichtigste Interesse an dieser Gestaltung des Dotalbestellungsaktes, wie auch Ulpian in l. 10 pr. D. de iure dot. 23, 3 geradezu sagt: *Plerumque interest viri res non esse aestimatas idcirco, ne periculum rerum ad eum pertineat etc.* Der Mann aber hatte den Vorteil der freien, durch den Dotalzweck nicht beeinträchtigten Disposition. Frugen sich die römischen Juristen, wie sie diesen Ästimationsvertrag juristisch aufzufassen hätten, so mußten sie fast notwendig dazu gelangen, ihn unter den Begriff des Kaufs zu subsumieren. Das ist geschehen. Ulpian sagt mit aller Entschiedenheit, daß in dem Moment, wo die *aestimatio rerum perficitur,* nämlich in dem Moment der Eheschließung, *„fit vera venditio".*[3] Allerdings fällt das Geschäft nicht allein unter den Gesichtspunkt des Kaufs, es ist auch Dotalbestellung, es ist also, wie derselbe Jurist sagt, *non simplex venditio sed dotis causa.*[4] Namentlich Czyhlarz[5] sucht eine andere Auffassung zu begründen; nach ihm ist eine wirkliche *venditio* in unserem Ästimationsvertrage nicht enthalten, er charakterisiert das ganze Geschäft als eine *datio dotis* mit einem die Ästimation enthaltenden *pactum adiectum.* Das letztere ist entschieden zu bestreiten, die auf die *aestimatio* bezügliche Verabredung ist kein bloßes, zu der Dotalbestellung hinzutretendes *pactum adiectum*, nur die später zu besprechende *aestimatio taxationis gratia* ist ein solches *pactum adiectum.* Die *aestimatio venditionis gratia* ist kein gewöhnliches *pactum adiectum*, es ist eine eigentümliche Gestaltung des Dotalbestellungsaktes selbst, eine denselben nicht in Nebenpunkten, sondern in wesentlichen Punkten eigentümlich gestaltende Verabredung, der *contractus* ist, wie in einem Reskript Diokletians und Maximians gesagt wird, *per pactum quod doti insertum est formatus.* Von jener Anschauung ausgehend sagt Czyhlarz,[6] man dürfe, wenigstens nach klassischem Recht, nicht annehmen, daß auch schon die Konstituierung der *dos aestimata* durch den bloßen Konsens erfolgen konnte. Was als gültiger Bestellungsakt anzusehen sei, könne nur nach den Grundsätzen des Dotalrechts beurteilt werden, nur auf die bereits rechtsgültig bestehende *constitutio dotis* würden die Grundsätze des Kaufs angewandt. Nur soviel ist hiervon richtig, daß, da die vorliegende *venditio dotis causa* geschieht, die *aestimatio* und *venditio* nicht eher als perfekt gilt, als bis die Ehe zustande gekommen und damit eine *dos* möglich geworden ist. Ist also die *aestimatio* schon vor Eingehung der Ehe verabredet, so trägt sie, wie jede der Eingehung der Ehe vorausgehende Dotalbestellung, die Bedingung in sich: *si matrimonium fuerit secutum*, sie ist also zunächst nur eine *conditionalis venditio.*[7] Ist diese *venditio* mit Eintritt der Bedingung, also Eingehung der Ehe,

[1] L. 12 pr. D. de i. d. 23, 3.
[2] L. 10, l. 12 § 1, l. 15, l. 69 § 8 D. eod. tit. L. 10 C. eod. tit. L. 53 § 1 D. de don. i. v. e. u. 24, 1. L. 51 D. sol. m. 24, 3.
[3] L. 10 §§ 4 u. 5 D. de i. d. 23, 3. L. 3 D. locati 19, 2.
[4] L. 16 D. de i. d. 23, 3. [5] A. a. O. S. 153. [6] A. a. O. S. 155.
[7] L. 10 §§ 4 u. 5 D. de i. d. 23, 3.

perfekt geworden, so muß man konsequenterweise dem Manne auf Grund der bloßen Verabredung, daß die bezeichneten Sachen zu der und der *aestimatio in dote* sein sollen, eine *actio emti* auf Überlieferung der Sachen geben, sowie von diesem Moment die *aestimatio in dote* ist. Es ist, was die in dem Akt liegende Dotalbestellung anlangt, nicht als eine *promissio,* sondern als eine *datio dotis* anzusehen, welche ja je nach dem Objekt derselben auch durch einen bloßen Vertrag perfekt werden kann. Daß das Geschäft ein Kauf ist, zeigt sich in dem Übergang der Gefahr der Sachen auf den Mann, sobald die *aestimatio* perfekt geworden ist, sowie darin, daß ihm von demselben Moment an auch das *commodum* der ästimierten Sachen zufällt;[1] ferner darin, daß er, wenn die Sachen dem Besteller der *dos* nicht gehörten, dieselben *pro emtore,* nicht *pro dote,*[2] ersitzen und darin, daß er, wenn sie ihm evinciert werden, mit der *actio emti,* bezw. bei eingegangener *stipulatio duplae,* die auch hier vorkommt, mit der aus dieser entspringenden Klage gegen den Besteller der *dos* klagen kann.[3] Die *dotis causa,* welche aber diesem Kauf innewohnt, macht sich darin besonders geltend, daß die *aestimatio* eine *iusta* sein muß. Ist die *aestimatio* für einen von beiden Teilen unbillig, also zu niedrig oder zu hoch, so ist sie ungültig, die übergebene Sache ist dann also *in dote,* doch kann der Mann, wenn die *aestimatio* zu niedrig war, demnächst auch die *iusta aestimatio* anbieten.[4] Der Dotalzweck des Geschäfts macht sich auch in der Natur des Anspruchs der Frau geltend: während bestehender Ehe kann sie die *aestimatio,* welche *in dote* ist, nicht verlangen, und nach Auflösung der Ehe kann sie sie aus demselben Grunde wohl nur mit der *actio de dote,* auf welche die dotalrechtlichen Grundsätze Anwendung finden, verlangen. Auf seiten der Frau tritt also die dem Geschäft innewohnende *dotis causa* stärker hervor, als auf seiten des Mannes. Nicht aber ist die Sache so aufzufassen, als ob der Besteller der *dos* dem Manne die Zahlung des Kaufpreises erlassen und er die betreffende Summe als einen ihm erlassenen Kaufpreis zurückzuerstatten habe. Ausdrücklich ist in l. 5 C. de iur. dot. 5, 12 gesagt: *summae velut pretii debitor efficitur,* und immer heißt es, daß die Frau demnächst die *aestimatio* verlange (*petere*), nicht zurückverlange, und der Mann sie prästiere, nicht etwa zurückgebe. — Auf den alternativen Ästimationsvertrag ist hier nicht weiter einzugehen.

Eine *aestimatio* kann aber auch zu anderem Zweck hinzugefügt werden. Es kann die Absicht sein, daß die hingegebenen Sachen selbst *dotales* sein und eventuell zurückgegeben werden sollen, die *aestimatio* aber der von vornherein festgesetzte Wert sein solle, der dem Rückempfänger der *dos* zu entrichten ist, wenn der Mann die Dotalsache selbst, ohne daß er von der Verpflichtung zur Zurückgabe befreit wäre, nicht zurückgeben kann.[5] Hier ist der Rückempfänger von dem Beweise des Werts der Sachen, sowie von dem Beweise, daß den Mann ein prästables Verschulden getroffen habe, frei (s. g. *dos taxationis gratia aestimata*). Die Beredung der *aestimatio* ist hier ein reines *pactum adiectum* zu der Dotalbestellung. Endlich kann auch eine *aestimatio* in dem Sinne verabredet werden, daß diese statt der hingegebenen Sachen *in dote* sein, dann aber noch ein *pactum* hinzugefügt werden, daß nicht die *aestimatio,* sondern Sachen, wie die hingegebenen, die zu der *in dote* befindlichen *aestimatio* geschätzt seien, zurück-

[1] L. 10 pr. § 1, l. 12 § 1, l. 18 D. eod. tit.
[2] L. 2 D. pro emtore 41, 9. Fr. Vat. § 111.
[3] L. 16 D. de i. d. 23, 3.
[4] L. 12 § 1, l. 6 § 2 D. eod. tit.
[5] L. 50 D. soluto matr. 24, 3. L. 66 § 2 D. eod. tit. L. 21 C. de i. d. 5, 12.

gegeben werden sollen.[1] Diesen von der gewöhnlichen *aestimatio dotis* abweichenden Vertrag hält Bechmann für das ältere Verhältnis.[2] Dagegen hat sich Czyhlarz[3] mit Recht erklärt. Es liegt hier in der That zunächst die gewöhnliche *aestimatio dotis* vor, und die *aestimatio* ist auch das eigentliche Dotalobjekt. Diesem Ästimationsvertrag ist aber ein *pactum adiectum* hinzugefügt, daß nicht das eigentliche Dotalobjekt, sondern zu dieser Summe geschätzte Sachen gleicher Art wie die hingegebenen zurückgegeben werden sollen, es ist also nur eine auf die Solutio der Dotalobligation bezügliche Verabredung. — Fragen wir nun, wie alt das Verhältnis der *res in dotem aestimatae datae* sei, so führen uns die Digestenstellen wenigstens soweit, daß Labeo[4] und Mela[5] das Verhältnis schon als ein ganz bekanntes erwähnen. In Erwägung der praktischen Bedürfnisse, denen der Ästimationsvertrag abhelfen sollte, dürfen wir aber annehmen, daß er beträchtlich älter war. Ein *rem aestimatam dare* zu anderem praktischen Zweck erwähnt bereits Plautus. In den captivi II, 2 v. 92 ff. wird zwischen Hegio und Tyndarus verabredet, daß jener diesem einen *servus aestumatus* übergebe, um ihn *sua fide* zu einem bestimmten Zweck zu Tyndarus' fernen Vater zu schicken, mit der Beredung, daß, wenn der Sklave nicht zurückkehre, Tyndarus dem Hegio die festgesetzte *aestimatio* für jenen zahle. Die *aestimatio* wird nicht durch eine Stipulation ausbedungen, sondern es ist mit der Hingabe des Sklaven eine einfache Verabredung verbunden (II, 3, 18 ff.: *Nunc ita convenit inter me atque hunc, Tyndare, ut te aestumatum in Alidem mittam ad patrem: si non rebitas, huic ut viginti minas dem pro te;* v. 35: *Dicito patri, quo pacto mihi (nunc) cum hoc convenerit de huius filio).* Fragen wir, um was für ein Geschäft es sich hier handelt, so kann es nur das auch in den Digesten zweimal erwähnte[6] *commodatum aestimatum datum* sein. Von dem Herrn wird der Sklave dem andern zu einem bestimmten Gebrauch *fide* des Empfängers übergeben und dabei die *aestimatio* verabredet. In einer der beiden Digestenstellen wird von der *dos aestimata* auf das *commodatum aestimatum* übergegangen *(nec aliud in commodato aestimato dato observari solet).* Wie das *commodatum aestimatum datum* schon zu Plautus' Zeit etwas Gebräuchliches war, ebensogut kann dasselbe bezüglich der *dos aestimata* der Fall gewesen sein.

Indem wir die Veränderungen, welche die *dos* während ihres Bestehens durch *permutatio* sowie zufällige Umstände erleiden kann, der dogmatischen Darstellung überlassen, wenden wir uns zu den Schicksalen der *dos* nach Auflösung der Ehe, welche der historischen Betrachtung ein reichlicheres Material bieten. Bei der Ehe mit *manus* verblieb beim Tode der Frau die *res uxoria* dem überlebenden Gewalthaber, beim Tode des letztern aber nahm die ihn überlebende Frau als *quasi sua* mit den *sui* und *suae* an der gesetzlichen Erbfolge in sein ganzes Vermögen teil,[7] die eingebrachte *res uxoria* hatte also auch in diesem Falle keine besonderen Schicksale. Nur wenn der Gewalthaber als *iudex domesticus* die Ehe wegen eines Verschuldens der Frau schied, mußte in Frage kommen, was nun, da die Frau auch aus der *familia* des Mannes entlassen wurde, aus der *dos* werden sollte. Darüber giebt Auskunft ein von Gellius X, 23 erhaltenes Fragment aus einer Rede Catos de dote: *Vir, cum divortium fecit, mulieri iudex pro censore est; imperium quod videtur habet. Si quid*

[1] L. 66 § 3 D. sol. m. 24, 3. L. 18 D. de i. d. 23, 3. [2] A. a. O. II, 215.
[3] A. a. O. S. 162, A. 6. [4] L. 32 pr. D. de p. d. 23, 4. [5] L. 12 § 3 D. de p. d. 23, 4.
[6] L. 5 § 3 D. commodati 13, 6. L. 7 § 5 D. de don. int. v. e. u. 24, 1.
[7] Gai. II, 139. 159. Collat. XVI, 2, 3.

perverse taetreque factum est a muliere, multatur; si vinum bibit, si cum alieno viro probri quid fecit, condemnatur. Man muß durchaus denen beistimmen,[1] nach welchen der in dieser Stelle erwähnte *iudex* der Ehemann ist, der eben als Inhaber der *manus* ein *iudicium domesticum* über die Ehefrau, welche sich vergangen hat, abhalten kann und an den Ausspruch der Scheidung ein dadurch notwendig gewordenes weiteres Urteil, wie es mit der *dos* werden solle, knüpft. Als solcher *iudex domesticus* hat der Ehemann ein freies Ermessen *(imperium quod videtur habet).* Ohne dieses aufzuheben, schrieb ihm doch die Sitte gewisse Grenzen, innerhalb deren er sich zu halten hatte, vor. Je nachdem das Vergehen der Frau ein leichteres oder schwereres ist, soll sie leichter oder schwerer an der *dos* gestraft werden. Die leichtere Strafe wird durch *multari,* die schwerere durch *condemnari* bezeichnet. Nach altrömischer Anschauung muß eine zu verhängende Mult sich unter der Hälfte des Vermögens halten *(dum minoris partis familias taxat),* so soll auch der Mann, wenn von der Frau nur *perverse taetreque quid factum est,* sie an der *dos* multieren, d. h. ihr weniger als die Hälfte derselben entziehen. Hat sie aber die in Bezug auf die Ehe schwersten Vergehen begangen, so kann sie kondemniert werden, d. h. es kann ihr mehr als die Hälfte der *dos* bezw. die ganze *dos* aberkannt werden. Aus dieser ganzen Darstellung des Cato geht aber klar genug hervor, daß, was der Mann der Frau bei der Scheidung von der *dos* zuwies, keineswegs eine bloße Gnadengabe war. Als Richter, der zwar ein freies Ermessen hatte, aber doch in der angegebenen Weise durch von der Sitte gezogene Grenzlinien gebunden war, erkannte der Mann, was die Frau zur Strafe von der *dos* verlieren solle, was ihr andererseiits von diesem von ihr eingebrachten Vermögen bei ihrem Ausscheiden aus Ehe und *familia* zurückzugeben sei. Dagegen entbehrte man völlig einer Richtschnur, nach welcher zu verfahren war, seitdem die Ehemänner als Inhaber der *manus* die Ehen schieden ohne irgend welches Verschulden der Frau, aus irgend welchem andern Grunde. Da solche Fälle in den früheren Zeiten nicht vorgekommen waren, so mochten egoistische Männer die Unsicherheit, wie hier zu verfahren sei, benutzen, um wenigstens einen Teil der *dos* sich zuzuerkennen, während sie, wo es an jedem Verschulden der Frau mangelte, die ganze *dos* hätten herausgeben sollen. Noch mehr mußte sich das Bedürfnis einer Regulierung des Dotalrechts zeigen, seitdem die Ehen ohne *manus* als *iusta matrimonia* anerkannt waren, Ehen, welche nun frei von der einen Seite sowohl, wie von der andern aufgekündigt werden konnten. Hier mußten ferner die Fragen irgendwie gelöst werden, wie es mit der *dos* beim Tode des Mannes oder der Frau werden solle, Fragen, welche, solange jede *iusta uxor* in der *familia* des Ehemannes sich befand, gar nicht aufgetaucht waren. Sollte auch bei der Ehe ohne *manus* die *dos* beim Tode der Frau dem Manne verbleiben? Noch mehr, sollte beim Tode des Mannes die *dos* dessen Erben verbleiben, obwohl die Frau, die nicht in der *manus* stand, gar nicht an der gesetzlichen Erbfolge in das Vermögen ihres Mannes teilnahm? Daß jeder Ehemann billig genug denken werde, seiner Frau wenigstens die *dos* zurückzuvermachen, war nicht anzunehmen. Es handelte sich darum, den Frauen einen Rechtsanspruch zu ver-

[1] Nachweisungen über die Vertreter der verschiedenen Ansichten bei Rein, Privatrecht S. 418, A. 2. Nicht auf das *iudicium domesticum* beziehen ferner Catos Äußerung Rudorff, Röm. Rechtsgesch. II, S. 381, A. 9; Bechmann, Dotalrecht I, S. 74. Richtig beziehen die Stelle auf den Mann als *iudex domesticus* Voigt, Lex Maenia S. 24, A. 31 und Czyhlarz, a. a. O. S. 37, A. 16.

schaffen. Dem Bedürfnis, den Frauen für den Fall einer durch sie nicht verschuldeten Scheidung Anspruch auf Rückgabe der *dos* zu verschaffen, welches auch bei den Ehen mit *manus* sich fühlbar gemacht hatte, scheint zuerst der Lebensverkehr unmittelbar selbst abgeholfen zu haben. Es sind darauf jene *cautiones rei uxoriae* zu beziehen. Gellius N. A. IV, 3 erwähnt sie in Verbindung mit den *actiones rei uxoriae;* es sei überliefert, daß es etwa 500 Jahre lang nach der Gründung Roms weder *rei uxoriae actiones* noch *cautiones* in Rom und Latium gegeben habe. Der von Gellius citierte Jurist Servius Sulpicius spricht nach jenem Bericht in dem liber de dotibus nur von *cautiones rei uxoriae*, welche sich nach der Scheidung des Spurius Carvilius Ruga notwendig gemacht hätten. Es ist vor allem zu fragen, was unter den nur hier unter diesem Namen erwähnten *cautiones rei uxoriae* zu verstehen sei. Man versteht darunter allgemein Stipulationen auf Herausgabe der *dos* bei Scheidung der Ehe. Auch Bechmann,[1] der meines Erachtens mit vollem Recht die Stelle des Boethius ad Cic. Top. c. XVII § 66 heranzieht, denkt an eine bei Bestellung der *dos* unter den Ehegatten abgeschlossene Stipulation des Inhalts, *ut si inter virum et uxorem divortium contigisset, quod aequius melius esset, apud virum maneret, reliquum dotis restitueretur uxori.* Die Fassung der Stipulation müßte jedenfalls eine andere gewesen sein, eine auf Leistung an die Frau gerichtete Stipulation derselben mit dem Mann könnte formell nicht dahin gelautet haben, *ut, quod aequius melius esset, apud virum maneret.* Aber es scheint mir überhaupt nicht festzustehen, daß unter der *cautio rei uxoriae* eine Stipulation zu verstehen sei. Wenn auch gewöhnlich durch das Wort *cautio* eine Stipulation bezeichnet wird, so kann darunter doch überhaupt eine Bestimmung, eine Verabredung, namentlich eine solche, welche in einer Urkunde, wie in den *instrumenta dotalia* getroffen ist, verstanden sein (vgl. z. B. l. 27 D. depositi 16, 3). Die Stelle des Boethius, welche keineswegs mit Czyhlarz[2] nur für einen Versuch zu halten ist, das in der Formel der *actio rei uxoriae* vorkommende *„aequius melius“* durch die bei der Bestellung der *dos* obwaltende Intention der Parteien zu erklären, sondern, wie andere Mitteilungen des Boethius, aus der Schrift eines Rechtsgelehrten, wie Dirksen[3] sehr wahrscheinlich gemacht, aus Paulus' Institutionen entlehnt ist, spricht offenbar von der *cautio rei uxoriae,* bezeichnet dieselbe aber nicht als eine Stipulation. Die hierher gehörigen Worte sind: *Quae quidem dos interdum his conditionibus dari solebat, ut, si inter virum uxoremque divortium contigisset, quod melius aequius esset, apud virum remaneret, reliquum dotis restitueretur uxori, id est ut, quod ex dote iudicatum fuisset melius aequius esse, ut apud virum maneret, id vir sibi retineret; quod vero non esset melius aequius apud virum manere, id uxor post divortium reciperet.* Der hier gebrauchte Ausdruck: *his conditionibus dari solebat* deutet nicht auf eine formelle Stipulation, sondern auf eine etwa in die *instrumenta dotalia* aufgenommene Verabredung. Nicht in allen Fällen einer Dotalbestellung, sondern *interdum* soll die Hinzufügung jener Verabredung Brauch gewesen sein. Man darf nach dem Inhalte derselben annehmen, daß sie nur zu Gunsten der Frau selbst oder allenfalls ihres Vaters (bei der Bestellung der *dos profecticia*) vorkam. Wollte der eine *dos* bestellende *extraneus* sich den Rückfall vorbehalten, so gab es zu diesem Behufe nur das Mittel einer ge-

[1] A. a. O. S. 72. [2] A. a. O. S. 40.

[3] Auszüge aus den Schriften der röm. Rechtsgelehrten, übertragen in d. Werke des Boethius, in d. hinterlass. Schriften, herausgeg. v. Sanio I, S. 166 ff.

wöhnlichen *stipulatio de reddenda dote.* Jene Verabredung ist meines Erachtens zunächst nur bei Eingehung einer Ehe ohne *manus* vorgekommen, bei welcher nicht durch ein *iudicium domesticum* weder des Ehemannes, der keine *manus* hatte, noch des Gewalthabers der Frau, welcher nicht über Ansprüche des Mannes zu entscheiden das Recht besaß, über das Schicksal der *dos* bei einer Scheidung entschieden werden konnte. Es handelte sich darum, durch solche Verabredung zwischen dem Besteller der *dos* und dem Mann eine eventuelle richterliche Entscheidung herbeizuführen. Daß eine solche eventuell eintreten solle, ist zwar in den von Boethius überlieferten Worten der Verabredung nicht geradezu gesagt, aber doch genügend angedeutet. Können sich Frau und Mann demnächst, wie es ja bei einer Scheidung leicht der Fall sein wird, über das, *quod melius aequius esset,* nicht einigen, so muß die Entscheidung darüber ein unparteiischer *arbiter* treffen. Darauf geht auch die von Boethius wahrscheinlich gleichfalls aus seinem juristischen Gewährsmann entnommene Deutung jener Worte *„id est ut, quod ex dote iudicatum fuisset melius aequius esse, ut apud virum maneret, id vir sibi retineret* etc." Auch was für eine Art richterlicher Entscheidung eintreten solle, ist durch die Verabredung bei der Dotalbestellung angegeben. Es handelte sich darum, das freie Ermessen, welches der Mann im *iudicium domesticum* hatte *(imperium quod videtur habet)*, möglichst auch dem *iudex* einzuräumen, welcher auf Grund jener Verabredung zur Auseinandersetzung zwischen Frau und Mann bezüglich der *dos* bei der Scheidung einzusetzen war. Auf die Natur dieses Ermessens wird demnächst bei näherer Betrachtung der *rei uxoriae actio* einzugehen sein. Kam es dann zur Scheidung, so konnte die Frau auf Grund der bei der Dotalbestellung getroffenen Übereinkunft vom Inhaber der Jurisdiktion die Einsetzung eines *arbiter* begehren, der zwischen ihr und dem Mann zu entscheiden hatte, was ihm von der *dos* etwa zu verbleiben, was er davon ihr zurückzugeben habe. Bei den Ehen mit *manus* werden nun bald (der Zeitpunkt läßt sich natürlich nicht genauer bestimmen) die *iudicia domestica* auch abgekommen sein, später findet sich wenigstens keine Spur mehr davon. Da für die Frau aus jener Verabredung ein Anspruch erst nach Scheidung der Ehe hervorgehen sollte, so stand die Begründung der *manus* über sie der Wirksamkeit derselben nicht im Wege. Da später der *cautiones rei uxoriae* nicht mehr Erwähnung geschieht, so dürfen wir annehmen, daß es hier wie in ähnlichen Fällen ergangen ist. Als die Abschließung jener *cautio* eine allgemeine und feste geworden war, stieß man sich nicht mehr daran, wenn die Verabredung im einzelnen Fall nicht getroffen war, der Magistrat gewährte dennoch bei Scheidung der Ehe den *arbiter rei uxoriae.* So wurden sie allmählich überflüssig und kamen ab. Doch ist dann beim Aufkommen des Formularprozesses wohl die *formula* der *actio rei uxoriae* ganz dem Inhalte jener alten, auch von Juristen eingegebenen *cautiones rei uxoriae* entsprechend abgefaßt worden. Bezüglich der Frage, welche Nachteile gegen die Frau, welche die Scheidung verschuldet hatte, zu verhängen seien, wird sich der *arbiter rei uxoriae* an das gehalten haben, was alter Brauch in den *iudicia domestica* geheiligt hatte. Er wird die Nachteile nach der immer festgehaltenen Unterscheidung zwischen schwereren und leichteren Vergehen abgestuft haben. Falls der Mann die Scheidung verschuldet oder willkürlich erklärt hatte, konnte der *arbiter rei uxoriae* auf Rückgabe der ganzen *dos* erkennen. Hatten sich so Verkehr und Jurisdiktion für den Fall der Scheidung der Ehe bis zu einem gewissen Grade selbst geholfen, so blieben doch noch andere

wichtige Fragen zu lösen. Wie und wann ist das *iudicium de moribus,* welches der Mann gegen die Frau anhängig machen kann, aufgekommen? Wie sind die Sätze über das Schicksal der *dos* bei Auflösung der Ehe durch den Tod des Mannes oder der Frau entstanden? Man könnte zunächst hier auch an Verabredungen bei Bestellung der *dos* denken, aber dem steht entgegen, daß *cautiones rei uxoriae* nur für den Fall der Scheidung der Ehe erwähnt werden und nach Boethius' Bericht sich ihrem Inhalt nach nur auf diesen Fall bezogen. Man könnte weiter an ein selbständiges Vorgehen der Jurisdiktion denken. Dagegen erregt Bedenken, daß, wie gerade der Fall der *cautiones rei uxoriae* zeigt, die Jurisdiktion zunächst nicht, ohne ein Fundament in den Verkehrsbewegungen und damit einen greifbaren Anhaltspunkt für die Rechtsanschauungen des Volkes selbst zu haben, bei so wichtiger Neuerung vorging. Durch solche Erwägungen schon drängt sich die Frage auf, ob nicht in einer bald auf das Aufkommen der *cautiones rei uxoriae* zu setzenden Zeit ein Eingreifen der Gesetzgebung in die Entwickelung des Dotalrechts stattgefunden habe. Stellen wir zunächst fest, was schon in republikanischer Zeit über die Rückgabe beim Tode des Mannes oder der Frau Rechtens war. Es werden einzelne Fälle berichtet, in denen damals schon beim Tode des Mannes die *dos* an die Frau zurückgegeben wurde. So wird in l. 66 pr. D. soluto matrimonio 24, 3 berichtet, daß nach dem Tode des jüngern Gracchus dessen überlebende Gattin Licinia Anspruch auf Rückgabe ihrer *dos* erhob (633 a. u.), welchen der berühmte Jurist Publius Mucius als begründet anerkannte. In diesem Fall war offenbar auf Rückgabe der *dos* die *actio rei uxoriae* angestellt. Aus noch früherer Zeit (594 a. u.) wird berichtet, daß die Erben des L. Aemilius Paulus Macedonicus an die zweite Frau ihres Vaters eine *dos* zurückzuzahlen hatten, deren Betrag kaum aus der Auktion seines beweglichen Vermögens aufgebracht werden konnte.[1] Nach diesen Nachrichten ist nicht zu zweifeln, daß bereits in republikanischer Zeit ein Dotalanspruch, d. h. ein mit *rei uxoriae actio* geltend zu machender Anspruch der Frau auf Rückgabe der *dos* beim Tode ihres Mannes bestand, wenn sich nicht etwa der dritte Besteller die eventuelle Rückgabe der *dos* stipuliert hatte. Es wird aber auch ausdrücklich in l. 44 D. sol. matr. 24, 3 gesagt, daß bereits Cato (mag das nun der Vater oder der Sohn sein) diesen Anspruch der Frau kannte. Solange ein Anspruch der Frau auf Rückgabe der *dos* beim Tode des Mannes nicht bestand, konnte nur das Billigkeitsgefühl des Mannes selbst Abhilfe verschaffen. Dieser Gedanke, daß der Frau billigerweise die *dos* beim Tode des Mannes zurückzugeben sei, lag dem *relegatum dotis* zu Grunde. Später noch wird als Inhalt dieses *relegatum* das betrachtet, *quod actione de dote inerat* (l. 1 pr. D. de dote praelegata 33, 4). Aber eine ungenügende Abhilfe war es: hatte der Mann der Frau nichts hinterlassen, so ging die Frau leer aus. Der rechtliche Anspruch auf Rückgabe muß sich vor der Aufstellung des *edictum de alterutro* ausgebildet haben, dieses setzt ihn voraus. Leider wissen wir über die Zeit der Aufstellung dieses Edikts nichts, wie überhaupt nur ein paar Äußerungen über dasselbe sich erhalten haben. Das Bedürfnis zur Aufstellung desselben muß sich aber recht bald nach der Ausbildung jenes rechtlichen Anspruchs der Frau auf Rückgabe der *dos* beim Tode des Mannes gezeigt haben; denn vor der Aufstellung desselben war es jedenfalls zweifelhaft, ob die Frau die *actio de dote* auf Rückgabe

[1] Polyb. XVIII, 8 u. XXXII, 8. Plut. Aem. Paul. 4. Liv. Epit. 46.

und den Anspruch aus dem Legat nebeneinander durchsetzen könne. — Nichts Neues war es, daß der Mann bei Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau die *dos adventicia* lukrierte. Blieb ihm doch ursprünglich beim Tode der Frau jede *dos*, auch die *profecticia*. Besonderer Feststellung bedurfte der Satz, daß der Mann beim Tode der Frau dem noch lebenden Vater derselben die *dos ab ipso profecta in solatium filiae amissae* zurückzugeben habe. Es ist sicher, daß dieser Anspruch des Vaters schon in republikanischer Zeit existierte, denn der Jurist Servius Sulpicius kennt ihn bereits nach l. 79 D. de iure dot. 23, 3. Auf welche Quelle dieser Anspruch des Vaters zurückgeht, wissen wir nicht; doch ist es unzweifelhaft ein im Civilrecht anerkannter, mit der *actio rei uxoriae* geltend zu machender Anspruch, von Pomponius wird darüber in dem Sabinuskommentar gehandelt (l. 6 pr. D. de i. d. 23, 3), von Paulus unter dem Titel „de re uxoria" (Fr. Vat. § 108). Czyhlarz[1] glaubt die Klage des Vaters, da sie in l. 6 pr. cit. auf das *„jus"* zurückgeführt werde, als ein Produkt der Jurisprudenz ansehen zu müssen, allein das *jure* jener Stelle bedeutet einfach „mit Recht". Und das *„succursum est"* jener Stelle mit der hinzugefügten Motivierung ist, wenn auch nicht notwendig, doch wahrscheinlich auf eine durch eine *lex* gewährte Hilfe zu beziehen. Da ferner sicher schon Cicero[2] *retentiones propter liberos* im Fall der Scheidung bezw. den Wegfall dieser *retentiones* im Fall der Verschuldung der Scheidung durch den Mann kannte, so liegt wenigstens eine große Wahrscheinlichkeit vor, daß auch die Retentionen *propter liberos* gegenüber der Klage des Vaters auf Rückgabe der *dos profecticia* beim Tode der Frau bereits aus der Zeit der Republik stammen. Ob die Fixierung der Abzüge *propter mores* und *propter liberos*, der letzteren im Fall der Scheidung sowohl wie des Todes der Frau in der durch die Rechtsquellen der Kaiserzeit überlieferten Höhe schon durch ein Gesetz aus republikanischer Zeit erfolgt sei, steht allerdings dahin. Daß auch schon in republikanischer Zeit die Rückgabe der fungiblen Bestandteile der *dos* nicht sofort bei Auflösung der Ehe zu erfolgen brauchte, sondern billigerweise dem Manne dafür Fristen gegeben waren, darüber ist man mit Recht allgemein einverstanden. Die Frage ist nur, ob die späteren Fristen, wonach die Rückgabe in drei denen der Numeration entsprechenden Jahresterminen (später allerdings von zwölf Monaten) zu geschehen hatte, schon ältere oder erst durch die *lex Iulia et Papia Poppaea* gesetzlich fixierte sind. Die klassischen Juristen sprechen hier von einem *statutum legibus tempus, tempus legibus datum*,[3] eine Ausdrucksweise, welche besonders gut auf die *leges κατ' ἐξοχήν*, nämlich die *leges Iulia et Papia Poppaea* paßt. Diese können aber sehr wohl nur eine alte Bestimmung wiederholt und daran weitere Bestimmungen angeknüpft haben. Über das Alter des demnächst zu besprechenden *iudicium de moribus mulieris* giebt es keine direkten Nachrichten, es giebt indessen doch Anhaltspunkte für die Annahme, daß es über das Zeitalter des Augustus hinaufreicht. Es werden ein paar dem 7. Jahrhundert d. St. angehörige Fälle erwähnt, in deren einem Cn. Domitius Ahenobarbus als *iudex* im *iudicium de moribus* die Frau wegen Weintrinkens an der *dos* strafte (Plin. H. N. XIV, 13, 14: *Cn. Domitius iudex pronunciavit, mulierem videri plus vini bibisse quam valetudinis causa viro insciente et dote multavit*), in

[1] Dotalrecht S. 48. [2] Top. 4, 19 u. 20.

[3] L. 17 de pact. dot. 23, 4. L. 27 § 2 D. de pact. 2, 14. Vgl. noch l. 24 § 3, l. 60 D. sol. m. 24, 3. L. 17 § 2 D. quae in fr. 42, 8.

deren anderem C. Marius als *iudex* im *iudicium de moribus* und zugleich im *iudicium rei uxoriae mulierem impudicitiae ream sestertio nummo, Titinium summa totius dotis damnavit*[1] etc. Lag wirklich dem *iudicium de moribus* ein demnächst nachzuweisendes Bedürfnis zu Grunde, so muß sich dies schon vor der Augusteischen Zeit, es muß sich nach dem Wegfall der *iudicia domestica* gezeigt haben. — Es giebt also eine ganze Zahl positiver Bestimmungen über das Schicksal der *dos* bei Auflösung der Ehe, welche mit Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit schon in die Zeit der Republik versetzt werden können. Daß diese dem Civilrecht angehörigen ganz positiven Bestimmungen durch die Jurisprudenz und Rechtsprechung zur Geltung gekommen seien, ist nicht wahrscheinlich; mehr spricht dafür, daß sie auf einem Gesetze beruhten. Durch Gellius ist ein früher mitgeteiltes Fragment aus einer *oratio* Catos *de dote* überliefert, in welchem Cato schildert, wie der Mann als *iudex domesticus* bei der Scheidung der Ehe (mit *manus*) rücksichtlich der *dos* erkennt. Es liegt nahe, daß diese Rede bei Gelegenheit der Verhandlungen über einen das Dotalrecht betreffenden Gesetzentwurf gehalten ist. M. Voigt[2] hat nachzuweisen gesucht, daß eine *lex Maenia de dote* vom Jahre 568 eine Reform des bisherigen Dotalrechts bewirkt habe. Zuzustimmen ist ihm meines Erachtens in der Annahme, daß ein in die Zeit Catos fallendes Gesetz wichtige Bestimmungen über das Dotalrecht getroffen hat. Daß es aber gerade eine *lex Maenia* vom Jahe 568 a. u. gewesen sei, kann ich nicht als erwiesen erachten. Das *iudicium de moribus* dürfte durch das in Frage stehende Gesetz eingeführt sein,[3] damit der Mann, welcher bisher bei den *iudicia domestica* der Frau gegenüber eine so hervorragende Stellung eingenommen hatte, bei der Ehe ohne *manus*, bezw. nach Abkommen der *iudicia domestica* auch bei der Ehe mit *manus* sich nicht in einer ungünstigern Position, als die Frau, befinde. Die *actio rei uxoriae* aber wird durch jene unbekannte *lex* auf andere Fälle der Auflösung der Ehe, als durch Scheidung, ausgedehnt sein.

Da das *iudicium de moribus* schon vor Justinian außer Gebrauch gekommen war und von ihm zudem noch ausdrücklich abgeschafft ist, so finden sich begreiflicherweise in den Justinianischen Rechtssammlungen nur sehr wenige Äußerungen über dasselbe. Von Gaius[4] wird es ausdrücklich als *iudicium de moribus mulieris* bezeichnet, und in keiner der dasselbe betreffenden Äußerungen findet sich eine Hindeutung darauf, daß es auch der Frau gegen den Mann zugestanden habe, die *actio rei uxoriae* reichte für jene vollständig aus. Aus Gaius ersehen wir ferner, daß dieses *iudicium* keineswegs ein bloßes *praeiudicium*[5] war, sondern auf eine *condemnatio* ging, da die Beklagte dabei dem Kläger die *cautio iudicatum solvi* zu stellen hatte. Die Verpflichtung der Frau zur Stellung dieser *satisdatio* war im prätorischen Edikt erwähnt,[6] mag aber wohl schon vorher gesetzlich angeordnet gewesen sein. Die schwierigste Frage in Bezug auf unser *iudicium* ist die, welches Bedürfnis die Aufstellung eines

---

[1] Val. Max. VIII, 2, 3.

[2] Die *lex Maenia de dote* vom Jahr 568 d. St. i. d. Festschr. zu G. F. Hänels 50jähr. Doktorjubiläum. Weimar 1866.

[3] Ob freilich die Äußerung in l. 11 § 2 C. de repudiis über das *iudicium de moribus*, „*quod antea quidem in antiquis legibus positum erat*" darauf bezogen werden darf, steht dahin.

[4] Gai. IV, 102. [5] So vermutet Keller, Institut. S. 186.

[6] Gaius sagt a. a. O.: *Quodsi proprio nomine aliquis iudicium accipiat in personam, certis ex causis satisdare solet, quas ipse praetor significat.*

besondern *iudicium de moribus mulieris* veranlaßt habe, da der Mann ja die *dos* innehatte und durch Retention gegenüber der *actio rei uxoriae* den Abzug von der *dos* wegen der *mores* der Frau erreichen konnte. Man hat daher wohl angenommen, das *iudicium de moribus* sei dazu bestimmt gewesen, eine vom Richter arbiträr zu bemessende Strafe beizutreiben, welche sich noch zum Verlust der *dos* gesellte und auf dem Sondervermögen der Frau lastete.[1] Nirgends aber findet sich auch nur die geringste Andeutung davon, daß die Frau, weil sie die Ehescheidung verschuldet hatte, an ihrem Sondervermögen gestraft wurde, während in einzelnen Quellenstellen die Beziehung zur *dos* allerdings hervortritt. So wird in l. 1 C. Th. de dotibus 3, 13, also unter der Rubrik *de dotibus*, die *de moribus actio* genannt, sodann wird in l. 5 pr. D. de pact. dot. 23, 4 gesagt, daß durch ein *pactum dotale* nicht gültig vereinbart werden könne, es solle mit der *actio de moribus* mehr oder weniger als die gesetzliche Strafe eingeklagt werden können, woraus zugleich hervorgeht, daß jene *actio* später wenigstens auf einen gesetzlich bestimmten Betrag ging. Endlich geht aus l. 11 § 3 D. ad leg. Iul. de adulteriis 48, 5 hervor, daß der Ehemann bezw. der Gewalthaber desselben, wenn das *matrimonium culpa mulieris diremptum* sei, *lucrum ex dote petere* könne. Diejenigen nun, welche die *actio de moribus* auf an der *dos* zu verhängende Nachteile gerichtet sein lassen, sagen entweder,[2] der Zweck der Klage sei gewesen, den Retentionsbetrag, welcher bei der Restitution der *dos* aus irgend einem Grunde nicht abgezogen wurde, nachträglich von der Frau hereinzubringen, oder sie verweisen darauf, daß die *dos* bloß *promissa* sein, also möglicherweise noch nicht beigetrieben sein konnte.[3] Immer würde dann aber das *iudicium de moribus* von jeher nur ausnahmsweise haben Platz greifen können, denn daß der die *dos* innehabende Mann gegenüber der Rückforderung der *dos* die Retention nicht gleich geltend machte, oder daß er auf Grund der *dos promissa* nicht Zahlung erlangt hatte, war gewiß nur Ausnahme. Mir scheint der Grund der Einführung des *iudicium de moribus mulieris* folgender gewesen zu sein. Im *iudicium domesticum* hatte der Ehemann, welcher sich von seiner Frau wegen Ehebruchs oder anderer schwerer Vergehen derselben schied, sie nicht bloß an der *dos* gestraft, sondern wohl irgend eine Ehrenstrafe gegen dieselbe verhängt. Darauf weist hin, was nach Gell. X, 23 Cato geäußert haben soll: *M. Cato non solum existimatas, sed multatas quoque a judice mulieres refert non minus si vinum in se, quam si probrum vel adulterium admisissent.* Daß nun vor der lex Iulia de adulteriis dem Mann gegen die Frau, welche die Scheidung durch Ehebruch oder andere Vergehen veranlaßt hatte, nur die *retentio propter mores* gegenüber der *actio rei uxoriae* zugestanden habe, ist kaum glaublich. Das Bedürfnis erheischte, ihm ein Rechtsmittel zu geben, mit welchem er angriffsweise gegen die Frau direkt wegen ihrer *mores* vorgehen konnte. Bei der *actio de dote* kam die Frage der Retention *propter mores* nur als eine einzelne zur Verhandlung, das Urteil lautete auf Rückgabe dessen, was nach erfolgten Abzügen von der *dos* übrig war. Mit einem solchen Urteil konnte dem beleidigten Gefühl des Ehemannes, seinem Anspruch auf Bestrafung der Frau nicht Genüge geschehen, diesem konnte nur Genüge geschehen durch einen richterlichen Ausspruch, dessen hauptsächliche

[1] Dernburg, Kompensation S. 146. Vgl. auch Hasse, a. a. O. S. 182.

[2] v. Tigerström, Das röm. Dotalrecht II, S. 244. Bechmann, a. a. O. S. 89, Anm. Czyhlarz, a. a. O. S. 338. Lenel, Edictum S. 247.

[3] Vgl. Keller, a. a. O. S. 187.

und eigentliche Bestimmung es war, die Frau als Ehebrecherin oder wegen sonstigen Vergehens zu verurteilen, ein Urteil, welches als Strafe nur Herauszahlung einer Quote der *dos* verfügt haben mag, aber Ehrenfolgen für die verurteilte Frau nach sich gezogen haben wird. Dieses *iudicium de moribus* konnte der Ehemann bei Anstellung der *actio rei uxoriae* von seiten der Frau wohl gleich als Gegenklage gegen die Frau anhängig machen, so daß für beide Klagen derselbe *iudex* bestellt wurde, wie es in dem von Marius entschiedenen Fall geschah. Gut stimmt es zu dem hier dargelegten Wesen des *iudicium de moribus*, daß es in l. 5 pr. D. de pact. dotal. 23, 4 als auf eine *publica coercitio* gehend bezeichnet wird. Dieser Strafcharakter desselben zeigt sich vor allem in der strengen Bestimmung, daß die beklagte Frau die *cautio iudicatum solvi (propter genus actionis)* leisten mußte; ferner zeigt er sich darin, daß die *actio* weder aktiv noch passiv auf die Erben überging.[1] Diese Natur der *actio de moribus* läßt auch das Urteil des C. Marius als durchaus begründet erscheinen, welcher die Gattin des C. Titinius, die Fannia (*quam impudicam de industria duxerat, eo crimine repudiatam, dote spoliare conaretur*), auf die *actio de moribus* des Gatten nur zu einem Sesterz verurteilte, weil er erkannt hatte, daß Titinius nur, um die *dos* zu lukrieren, nicht aber um Genugthuung für die erfahrene Schmach zu erhalten, die Klage erhoben hatte. Sie läßt es ferner begreiflich erscheinen, daß, nachdem später die *lex Iulia de adulteriis* dem Ehemann bezw. dem Gewalthaber desselben die Wahl zwischen einer öffentlichen Anklage wegen Ehebruchs und der *actio de moribus* gegen die Ehebrecherin gegeben, Papinian[2] nach Einreichung des *libellus accusationis* das Fallenlassen der *accusatio* und das Zurückgreifen zur *actio de moribus* nicht für zulässig erachtete, weil ein solches Verfahren zeige, daß es dem Kläger nicht an der *vindicta*, sondern nur an dem *lucrum ex dote* gelegen sei.

Die *actio rei uxoriae* entspringt bei Beendigung der Ehe aus einer *obligatio* des Mannes bezw. seiner Erben, eine jede *dos*, deren Rückgabe der dritte Besteller sich nicht durch *stipulatio de reddenda dote* stipuliert (später auch nur formlos ausbedungen) hatte, der gewaltfreien Frau oder dem Gewalthaber und der gewaltunterworfenen Frau gemeinsam oder endlich die *dos profecticia* nach dem Tode der Frau dem Vater resp. väterlichen Ascendenten ganz oder teilweise zurückzugeben. Die *actio* kann, solange der Dotalzweck fortdauert, nicht entstehen; erst wenn dieser Zweck sein Ende erreicht, kann sie zur Entstehung kommen; aber die ihr zu Grunde liegende Haftung, die *obligatio*, kommt bereits mit der *constitutio dotis* zur Entstehung. Die Ansichten der neueren Forscher weichen über diesen Punkt sehr voneinander ab. Einerseits wird behauptet, die Dotalobligation des Mannes entstehe erst mit der Auflösung der Ehe, während der Ehe lasse sich nur eine *futura obligatio* für den Mann behaupten, die Sache stehe so, daß er in einem gewissen Fall kraft des Rechts verpflichtet werden werde.[3] Eine entgegengesetzte Ansicht geht dahin, daß die Dotalforderung sofort mit der Entstehung der *dos* begründet und nur unter gewissen Eventualitäten verloren werde.[4] Eine vermittelnde Meinung nimmt an,[5] während

[1] L. 15 § 1 D. sol. m. 24, 3. L. 1 C. Th. de i. d. 3, 13.

[2] L. 11 § 3 D. de adult. 48, 5.

[3] Bechmann, a. a. O. I, S. 150—194. Ihm ist beigetreten Czyhlarz, a. a. O. S. 213 ff.

[4] Scheurl in d. Krit. Vierteljahrsschr. VI, S. 31 ff. Brinz, Lehrbuch II, 2, S. 1265. Vgl. auch Puchta, Pandekt. § 420.

[5] Scheurl in d. Krit. Vierteljahrsschr. XI, S. 127 f.

der Ehe sei die Obligation des Mannes eine bedingte oder gleich einer bedingten. Die Bedingung sei aber eine Rechtsbedingung, die nämlich, daß die Frau die Ehe überlebe. Die Obligierung des Mannes sei während der Ehe *in suspenso,* der Eintritt der Bedingung mache ihr bisher ungewiß gewesenes Dasein gewiß; sobald die Ehe *viva muliere* getrennt werde, gelte er als stets wirklich obligiert gewesen. Obwohl ich glaube, daß diese vermittelnde Meinung der Wahrheit am nächsten kommt, kann ich doch in der nähern Ausführung mit derselben nicht übereinstimmen. Der Mann ist meines Erachtens ganz sicher und gewiß für verschiedene *casus* obligiert, die *dos* ganz oder teilweise der Frau zu restituieren. Die Obligation des Mannes, sein Gebundensein ist schon während der Ehe nicht *in suspenso,* nur das ist zunächst *in suspenso,* ob diese Obligation zur völligen Reife, zur Perfektion und Wirksamkeit gelangen, d. h. ob sie eine *actio* hervorbringen werde. Erst der Eintritt des einen oder andern *casus,* für welchen der Mann dem Gesetz nach obligiert ist, bringt die bereits existierende *obligatio* zur Perfektion. Tritt keiner dieser *casus* ein, so gelangt die Obligation nicht zur Perfektion, sie bringt keine *actio* hervor, und insofern erlischt sie, aber einen Verlust der Dotalforderung kann man das nicht nennen, weil die *obligatio* nie bis zur Hervorbringung einer *actio* gereift ist. Daß aber die Dotalobligation als Eventualobligation in dem oben dargelegten Sinne schon während der Ehe ganz gewiß existiert, kann man meines Erachtens auch nach den Quellen nicht bezweifeln. Man kann nicht geltend machen, daß den Quellen der Ausdruck *dotis obligatio* oder *ex dote obligatio* für den Zeitraum vor Beendigung der Ehe unbekannt sei; denn sollte dies auch zutreffen, so erklärt es sich ganz genügend daraus, daß die Dotalobligation sich überhaupt erst infolge des Aufkommens der *actio rei uxoriae* ausgebildet hat und durch die für Dauer der Ehe fortbestehende *causa dotis* (in dem früher dargelegten Sinne) verdeckt und in den Hintergrund gedrängt wird. Die *dos* wird aber in verschiedenen Stellen zu den *contractus* gerechnet,[1] und wenn das auch nicht so verstanden werden kann, daß die *dotis constitutio* ein Kontrakt im technischen Sinne, wie *emtio venditio, mutuum, depositum* u. s. w. sei, so wird man jenen Äußerungen andererseits keineswegs gerecht, wenn man damit nur soviel gesagt findet, daß die *dos* eine *causa obligandi* bilde, zu welcher aber noch Scheidung u. s. w. hinzutreten müsse, damit die Dotalobligation erstehe. Jndem die *dos* während ihres Bestehens als ein *contractus* bezeichnet wird, wird sie als eine Obligation bezeichnet, ähnlich den daneben aufgeführten Kontrakts- und Quasikontraktsobligationen. Als solche macht sie sich namentlich darin bemerkbar, daß der Mann wegen während der Ehe vorgekommenen Verschuldens (*dolus* und *culpa*) verantwortlich ist. Dieses Kennzeichen einer Obligation kann man nicht dadurch beseitigen, daß man darauf hinweist, Haftung für *dolus* und *culpa* könne auch schon wegen einer künftigen Obligation vorkommen; denn abgesehen davon, ob diese Behauptung in den dafür angeführten Fällen zutreffe, wird die *dos* in Bezug auf die Haftung für *dolus* und *culpa* neben den anderen *contractus* aufgeführt. Es kann also keinem Zweifel unterliegen, daß die römischen Juristen die Haftung des Mannes für *dolus* und *culpa* schon während der Ehe aus einer bereits bestehenden Obligation desselben herleiten wollen. Man lasse auch für unsere Frage nicht außer acht, daß von Boethius ad Cic. Top. c. XVII

[1] L. 23 D. de reg. iur. 50, 17. L. 1 § 6 D. de pec. constit. 13, 3. L. 5 § 2 D. commodati 13, 6.

§ 66 die *actio rei uxoriae* mit *den conditiones*, den Beredungen in Verbindung gebracht wird, unter denen die *dos dari solebat, ut si inter virum et uxorem divortium contigisset — — — restitueretur uxori*, was sich doch nur so verstehen läßt, daß er, bezw. seine juristische Quelle, aus den *conditiones* eine *obligatio* entspringen ließ.

Die Natur der mit der *dos* für den Mann verknüpften *obligatio* und der daraus für die Frau bezw. ihren Vater entspringenden *actio rei uxoriae* ist eine ganz eigentümliche. Mit Recht hat namentlich Scheurl hervorgehoben, daß hier keine rein vermögensrechtliche, sondern eine familienrechtliche Obligation[1] vorliege, die auf Rechtssätzen beruhe, „welche sich aus der innern Natur des ehelichen Familienrechtsverhältnisses ergeben".[2] So ist es: das zwischen den Gatten bestehende eheliche Verhältnis wirkt auf die Gestaltung der Dotalobligation des Mannes und der zur Geltendmachung derselben bestimmten *actio* auf das Entschiedenste ein. Aufs Höchste muß man die Kunst der Römer bewundern, mit welcher sie das Rechtsverhältnis, das doch auch hier existiert, auf das Taktvollste dem zarten und jedem rauhen Eingreifen der Rechtsordnung widerstrebenden ehelichen Verhältnis anzupassen gewußt haben.

Mehrfach wird von Cicero das *arbitrium rei uxoriae*, wie er es nennt, mit den *bonae fidei iudicia* zusammengestellt,[3] aber zugleich wird es mit der *actio fiduciae* noch als etwas Besonderes vor den gewöhnlichen *bonae fidei iudicia* hervorgehoben unter der Hinweisung, daß sich in der Formel die Worte *aequius melius* fänden. Daß der *arbiter* hier nicht einfach auf die *bona fides*, das *bonum* und *aequum*, sondern auf das *aequius melius* verwiesen wurde, geschah ohne Zweifel absichtlich, wie Cicero durch Hervorhebung jener Worte andeutet und Boethius a. a. O. geradezu ausspricht mit den Worten: *In quo judicio non tantum boni natura spectari solet, verum etiam comparatio bonorum fit, ut non tam quod bonum sed quod melius aequiusque est, id sequendum sit.* Nachdrücklich war damit der *arbiter* auf eine taktvolle Behandlung des konkreten Falles, auf rücksichtsvolle Erwägung der Eigentümlichkeit desselben hingewiesen. In der actio pro Q. Roscio comoedo IV führt Cicero das *arbitrium*, dessen Formel die Worte: *quantum aequius et melius* enthält, als Muster des *mite moderatum* und als äußersten Gegensatz des *iudicium* mit der *intentio: si paret H-S IↃↃↃ dari oportere* an. Wie die Juristen bei der Berücksichtigung der Besonderheit des Falles auf dieses *melius aequius* der Klage verweisen, zeigt eine von Javolen gebilligte Entscheidung des Labeo in L. 66 § 7 D. sol. matr. 24, 3. Während diese Stelle sowie L. 82 D. de solut. 46, 3 im einzelnen Belege dafür bieten, daß auch bezüglich der Frage, ob überhaupt irgend welcher Anspruch auf Rückgabe der *dos* existere, auf das *aequius melius* der Klage zurückgegangen wurde, zeigen die Worte des Boethius ad Cic. Top. c. XVII § 66: — *Nam si viri culpa divortium factum est, aequius melius est, nihil apud virum remanere, si mulieris, aequius melius est, sextans retineri*, daß auch die Retention der bestimmten Quoten von seiten des Mannes auf das *aequius melius* der Klage gestützt wird. Daß nachträglich also durch Sitte bezw. positive gesetzliche Bestimmung die Retentionen des Mannes *propter liberos* und *propter mores* auf feste Quoten gesetzt waren, wodurch dem Ermessen des *arbiter* in Bezug auf das Maß der anzuerkennenden Retentionen Schranken gezogen waren, steht nicht der Annahme ent-

[1] Krit. Vierteljahrsschr. VI, S. 33.
[2] Krit. Vierteljahrsschr. XI, S. 127.
[3] Top. 17, 66. De off. III, 15, 61.

gegen, daß die *intentio* der *actio rei uxoriae* nach wie vor auf *aequius melius* abgestellt war.[1] Wie weit sich auch später noch das sehr freie Ermessen des *arbiter* geltend machen konnte, zeigt l. 10 § 1 D. sol. matr. 24, 3, wonach Proculus unter Zustimmung von Pomponius, falls der Ehemann seine Frau getötet hat, die *dotis actio*, welche ja regelmäßig auf die Erben der Frau bezw. des Vaters derselben nicht übergeht, den Erben der getöteten Frau zuspricht, mit Berufung darauf, es sei nicht *aequum*, daß der Mann die Hoffnung hegen könne, die *dos* wegen seines Verbrechens zu lukrieren. Nach l. 8 D. de capite minutis 4, 5 bezeichnet Gaius die *de dote actio* als *in bonum et aequum concepta* und rechnet den damit geltend zu machenden Anspruch zu den *naturalia iura*, den *obligationes, quae naturalem habent praestationem* und demgemäß durch *capitis diminutio* der Frau, etwa durch Emancipation derselben, nicht untergehen. Das kann er natürlich nur mit Rücksicht darauf, daß in der *intentio*, dem zur Bezeichnung des geltend zu machenden Rechts bestimmten Formelteil, dieses Recht auf die *naturalis aequitas*, das *aequius melius esse* abgestellt war.[2] Daß die *de dote actio* der Regel nach nicht auf die Erben der Frau bezw. ihres Vaters überging, erklärt sich genügend daraus, daß jene eigentümliche familienvermögensrechtliche *causa*, welche zwischen dem Manne und der Frau bezw. ihrem Vater bestand, unlöslich an deren Personen geknüpft war und mit ihnen erlosch. Bei dem *extraneus*, welcher für die Frau eine *dos* bestellt und sich deren Rückgabe durch Stipulation mit deren Manne hatte versprechen lassen, lag eine solche eigentümliche familienvermögensrechtliche Beziehung nicht vor: aus jener Stipulation entsprang ein gewöhnliches Vermögensrecht, welches, wie andere, vererblich war. Nach dem Inhalt der Verabredungen, welche ursprünglich der *cautio rei uxoriae* zu Grunde lagen, sollte die Erwägung des *aequius melius* insbesondere darüber entscheiden, was von der *dos apud virum remaneret*, was an die Frau zurückgegeben werden solle. Es war also die Möglichkeit von durch die Äquität befürworteten Retentionen des Mannes vorausgesehen: der Anspruch der Frau sollte von vornherein nur auf den nach Abzug der von der Äquität befürworteten Retentionen bleibenden Rest der *dos* gehen. Solcher Retentionen haben sich denn durch die Praxis eine ganze Anzahl ausgebildet.

Unter diesen unterscheiden sich die *retentiones propter liberos* und *propter mores* von denen *propter impensas, propter res donatas* und *amotas*. Die letzteren drei werden als solche charakterisiert, *quae ad pecuniariam causam respiciunt*,[3] d. h. einen rein vermögensrechtlichen Anspruch geltend machen und daher auch den Erben des Mannes zustehen. Bezüglich der beiden ersten ist schon früher gezeigt, daß sie schon in republikanischer Zeit vorkamen, und daß die *retentio*

---

[1] Dies gegen Lenel, Ed. perp. S. 243.

[2] Aus der Darlegung des Textes ergiebt sich wohl, daß Lenel's Auffassung (Edictum S. 243), wonach die *rei uxoriae actio* eine *certa intentio* gehabt haben soll, auf *dotem partemve eius reddere oportere*, woran sich glatt und angemessen das Formelstück *quod eius aequius melius erit* angeschlossen habe, verfehlt ist. Abgesehen davon, ob die *universitas* der *dos* unter den Begriff der *certa res* subsumiert werden könne, wird durch Hinzufügung des unbestimmten *partemve* jede Bestimmtheit der *intentio* aufgehoben, und hätte sie noch etwas von solcher Bestimmtheit behalten, so würde das wieder durch das sich daran anschließende *quod eius aequius melius erit* der *condemnatio* völlig illusorisch gemacht. Hat das Formelstück *quid* oder *quod aequius melius erit* vor *aequius* wirklich das Wort *eius* enthalten, so wird sich dasselbe auf die *demonstratio* zurückbezogen haben, welche etwa lautete: *Quod Titia No No marito dotem dedit.*

[3] L. 15 § 1 D. s. m. 24, 3.

propter mores der Koercition wegen geschah, braucht nach dem, was früher über das *iudicium de moribus* gesagt wurde, nicht weiter dargelegt zu werden. Der der *retentio propter liberos* zu Grunde liegende Gedanke ist nicht so unzweifelhaft. Daß die Fixierung der Abzugsquote auf ein Sechstel für jedes Kind — insgesamt höchstens bis zur Hälfte der *dos* — der *lex Julia et Papia Poppaea* zuzuschreiben sei,[1] deren Prinzip, das Kindererzeugen zu belohnen und zu begünstigen, bei diesen Festsetzungen zu Grunde liege, ist nicht wahrscheinlich, ja, was die Grenze der Hälfte der *dos* anlangt, mit Entschiedenheit zu leugnen. Das *retinere propter liberos* kann andererseits nicht so verstanden werden, daß die Kinder irgend ein festes Recht an den mit Rücksicht auf sie abgezogenen Quoten erhielten: dieser Teil verblieb dem Vater. Es ist gewiß die Meinung nicht unrichtig, daß man durch die *retentio propter liberos* auf die dem Manne verbleibende Kinderlast bei einer Verschuldung der Scheidung durch die Frau eine billige Rücksicht genommen habe. Andererseits ist es fraglich, ob es richtig ist, daß man durch diese *retentio* nur jenes wohlbegründete Interesse des Mannes wahren wollte und dadurch keine Strafe der Frau bezweckte? Wenn auch die Wahrung dieses Interesses auf Kosten der Frau vom Standpunkt der letztern aus eine Strafe in sich schließe, sagt Czyhlarz,[2] so dürfe dieser Erfolg doch niemals als der eigentliche Zweck der *retentio propter liberos* hingestellt werden, was schon daraus ersichtlich sei, daß vertragsmäßig eine solche *retentio* auch für die Scheidung *bona gratia* bedungen werden könne. Indessen daraus, daß im Fall des Vorhandenseins von Kindern aus der Ehe durch *pactum dotale* dem Manne Retention auch für den Fall einer Scheidung durch gegenseitige Übereinkunft und über das gesetzliche Maß hinaus eingeräumt werden kann, folgt nichts für den der *retentio legitima propter liberos* zu Grunde liegenden Gedanken. Mit der Rücksichtnahme auf die dem Manne verbleibende Sorge für die Kinder verbindet sich auch hier der Gedanke der Koercition der Frau: die Verschuldung der Scheidung durch die Frau muß gerade in Bezug auf die gemeinsamen Kinder das Gefühl des Mannes verwunden und verlangt gerade in Rücksicht auf diese eine Koercition. Dafür sprechen auch äußere Anhaltspunkte. Einmal sagt Boeth. l. 2 ad Cic. Top. c. 4, 19: *Si quando divortium intercessisset culpa mulieris, parte quadam dotis pro liberorum numero multabatur.* Sodann erklärt sich gerade aus dem Gesichtspunkt der *multa* die Beschränkung der Abzüge *pro liberis* auf höchstens die Hälfte der *dos*: die *multa* darf die Hälfte des Vermögens, welches sie trifft, nicht übersteigen. Weiter werden in L. 15 § 1 D. sol. mat. 24, 3 zu den *retentiones, quae ad pecuniariam causam respiciunt*, nur die *ob res donatas et amotas et impensas* gerechnet und von ihnen gesagt, daß sie auch dem Erben des Mannes zustehen. Ihnen wird die *morum coercitio* gegenübergestellt, welche der Erbe nicht habe. Hier ist die *retentio propter liberos* nicht etwa übergangen, sondern sie ist mit unter der *morum coercitio* begriffen. Endlich ist nicht außer acht zu lassen der geringfügige Betrag der *retentio propter mores*: nach dem uns bekannten Recht wegen *mores graviores* ein Sechstel, wegen *leviores* ein Achtel. Es ist gerade mit Rücksicht auf die Geringfügigkeit dieser Quote nicht zu bezweifeln, daß beide *retentiones*, welche unter den Gesichtspunkt der *morum coercitio* fielen, miteinander konkurrieren konnten. Daß die Quote der *retentio propter mores*, welche mit der, worauf das *iudicium de moribus* gerichtet werden

[1] Dernburg, Kompensation. 2. Aufl. S. 147 f. [2] Das röm. Dotalrecht S. 341.

konnte, zusammenfiel, nicht bedeutend war, erklärt sich aus folgendem Grunde. Das eigentliche Ziel des *iudicium de moribus* war die *vindicta*, der Abzug an der *dos* nur ein Mittel der *vindicta*. Damit das *iudicium* in Wahrheit aber nur zum Zweck der *vindicta*, nicht aus dem egoistischen Motiv, möglichst viel von der *dos* zu lukrieren, gebraucht werde, wurde die Quote der *dos*, welche mit dem *iudicium de moribus* eingeklagt werden konnte, nicht zu hoch angesetzt. Zu erwähnen ist hier noch der merkwürdige Ausspruch Ulpians VI, 11: *Dos, quae semel functa est, amplius fungi non potest, nisi aliud matrimonium sit.* Derselbe Ausdruck *(fungi)*, nur substantivisch, findet sich auch bei Paulus (Consult. V. C. J. 4, 3): *Functio dotis pacto mutari non potest, quia privata conventio iuri publico nihil derogat.* Der Ulpianische Ausspruch schließt sich unmittelbar an die Erörterung der *retentio propter liberos* an, scheint sich also auf diese zu beziehen. *Fungi* hat hier die Bedeutung von „entrichten", ähnlich wie in dem *intributionibus fungi* der L. 22 § 7 D. ad mun. 50, 1. Das *fungi* würde sich also auf das Entrichten der *sextae* der *dos* beziehen. Danach scheint mir der Sinn des Ausspruchs folgender zu sein: Sind bei einer Scheidung die *sextae* entrichtet, ist dann aber nach erfolgter Versöhnung der Gatten die Ehe wieder hergestellt und die durch den Abzug der *sextae* verkleinerte *dos* wieder zurückgegeben, so kann nach einer spätern Scheidung nicht etwa wegen später noch geborener Kinder ein nochmaliger Abzug der *sextae* erfolgen, denn die nach erfolgter Versöhnung wiederhergestellte Ehe galt als dieselbe Ehe, ein wiederholter Abzug der *sextae liberorum nomine* in Bezug auf dieselbe Ehe ist aber nicht zulässig. Auf den Ausspruch des Paulus bezüglich der *functio dotis* wird bei den *pacta dotalia* einzugehen sein.

Was dann die rein vermögensrechtlichen Retentionen anlangt, so kommen solche nach Ulpian zunächst *propter impensas* vor. Bei den römischen Juristen der Kaiserzeit tritt in übereinstimmender fester Formulierung der Satz auf: *Impensae necessariae dotem ipso jure minuunt.*[1] Dieser Satz wird auch wohl eingeführt mit den Worten: *Quod dicitur* u. s. w. Es handelt sich also um eine jener *regulae iuris*, und ist nicht zu bezweifeln, daß auch diese aus der Zeit der Republik herrührt. Die *impensae necessariae* werden als Verwendungen definiert, ohne welche die betreffende Sache untergegangen oder schlechter geworden sein würde, bezw. welche gemacht sind, um einen bereits eingetretenen Schaden wieder gut zu machen.[2] Doch werden zu den unter jene Regel fallenden Impensen nicht die gewöhnlichen Unterhaltungs- und mäßige Reparaturkosten gerechnet, alle Kosten, welche zur *tutela*, zum *tueri* der Sachen gehören, auch nicht die Kosten der Fruchtgewinnung und die regelmäßig von den Grundstücken zu entrichtenden Steuern. Auch müssen die Verwendungen auf die *dos* selbst gemacht sein, andere Verwendungen für die Frau fallen nicht unter unsern Satz. Der Grund aber des Satzes, daß der Betrag der in Frage kommenden Verwendungen von dem Betrage der *dos* abgezogen werden soll, liegt darin, daß die *dos*, wie früher dargelegt wurde, ihrem Kausalmoment nach ein mehr noch der Frau, als dem Mann gehöriges Vermögen ist, und daß gerechterweise die Verwendungskosten von dem Vermögen, für das sie gemacht sind, abgezogen werden müssen.

[1] L. 15 D. de impensis i. r. d. f. 25, 1. L. 61 D. de r. n. 23, 2. L. 1 § 4, l. 2, l. 5 D. de dote pr. 33, 4. L. 5 § 2 D. de p. d. 23, 4. L. 56 § 3 D. de i. d. 23, 3. L. 41 § 1 D. de leg. II (31).

[2] L. 1 § 1, l. 14 pr. D. de impens. 25, 1. Ulp. fr. VI, 15. L. 79 pr. D. de verb. sign. 50, 16. Schol. Sinait. 17. 18, bei Krüger, Collectio libr. i. a. p. 278 sq.

Ausdrücklich wird gesagt, daß das *ipso iure dotem impensis minui* nicht auf die *singula corpora,* sondern auf die *universitas* der *dos* sich beziehe. Besteht diese nun in Geld, wie es auch bei der *dos venditionis causa aestimata* der Fall ist, so macht sich jenes *minui* einfach genug, der Betrag der *impensae necessario in dotem factae* wird von der Summe der *dos* abgezogen. Dieser Abzug geschieht *ipso iure*, es bedarf dazu keiner Handlung oder Willenserklärung. Besteht dagegen die *dos* in anderen Sachen, so scheint man ursprünglich streng daran festgehalten zu haben, daß die *impensae* nur die *universitas* der *dos* treffen sollen, nicht die einzelne Dotalsache, für welche sie gemacht sind. Durch die auf die Dotalsache gemachten Impensen hörte also diese nicht etwa auf, zu irgend einem Teile dotal zu sein, sondern der Mann hatte nur das Recht, auch bei Auflösung der Ehe diese so lange zu retinieren, bis ihm bezüglich des Ersatzes der *impensae* Genüge geleistet war. Streng genommen konnte man also nicht sagen, daß das *minui dotem* hier *ipso iure* geschehe, wie das in den Worten Ulpians in L. 5 pr. D. de impens. 25, 1 ausgesprochen ist: — *ubi ergo admittimus deminutionem dotis ipso iure fieri? ubi non sunt corpora, sed pecunia: nam in pecunia ratio admittit deminutionem fieri.* Immerhin konnte man sich den Geldwert der *dos* als durch den Betrag jener *impensae* gemindert denken und also infolge eines Ersatzes der Auslagen von seiten der Frau ein Wachsen der *dos* annehmen. Paulus teilt in L. 56 § 3 D. de i. d. 23, 3 eine Annahme Scaevolas mit, nach welcher, wenn der Betrag der Impensen den Wert der betreffenden Sache erreicht hätte, die Sache aufhören sollte, dotal zu sein, wenn nicht die Frau freiwillig binnen eines Jahres den Betrag jener Impensen angeboten habe. Worauf stützte Scaevola seine Annahme eines der Frau binnen eines Jahres zustehenden Einlösungsrechts? Die Jahresfrist ist etwas so Positives, daß man meinen sollte, sie könne nur auf eine Rechtsquelle zurückgehen, welche die Kraft zur Aufstellung solcher positiven Sätze hatte. Nicht unmöglich wäre aber auch, daß Scaevola nicht ein gerade für unsern Fall aufgestelltes Gesetz im Sinne hatte, sondern ein für einen andern ähnlichen Fall aufgestelltes analog anwenden wollte. Von welchem einigermaßen analogen Fall konnte Scaevola jenes Jahr entnehmen? Ich finde keine andere Analogie, als die des vor Justinian einjährigen Einlösungsrechts des bisherigen Eigentümers des durch kaiserliches Reskript dem Gläubiger zugesprochenen Pfandes. Wir kommen hier eben nicht weiter, als zur Aufstellung von Fragen. Hätte wirklich der angegebene Fall dem Scaevola vorgeschwebt, so handelte es sich bei seiner Annahme um eine Ansicht, welche erst in der Kaiserzeit aufgestellt werden konnte. Die republikanischen Juristen dürften daran festgehalten haben, daß durch Verwendungen die einzelne Dotalsache nicht aufhören konnte, dotal zu sein, sondern die Verwendungen immer nur die *universitas* der *dos* als solche trafen, also, wenn dieselbe nicht in Geld bestand, nur ein Retentionsrecht des Mannes gegenüber der Dotalklage begründeten. Daß auch wegen *impensae utiles* retiniert werden könne, scheint noch Labeo zu verneinen.[1] Die ursprüngliche Anschauung scheint die gewesen zu sein, daß der Ehemann nur solche für die *dos* gemachte Verwendungen, welche er zu machen der Frau gegenüber verpflichtet war, von dem Wertbetrage der *dos* abrechnen durfte.

Die *retentio propter res donatas* führt uns auf das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten. Natürlich kann dasselbe erst aufgekommen sein,

[1] L. 18 D. de fundo dotali 23, 5.

seitdem die Ehe ohne *manus* als *iustum matrimonium* anerkannt war, denn bei der Ehe mit *manus* waren, da der Mann vermöge seiner *manus* alles durch die Frau erwarb, was diese erwarb, Schenkungen rechtlich unmöglich. Daß bei der Ehe ohne *manus* Schenkungen zwischen Ehegatten zunächst rechtlich zulässig waren, haben Francke[1] und Bechmann[2] aus den uns erhaltenen Bestimmungen der *lex Cincia*[3] geschlossen, wonach *vir et uxor* zu den von den Bestimmungen dieses Gesetzes ausgenommenen Personen gehören. Daraus kann nur entnommen werden, daß zur Zeit dieses Gesetzes Schenkungen unter Gatten noch rechtlich zulässig, ja insofern noch begünstigt waren, daß sie nicht unter die Beschränkungen jenes Gesetzes fallen sollten. Es ist Bechmann durchaus darin beizustimmen, daß „das Schenkungsverbot nur durch die ganz eigentümlichen sittlichen oder, wenn man lieber will, unsittlichen Verhältnisse hervorgerufen werden konnte, wie sie erst in der spätern Zeit der Republik vorhanden waren." Die durch die Geschiedenheit des Vermögens bei der Ehe ohne *manus* hergestellte Möglichkeit von Schenkungen unter Gatten bot, solange ehrbare und gesunde eheliche Verhältnisse in Rom die Regel bildeten, keine Gefahr. Sobald aber in den ehelichen Verhältnissen Laxheit einriß, Mann und Frau in Wahrheit kein Zusammenleben, sondern ein geschiedenes Leben führten, von der Scheidungsfreiheit ein häufiger und frivoler Gebrauch gemacht wurde, stellte die Gefahr sich ein. Bei ehrbarer ehelicher Gesinnung, welche, wie alle Lebensschicksale, so auch das, wenn auch rechtlich geschiedene, Vermögen als für die Gatten in ihrer Vereinigung und die gemeinsamen Kinder bestimmt betrachtet, bedarf es bedeutender Schenkungen unter Gatten nicht, sie haben vielmehr etwas Widersinniges: sie erwecken wenigstens den Schein, als ob der Geber den Empfänger mit der Gabe abfinden, das ihm Gebliebene lediglich für sich behalten, der Empfänger aber das Empfangene für sich allein haben und dem Geber entziehen wolle. Beim Mangel rechter ehelicher Gesinnung wird es bei diesem Schein nicht bleiben. Übermaß sinnlicher Liebe kann den einen Gatten zu maßlos verschwenderischen Gaben an den andern veranlassen, was der andere vielleicht egoistisch benutzt, um jenen auszubeuten. So kann der Bessere, aber Schwache, sich zu Gunsten des Schlechtern arm machen, was er bitter empfinden wird, wenn bei geschwundener Liebe das völlig geschiedene Leben beginnt oder gar Scheidung eintritt. Dazu kam noch ein anderer Mißstand, welcher aus der schrankenlosen Scheidungsfreiheit sich ergab. Durch Drohung mit der Scheidung kann der eine Schenkungen erpressen, welche der andere macht, um ihn in der Ehe festzuhalten. Das Schenkungsverbot soll diese Befürchtung beseitigen, *ut venalicia essent matrimonia*,[4] den für die Ehegatten beschämenden Glauben nicht aufkommen lassen, daß ihre Eintracht eine bezahlte sei *(famae etiam conjunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur)*.[5] Nach Ulpians Angabe hat sich das Schenkungsverbot auf gewohnheitsrechtlichem Wege gebildet. Da fragt sich nun, auf welchen Wegen, durch welcherlei Übung die den Schenkungen abgeneigte Stimmung sich durchsetzen konnte. Erwägt man dies, so richtet sich von selbst der Blick auf die *retentio propter res donatas*. Der Wunsch des Schenkers, die Schenkung widerrufen zu können, wird vor allem bei der Scheidung zum Aus-

[1] Archiv f. civil. Pr. XVIII, S. 1 f. [2] Dotalrecht II, S. 333 f.
[3] Fr. Vat. § 302. [4] L. 1 u. 2 D. de don. int. v. e. u. 24, 1.
[5] L. 3 pr. D. eod. tit.

druck kommen, und dem Manne wenigstens bot sich Gelegenheit, ihn im *iudicium rei uxoriae* gegenüber der Rückforderung der *dos* geltend zu machen. Das ungemein freie Ermessen, welches dem *arbiter* hier vermöge des *aequius melius* der Klageformel eingeräumt war, setzte ihn in den Stand, die Schenkung des Mannes an die Frau als ungültig zu behandeln und den Wertbetrag derselben von dem Wert der *dos* in Abzug zu bringen. Wurde die *retentio propter res donatas* ständig zugelassen, so konnte man dabei nicht stehen bleiben. Die Gerechtigkeit verlangte zunächst, daß auch der Frau es zugestanden würde, ihre Schenkungen an den Mann im Scheidungsfall widerrufen zu können. Für sie bot sich aber nicht der Weg der Retention, und da nun die Gründe, welche gegen Schenkungen unter Gatten sprachen, sich, wenn auch vorzugsweise, doch keineswegs allein bei Eintritt einer Scheidung geltend machten, so kam man, wohl ohne Zweifel unter Befürwortung seitens der Jurisprudenz, zu dem allgemein in der Rechtsprechung angewandten Satze, daß Schenkungen unter Ehegatten nicht als Rechtsgeschäfte zu behandeln seien, also nur solange faktischen Bestand behielten, als sie von den Schenkern bezw. deren Rechtsnachfolgern nicht widerrufen seien. Die weitere dogmatische Durchführung und Abgrenzung des Verbots dürfte, wenigstens zum großen Teil, erst in der Kaiserzeit geschehen sein und gehört überhaupt nicht in den Kreis unserer Betrachtungen.

Es bleibt noch die *retentio ob res amotas*. Es ist vor allem die Frage zu beantworten, warum bei Entwendungen unter Ehegatten nur von *res amovere*, nicht von *furtum* gesprochen wird. Die römischen Juristen der Kaiserzeit sind über die Frage nicht einig, aber Häupter verschiedener Schulen sind hier derselben Ansicht, während die angesehensten Vertreter derselben Schule voneinander abweichen. Die eine Partei, und, wie es scheint, die zahlreichere, behauptete, es könne die Frau zwar gegen den Ehemann *furto facere*, aber dem positiven Recht nach sei die *furti actio* gegen sie ausgeschlossen, weil, wie Gaius bemerkt, eine *turpis actio in honorem matrimonii* gegen die Gattin nicht gegeben werde.[1] Gewiß wäre schon aus diesem Grunde die *furti actio* ausgeschlossen gewesen; aber daß es der einzige war, läßt sich nicht behaupten, denn aus l. 3 § 2 D. de a. r. a. 25, 2 geht klar hervor, daß gegen die Gattin wegen eines von ihr gegen den Erblasser ihres Ehemannes oder gegen ihn selbst vor der Ehe verübten *furtum* die *condictio furtiva* angestellt werden konnte. Damit ist auch gesagt, daß wegen einer während der Ehe von der Frau gegen den Mann verübten Entwendung die *condictio furtiva* nicht möglich war. Windscheid[2] und Czyhlarz[3] behaupten freilich, alles, was durch die *actio rerum amotarum* erreicht werden konnte, habe auch durch die gemeine *condictio furtiva* erreicht werden können. Daß demungeachtet die besondere *actio rerum amotarum* bestanden habe, lasse sich nur aus dem höhern Alter derselben erklären. Sehen wir ab von dem vermeintlichen höhern Alter der *rerum amotarum actio*, so konkurriert auch später nicht etwa die *condictio furtiva* mit der *actio rerum amotarum*, sondern nur die *condictio ex iniusta causa*. Wenn wirklich Möglichkeit eines *furtum* unter Ehegatten angenommen wäre, warum bezeichnete man denn stets die betreffende *retentio* als die *ob res amotas* und nie als eine *ob res furto ablatas;* warum wäre die betreffende *actio*, auch wenn sie älter war, als die *condictio furtiva*, als *actio rerum amotarum* und nicht deutlich als *actio rerum*

[1] L. 1 u. 2 D. de act. r. a. 25, 2.
[2] Lehrb. d. Pandektenrs. II, § 454, A. 24.
[3] Dotalr. S. 349, A. 5.

furto ablatarum bezeichnet? In Wahrheit ist die *condictio furtiva* wegen während der Ehe verübter Entwendungen nie zulässig geworden. Aber der größere Teil der späteren römischen Juristen, welche freilich an dem *constitutum ius* festhielten, verkannte den Grund der Ausschließung jener Klage. In den Zeiten, in welchen Ehen mit *manus* noch häufig und Ehen ohne *manus* gerade erst als *iusta matrimonia* anerkannt waren, hegte man über die Innigkeit des Verhältnisses unter Ehegatten noch andere Anschauungen, als im Anfange bezw. im weitern Verlauf der Kaiserzeit. Wegen der innigen *societas vitae, omnium fortunarum* hielt man trotz der rechtlichen Geschiedenheit des Vermögens der Gatten bei der Ehe ohne *manus* auch hier den *animus furandi* eines Gatten dem andern Gatten gegenüber überhaupt für ausgeschlossen; der eine Sache des andern an sich nehmende Gatte nimmt nur, was der Eigentümer nach dem wahren sittlichen Wesen der Ehe als ihm mit dem Nehmenden gemeinschaftlich betrachten muß. Dieses Grundes der Ausschließung der *condictio furtiva* waren sich Nerva und Cassius noch bewußt, wenn sie sagten, *ne quidem furtum eam (sc. uxorem) facere, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret.*[1] Ihre Gegner wußten sich in diese Vorstellung nicht mehr zu finden: nur darauf sehend, daß Mann und Frau verschiedene Vermögenssubjekte seien, glaubten sie die Möglichkeit eines *furtum facere* eines Gatten gegen den Gatten nicht in Abrede stellen zu dürfen, und konnten daher die Ausschließung der *actio furti* nur noch daraus erklären, daß *in honorem matrimonii turpes actiones* unter Gatten unzulässig seien, für die Ausschließung der *condictio furtiva* dagegen konnten sie sich nur auf das *constitutum ius* berufen. — Den historischen Entwickelungsgang haben wir uns so zu denken, daß die *retentio ob res amotas* älter ist, als die *actio rerum amotarum.* Zunächst gegenüber der *actio rei uxoriae* nach erfolgter Scheidung konnte der Mann wegen der ihm im Hinblick auf die bevorstehende Scheidung entwandten oder bei der Scheidung verheimlichten Sachen retinieren. Da aber vielleicht die Entwendungen sich erst nach Rückgabe der *dos* herausstellten, so genügte jene *retentio* nicht. So kam es zur Aufstellung der *actio rerum amotarum,* welche als eine prätorische Klage nicht mehr in den Kreis unserer Betrachtungen fällt. Nur soviel sei hier bemerkt, daß auch diese *actio* jedenfalls schon in republikanische Zeit zurückreicht, denn nach l. 3 § 3 kannte Ofilius dieselbe, und ursprünglich wurde sie wohl nur für den Mann gegen die Frau aufgestellt, demnächst erst der Frau auch gegen den Mann gegeben (l. 1 D. h. t.: *Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit* —, l. 6 § 2 eod. tit.: *Item cum rerum amotarum etiam in virum datur iudicium* —). Die Aufstellung solcher Klage war Bedürfnis geworden, als bei zunehmenden Scheidungen Entwendungen gerade im Hinblick auf bevorstehende Scheidung häufiger vorkamen.

Einer besondern Betrachtung bedürfen noch die Fälle, in welchen bei Auflösung der Ehe die *dos* oder ein Teil derselben einer Frau, welche noch *filiafamilias* ist, zurückgegeben werden muß. In Bezug auf diese Fälle sagen die römischen Juristen: *ipsius (sc. patris) et filiae dos est* (l. 2 § 1 D. s. m. 24, 3), *quae (sc. dos) communis est patris et filiae* (l. 3 D. eod. tit.), *quia in causam dotis particeps et quasi socia obligationis patris filia esset* (l. 34 § 6 D. de solut. 46, 3). Der Vater wird in den ersten beiden Stellen vorangestellt, er ist das Hauptsubjekt der Forderung, die Tochter erscheint als Teilnehmerin an derselben.

[1] L. 1 D. de a. r. a. 25, 2.

Der Vater ist Subjekt der Dotalforderung *potestatis iure*. Der Satz aber, daß, was eine gewaltunterworfene Person erwirbt, lediglich dem Gewalthaber erworben wird, ist hier nicht rücksichtslos durchgeführt; bezüglich der für sie, sei es vom Vater, sei es von anderen, bestellten *dos* erscheint die *filiafamilias* als *particeps*, ein Gemeinschaftsverhältnis, welches ein ganz eigentümliches ist. Als eine Konsequenz desselben erscheint es, daß der Vater nur *adiuncta* oder *adiecta persona filiae* auf Rückgabe der *dos* klagen kann.[1] Auch hier erscheint der Vater als Hauptsubjekt, er ist der Kläger, es kann nicht etwa die *filia adiuncta patris persona* klagen. Damit ist nun materiell gesagt, daß *in exigenda dote utriusque voluntas exquiritur*. Ohne den Willen des Vaters kann schon deshalb die Klage nicht angestellt werden, weil er sie anstellen muß; er selbst aber kann *adiuncta filiae personae agere*, nicht ohne Zustimmung der Tochter. In dem *adiuncta persona filiae agere* liegt aber auch, daß der Vater als Hauptkläger der Tochter als Mitberechtigter in der *intentio* der Klage Erwähnung thun muß. Ausdrücklich werden als zwei verschiedene Klageformen das *solum agere* des Vaters und das *adiuncta filiae persona experiri* nebeneinander gestellt (l. 2 § 1 D. s. m. 24, 3: — *sed utrum ut (et) agat solus an et ut adiuncta quoque filiae persona experiri possit? et puto nec eam actionem amissam, quam adiuncta filiae persona potest habere*). Ferner kann aus l. 22 § 9 D. eod. tit.: *Item pater furiosae utiliter intendere sibi filiaeve suae dotem reddi potest* wenigstens soviel entnommen werden, daß der *filia* bei dem *adiuncta persona filiae agere* in der *intentio* Erwähnung geschah. Eine gewisse Modifikation des Grundsatzes, nach welchem in einer *intentio* eine *persona alieno iuri subiecta* nicht als eine berechtigte bezeichnet werden kann, liegt darin immerhin, aber diese wurde gefordert durch den mit der völligen vermögensrechtlichen Unselbständigkeit der Hauskinder auch nicht in vollem Einklang stehenden materiellen Satz, daß die *dos communis patris et filiae* sei. Zudem ist nicht außer acht zu lassen, daß der Vater und Tochter zustehende Anspruch auf Rückgabe der *dos* auch sonst seine ihn selbst vor anderen *bonae fidei actiones* auszeichnende Eigentümlichkeit hat, welche im allgemeinen dahin bezeichnet wird, daß er ein *naturale ius*, auf eine *naturalis praestatio* gerichtet sei, welches die *civilis ratio* nicht *corrumpere* könne (l. 8 D. de cap. min. 4, 5). — Die Gemeinschaft zwischen Vater und Tochter bezüglich der *dos* macht sich aber *non solum in exigenda, sed etiam in solvenda dote* geltend; keines von ihnen kann *alterius conditionem deteriorem facere*, es kann also keinem von ihnen wider den Willen des andern die *dos* zurückgezahlt werden; ist aber die der Tochter ohne Genehmigung des Vaters zurückgezahlte *dos* ihm voll ausgehändigt, so ist damit natürlich auch sein Anspruch erledigt. War die *dos* dem Vater *consentiente filia* zurückgezahlt, so soll sie nach der Meinung Mancher[2] wieder schlechthin Teil seines Vermögens geworden sein, ohne daß der Tochter trotz der bisherigen *communio* das geringtse Recht daran zustände. Man stößt sich nicht daran, daß, falls dies wirklich so wäre, für die Tochter die ganze angebliche *communio* keinen rechten Wert hätte. Mit Recht hat sich Brinz, von seiner richtigen Auffassung des Dotalverhältnisses ausgehend, entschieden gegen jene Annahme erklärt.[3] Die Frau war bis zur Auflösung der Ehe, wie wir früher sahen, Subjekt des dauernden

[1] Ulp. fr. VI, 6. Fr. Vat. § 269. L. 2 § 1, l. 22 § 1, l. 34 D. sol. m. 24, 3. L. 7 D. de p. d. 23, 4. L. 34 § 5 D. de leg. II (31). L. 14 D. ad l. Falc. 35, 2.

[2] Czyhlarz, a. a. O. S. 311. [3] Lehrb. d. Pandekt. S. 1247.

Zweckverhältnisses der *dos*. Hört nun auch die *dos* mit der Auflösung der Ehe auf, für diese Ehe bestimmt zu sein, so hört sie doch nicht auf, ein ihrem Zwecke nach für diese Frau bestimmtes Vermögen zu sein. Dem Vater zurückgegeben, stehen allerdings die einzelnen Dotalobjekte im Eigentum, bezw. dem Rechte des Gewalthabers, aber die Zweckbestimmung dieses ihm restituierten Vermögens für die *filiafamilias* hört nicht auf, es soll ihr immer noch die Eingehung einer neuen Ehe ermöglichen. Mit aller Deutlichkeit ist dies in l. 81 D. pro socio 17, 2 gesagt. Hier ist gesagt, wenn der Vater, welcher mit einem andern in einer *societas omnium bonorum* lebte, *de communi* für seine Tochter eine *dos* bestellt habe, so werde die *dos*, nachdem bei fortbestehender Sozietät die Ehe der Tochter durch Scheidung gelöst sei, *cum sua causa* wiedererlangt, was dahin erklärt wird, daß diese *dos* auch einem späteren Mann der Tochter bestellt werden könne. Wenn also die *dos* auch wieder mit dem *socius* kommuniciert werden muß, so bleibt doch diesem Vermögen die Zweckbestimmung für die Tochter. Die Worte *cum sua causa* sind gerade für eine rechtliche Last, eine rechtliche Qualität, welche einer Sache anhaftet, technisch, und es ist daher Willkür, wenn Bechmann[1] annimmt, hier sei damit keine rechtliche, sondern nur eine natürliche Bestimmung der *dos recuperata* gemeint. Ich halte es nicht für unwahrscheinlich, daß, wenn eine solche *filiafamilias* mit Konsens ihres Vaters eine neue Ehe einging, sie einen nötigenfalls vermittelst obrigkeitlichen Zwanges durchsetzbaren Anspruch gegen ihren Vater auf Herausgabe dieses Vermögens als *dos* für die neue Ehe hatte, und zwar schon in einer Zeit, welche einen rechtlichen Anspruch auf Dotierung gegen den Vater im übrigen noch nicht kannte; denn der Satz der l. 2 D. de i. d. 23, 3: *Rei publicae interest, mulieres dotes suas salvas habere, propter quas nubere possunt* ist älter; er geht in die republikanische Zeit zurück (vgl. Ter. Phor. II, 3, 62 ff.). Beim Tode des Vaters bildete die ihm zurückgegebene *dos* zwar einen Teil der Erbschaft, und hatte die Tochter, wenn die Größe ihres Erbteils dem Betrage der *dos* entsprach, gewiß keine weiteren Ansprüche gegen die übrigen Erben. Anders war es, wie mit Brinz anzunehmen ist, wenn die Tochter enterbt oder aber auf einen kleinen, der Größe ihrer *dos* nicht entsprechenden Erbteil eingesetzt war.

Charakteristisch für die römische Auffassung der *dos* ist die Behandlung der *pacta dotalia*. Wir verstehen darunter hier nur die *pacta, quae de reddenda dote fiunt*. Es zeigt sich hier ganz besonders, daß die Bestellung einer *dos* kein gewöhnliches Vermögensrechtsgeschäft ist, sondern ein Geschäft, bei welchem das Mittel, durch welches es bewerkstelligt wird, allerdings ein rein vermögensrechtliches ist, dessen Zweck aber auch einen familienrechtlichen Charakter hat, und zwar einen solchen, an dessen Aufrechterhaltung auch das Gemeinwesen ein Interesse hat. Die Folge davon ist, daß es auf dem Gebiet des Dotalrechts viele Sätze giebt, welche zu dem durch Privatberedungen nicht abänderbaren *ius publicum* gehören. Paulus macht in l. 12 § 1 D. de p. d. 23, 4 eine hier einschlagende bemerkenswerte Unterscheidung der *pacta conventa, quae ante nuptias vel post nuptias interponi solent:* er unterscheidet solche, welche *ad voluntatem pertinent,* und solche, welche *ad ius pertinent,* und bemerkt bezüglich der letzteren, daß bei ihnen *non semper voluntas contrahentium servatur*. Es ist zu viel gesagt, wenn Bechmann[2] die *pacta quae ad voluntatem pertinent* für

[1] Dotalrecht II, S. 300, A. 1. [2] A. a. O. II, S. 378. 379.

solche erklärt, welche mit dem *ius dotium* in gar keinem innern Zusammenhange ständen, denn Paulus erwähnt als Beispiel eines solchen *pactum* die Verabredung, daß die Frau selbst mit der *dos promissa* ihren Unterhalt bestreiten und dieselbe daher während der Ehe von ihr nicht eingefordert werden solle. Durch solches *pactum* wird allerdings die Bestimmung der *dos* berührt, denn der Mann hat die *onera matrimonii,* zu welchen die Bestreitung des Unterhalts der Frau gehört, zu tragen, und die *dos* hat die Bestimmung, ihm dazu einen Beitrag zu gewähren; aber es wird durch jenes *pactum* jene Bestimmung der *dos* und irgend welcher sie betreffende Rechtssatz nicht abgeändert, vielmehr nur festgesetzt, in welcher besondern Art sie im vorliegenden Fall jener ihrer Bestimmung dienen solle. Die *pacta, quae ad voluntatem pertinent,* können also auch die *dos* betreffende Verabredungen sein, welche aber keine sie betreffenden Rechtssätze abändern, sondern innerhalb des von den letzteren noch gelassenen Spielraumes Bestimmungen treffen: dagegen die *pacta, quae ad ius pertinent,* sind solche, welche die für die *dos* geltenden Rechtssätze irgendwie abändern; nur für diese also gilt es, daß bei ihnen *non semper voluntas contrahentium servatur.* Es ist nun nach den Personen der Besteller der *dos* zu unterscheiden. Wenn ein *extraneus* aus seinem Vermögen für eine Frau eine *dos* bestellt, so kann er auch ohne Vorwissen der Frau, was er will, mit dem Mann (bezüglich der Rückgabe) paciscieren oder stipulieren, *legem enim suae rei dicit.*[1] Hat er aber einmal die *dos* bestellt, so kann er später etwas der Frau Nachteiliges nur mit deren Einwilligung paciscieren. Auch der Vater kann, wenn er namens seiner Tochter eine *dos* bestellt, bei dieser ersten Bestellung auch ohne Zustimmung derselben, was ihm gutdünkt, mit dem Manne verabreden. Nach l. 29 pr. D. solut. matr. 24, 3 soll der Vater sogar, wenn die Bestellung *ante nuptias* erfolgt ist, nicht bloß *ex continenti,* sondern *ex intervallo,* falls es nur noch *ante nuptias* geschieht, etwas für die Frau Ungünstigeres mit dem zukünftigen Manne stipulieren können. Windscheid[2] meint, dies habe seinen Grund in der nach römischem Recht dem Vater zustehenden Macht, das Zustandekommen der Ehe zu verhindern. Das kann doch nicht wohl der Grund sein, denn wenn er von dieser Macht keinen Gebrauch macht, so kann daraus doch keine Konsequenz hergeleitet werden. Der Grund liegt vielmehr darin, daß das Geschäft der Dotalbestellung, wenn es vor Eingehung der Ehe erfolgt ist, erst mit der Eingehung der Ehe, vor welcher die Kausalberedung, um die es sich hier handelt, nicht zustande kommt, völlig fertig ist, aus welchem Grunde es auch, falls der Geber vorher stirbt, nach l. 9 § 1 D. *de iure dotium* strengem Recht gemäß nicht vererblich sein soll.[3] Ist das Geschäft noch nicht völlig fertig, so kann der Besteller auch vor diesem Moment Beredungen mit dem Manne, welche der Frau nachteiliger sind, treffen. Mit dem Zustandekommen der Ehe hört diese Möglichkeit auf. Von da an kann nachträglich nichts, was der Tochter *conditionem deteriorem* machen würde, ohne ihre Zustimmung mit dem Manne verabredet werden. Ihrem Anspruch auf die *dos* wenigstens kann ein solches *pactum* nicht schaden.[4] Es hat aber auch das Recht des Vaters der Frau, bei der ersten Bestellung der *dos* derselben eine beliebige, ihm gut dünkende *lex* hinzuzufügen, seine Grenzen. Zunächst kann der Vater mit dem Manne nicht gültig ausmachen, daß, falls der Mann in der Ehe mit Hinterlassung von Kindern

[1] L. 20 § 1 D. de p. d. 23, 4. L. 1 C. de p. c. t. s. d. 5, 14.
[2] Pandekt. II, § 506, A. 4. [3] Vgl. Karlowa, Das Rechtsgeschäft S. 9.
[4] L. 7 D. de p. d. 23, 4. L. 28 D. de i. d. 23, 3.

aus derselben stürbe, die *dos* ganz oder teilweise diesen seinen Erben verbleiben solle.[1] Auch kann zwischen ihnen nicht gültig verabredet werden, daß die *dos* der Frau später, als zu den gesetzlichen Terminen, zurückgegeben werden solle.[2] Über das Rückforderungsrecht, welches ihm bezüglich der *dos profecticia* im Fall des Todes der Tochter in der Ehe zustand, konnte der Vater mit dem Manne gültige Verabredungen treffen.[3] Die Frau kann während der Ehe nichts zu ihren Ungunsten bezüglich ihres Dotalanspruchs mit dem Manne gültig verabreden, z. B. nicht, daß die *dos* zu späteren Terminen, als den gesetzlichen, zurückgegeben werde.[4] Aber auch schon bei der Bestellung der *dos* kann sie ihren gesetzlichen Anspruch auf Rückgabe durch Verabredungen mit dem Manne wohl besser machen, aber nicht verschlechtern, z. B. was die Termine der Rückgabe der *dos* anlangt, auch nicht verabreden, daß beim Tode des Mannes die *dos* den Kindern als Erben des Mannes verbleiben solle.[5] Dagegen soll gültig bei Bestellung der *dos* zwischen Mann und Frau verabredet werden können, daß, falls die Ehe durch den Tod der Frau oder Scheidung aufgelöst werde, der Mann beim Vorhandensein gemeinsamer Kinder die *dos* behalten könne.[6] Freilich bleibt, wenn die Ehe durch den Tod der Frau aufgelöst wird, die *dos adventicia* schon dem Gesetz nach bei dem Manne, und ebenso verbleibt ihm in diesem Falle die *profecticia*, wenn die Frau bei ihrem Tode schon keinen Vater mehr hatte. Wirksam kann sich also die Verabredung, daß dem Manne bei Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau die *dos* verbleiben solle, nur für den Fall erweisen, daß sie im Moment ihres Sterbens noch *filiafamilias* war. Während dem Gesetz nach der Mann nur für jedes Kind ein Fünftel der *dos profecticia* gegenüber dem Anspruch des Vaters auf Rückgabe behalten durfte, konnte bei der Bestellung schon gültig verabredet werden, daß er solchenfalls mehr als die gesetzlichen Quoten, bezw. die ganze *dos* behalten dürfe, doch setzte eine solche Verabredung zu ihrer Gültigkeit wohl ohne Zweifel die Zustimmung des Vaters voraus. Für den Fall einer Scheidung durch Schuld der Frau konnten die *propter liberos* zu retinierenden Quoten über die gesetzliche Höhe hinaus gesteigert, bezw. verabredet werden, daß die ganze *dos* dem Manne verbleiben solle. Auch war beim Vorhandensein von Kindern für den Fall einer Scheidung, bezüglich welcher keinen Ehegatten eine Schuld traf, die Verabredung zulässig, daß dem Manne *liberorum nomine* ein Teil der *dos* oder die ganze *dos* verbleiben solle.[7] Nicht aber konnte für den Fall einer Scheidung einer kinderlosen Ehe gültig verabredet werden, es solle dem Manne die *dos* verbleiben. Beschränkungen der Vertragsfreiheit in Bezug auf die Dotalverhältnisse gab es aber auch zu Gunsten des Mannes. Natürlich sind Verabredungen ausgeschlossen, welche geradezu dem Begriff und der Bestimmung der *dos* zuwiderlaufen würden, z. B. die, daß dem Manne die Früchte der *dos* nicht zufallen sollten.[8] Auch kann das Recht auf die *retentiones* wegen der *impensae necessariae propter res donatas* und *amotas* nicht durch ein *pactum dotale* ausgeschlossen werden.[9]

[1] L. 2 D. de p. d. 23, 4. L. 3 C. de p. c. 5, 14. [2] L. 14—16 D. de p. d. 23, 4.
[3] Schol. Sinait. ad Ulp. libr. ad Sabinum bei Krüger, Collectio III, p. 275.
[4] L. 18 D. de p. d. 23, 4. Vgl. l. 21 D. eod. tit. L. 26 D. de i. d. 23, 3.
[5] L. 14—17 D. de p. d. 23, 4. L. 2 D. eod. tit.
[6] L. 1 § 1 D. de dote prael. 33, 4. L. 24, l. 26 § 1 D. de p. d. 23, 4. Fr. Vat. 106. 120.
[7] Vgl. die in der vorigen Note citierten Stellen. [8] L. 4 D. de p. d. 23, 4.
[9] L. 5 § 1 u. 2 D. eod. tit. Fr. Sinait. 21 bei Krüger, Coll. p. 275.

IV. Personen *in mancipio.*

1. Das *in mancipio alicuius esse.*

§ 18. Als drei Figuren des *alienum ius,* in welchem freie Personen stehen können, werden im römischen Recht nebeneinander genannt *potestas, manus, mancipium.*[1] Nicht bloß von Schriftstellern, auch in Gesetzen werden diese drei nebeneinandergestellt. So sagt das Stadtrecht von Salpensa nicht bloß in der Rubrik des 21. Kapitels: *Ut qui civitat(em) Roman(am) consequantur, maneant in eorundem m(ancipi)o m(anu) potestate,* sondern auch im Text: *is ea in eius, qui c(ivis) R(omanus) h(ac) l(ege) factus erit, potestate manu mancipio, cuius esse deberet si civitate Romana mutatus mutata non esset, esto.* Aber schon die *lex Cincia* bietet die Nebeneinanderstellung jener drei Verhältnisse, Vat. Fr. 298: — *sive quis in alterius potestate manu mancipiove erit* — — *quorumve is in potestate manu mancipiove erit.* 300: *Excipiuntur et ii, qui in potestate eorum vel manu mancipiove, item quorum in potestate manu mancipiove erunt.* Wie ständig diese Nebeneinanderstellung gewesen sein muß, geht daraus hervor, daß sich unter den Einsiedler-Excerpten aus Valerius Probus die *litterae singulares M. M. P.* = *manu mancipio potestate* finden.[2]

Das unzweifelhaft in sehr alte Zeiten zurückreichende Rechtsverhältnis des *in mancipio esse* ist in der römischen Kaiserzeit schon im Absterben begriffen, und was wir von Äußerungen der Juristen über dasselbe besitzen, gehört dieser Zeit seines Absterbens an. Das muß von vornherein zur Vorsicht gemahnen und abhalten, das, was von dem Rechtsverhältnis, so wie es in der Kaiserzeit bestand, gesagt wird, ohne Prüfung auf alte Zeiten zu übertragen. Bei unserer Betrachtung des Verhältnisses wollen wir von einer Eigentümlichkeit desselben im Gegensatz zu anderen Arten des *alienum ius,* in welchem Personen stehen können, ausgehen. Diese anderen sind originäre Familienbotmäßigkeitsverhältnisse. Bezüglich der *potestas,* sowohl der *patria* als der *dominica,* ist dies selbstverständlich. Aber auch bezüglich der *manus* trifft es zu. Wenn sie gleich manche Züge von der *patria potestas* entlehnt hat, so ist sie doch in alter Zeit nur die strenge Gestaltung des Eintritts der Frau in die Familie des Mannes und der ehemännlichen Superiorität über die Frau. Das *in mancipio alicuius esse* dagegen ist ein abgeleitetes Verhältnis, abgeleitet aus der *patria potestas* oder *manus.* Die *patria potestas,* um uns allein an diese zu halten, gewährt dem Inhaber ein Recht auf den gesamten Erwerb des Hauskindes: dieses Recht, *quaestum ex liberis* zu machen, ist nach altrömischer Auffassung ein abtretbares, der Gewalthaber kann es durch Mancipation des Kindes auf einen andern übertragen, in der Weise, daß dasselbe für den *mancipio accipiens* lediglich ein, wenn auch freies, Erwerbsinstrument wird. Die Mancipation ist auch in dieser ihrer Anwendung auf freie Hauskinder jene *imaginaria emtio venditio,* als welche wir sie in Anwendung auf die *res mancipi* kennen. Es braucht ihr nicht notwendig ein Verkauf, es können ihr auch andere *causae* zu Grunde liegen.[3] Die Frage, welche dabei zunächst eine Beantwortung erheischt, ist, ob durch solche

[1] Gai. I, 49: *Rursus earum personarum quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt.*

[2] Vgl. Krüger, Coll. libr. i. a. II, p. 146, n. 32.

[3] Schmidt, Das Hauskind in mancipio (Leipzig 1879), S. 6, stellt der ernsthaft gemeinten, einfachen *mancipatio,* d. h. dem förmlichen Verkauf des Kindes durch den Vater um das zugewogene Erz als dem ersten und Musterfall des Instituts die *mancipatio ex noxali causa,*

Mancipation des Hauskindes die *patria potestas* über dasselbe ganz und gar aufgehoben werde oder nicht. Schmidt bejaht sie, weil man nicht gleichzeitig zwei differenten Gewalten unterworfen sein könne. Das Zurückfallen des Haussohnes nach der Freilassung *ex prima* oder *secunda mancipatione* betrachtet er als eine Wiederentstehung der väterlichen Gewalt. Von dieser Auffassung aus erscheint als der Zweck des bekannten Zwölftafelsatzes: *Si pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto* nicht eine Beschränkung, sondern eine Ausdehnung der väterlichen Gewalt bezüglich des *filius:* es wird durch ein positives Eingreifen der Gesetzgebung der Loslösung des *filius* als des eigentlichen Fortsetzers der römischen Familie vom Vaterhaus möglichst vorgebeugt; nach einfacher Konsequenz wäre die Loslösung schon durch die erste Mancipation geschehen.

Jener Satz von der Unmöglichkeit des gleichzeitigen Bestehens zweier differenter Familiengewalten über dieselbe Person[1] ist unzweifelhaft richtig für die die ganze Person ergreifenden Familiengewalten: die *potestas* und die *manus:* er ist nicht richtig für das *in mancipio esse,* welches wohl eine Form des *ius alienum* über eine Person, aber keine *potestas* ist, daher auch einer Frau zustehen kann und sich, wie andere Vermögensrechte, vererbt. Wie das Eigentum an einer Sache trotz anderer es beschränkender *iura in re aliena* bestehen bleibt, so wird auch die *patria potestas* als das umfassende Recht über ein Hauskind nicht notwendig durch das sie beschränkende, aus der väterlichen Gewalt abgeleitete Recht des *in mancipio esse* aufgehoben. Nur bezüglich seiner Erwerbsfähigkeit scheidet der Haussohn durch die Mancipation aus der *familia* seines Gewalthabers aus und hört, was eine Konsequenz davon ist, zunächst auf, ein *suus heres* desselben zu sein, allein damit ist der Inhalt der *patria potestas* gerade dem Haussohn gegenüber nicht erschöpft. Vermöge derselben erwirbt der Vater auch Familienrechte durch den Haussohn über dessen *uxor in manu* und dessen agnatische Descendenz. Das väterliche Recht über den Haussohn dauert nach dieser wichtigen Richtung auch nach der Mancipation desselben fort und macht sich geltend, während er sich *in mancipio* eines andern befindet. Wir wissen aus Gaius I, 135, daß das von einem *in prima* oder *secunda mancipatione* befindlichen Haussohn in rechter Ehe gezeugte Kind in die Gewalt des Großvaters fällt, auch wenn es erst nach der dritten Mancipation seines Vaters, also nach der völligen Vernichtung der *potestas* des Großvaters über denselben, geboren wird. Diese Bestimmung kann man nicht, wie Schmidt[2] will, aus der rechtlichen Möglichkeit des Rückfalls des *mancipatus* in die Gewalt seines Vaters erklären, sie erheischt ein wenngleich beschränktes Fortbestehen der *patria potestas* in der Zeit, während welcher der Sohn *in prima*

---

eine unentgeltliche Übertragung *nummo uno*, gegenüber, welcher Fall einer zweiten Entwickelungsstufe angehöre. Gewiß war auch die *mancipatio* eines Hauskindes ursprünglich ernsthaft gemeinter Verkauf, in der Zeit, als die Mancipation überhaupt noch wirkliche *emtio venditio* war. Seitdem sie aber *emtio venditio imaginaria* geworden, konnte auch die Mancipation eines Hauskindes nicht bloß auf Grund eines Kaufs, sondern auch aus anderen *causae* geschehen, z. B. *solvendi causa;* der Gewalthaber konnte seinen Sohn auch zur Strafe einem andern Römer mancipieren. So fällt der Grund fort, die Mancipation *ex noxali causa* als eine besondere zweite Entwickelungsstufe unsers Instituts zu betrachten.

[1] Schmidt, a. a. O. S. 13, A. 50. Auch Böcking, Pandekten I, § 44, S. 169 stellt den Satz ausnahmslos hin, daß „zu derselben Zeit dieselbe Person nur in einer dieser Formen *subiecta*, nicht mehreren Familien zugleich angehörig sein konnte". Ähnlich Scheurl, Beiträge zur Bearb. d. röm. Rs. I, S. 258, 259.

[2] A. a. O. S. 17.

oder *secunda mancipatione* sich befindet. Wäre die *patria potestas* durch die erste oder zweite *mancipatio* aufgehoben mit der Möglichkeit der Erneuerung, so müßte für den *in prima* bezw. *secunda mancipatione* gezeugten Enkel der Satz gelten: *pendet ius eius*, er müßte, wenn eine Freilassung erfolgte, in die Gewalt des noch lebenden Großvaters fallen, wenn dagegen der Vater *in prima* oder *secunda mancipatione* stürbe, *sui iuris* sein. Gewiß war der *in causa mancipii* befindliche Haussohn auch der Eingehung einer Ehe fähig. Dazu wird er, solange er sich noch in der beschränkten *potestas* seines Vaters befand, der Einwilligung des Vaters bedurft haben. Der Einwilligung dessen, in dessen *mancipium* er sich befand, wird es aber, wie SCHMIDT[1] wohl mit Recht sagt, schwerlich bedurft haben; andererseits wird dieser kaum, wenn die Ehe wider seinen Willen eingegangen war, verpflichtet gewesen sein, von dem Erwerb des *mancipatus* für den Unterhalt von dessen Frau und Kindern Etwas hinzugeben.

Erst die dritte Mancipation des Haussohnes von seiten des Gewalthabers macht der *potestas* desselben in jeder Beziehung sofort ein Ende, und es kann also das erst *in tertia mancipatione* von dem Sohne gezeugte Kind nicht in die väterliche Gewalt des Großvaters fallen. In welche rechtliche Lage ein solches Kind komme, darüber bestand nach Gai. I, 135 Meinungsverschiedenheit unter den Juristen. Labeo war der Ansicht, es befinde sich *in eiusdem mancipio, cuius et pater sit.* Die praktisch geltende Annahme aber ging dahin, daß, solange der Vater des Kindes *in mancipio* sei, die rechtliche Lage desselben in der Schwebe sei: werde jener freigelassen, so falle es in die *potestas* desselben; sterbe er aber, während er sich *in mancipio* befinde, so gelte es (natürlich von seiner Geburt an) für *sui iuris.* SCHMIDT[2] und A. PERNICE[3] sehen die Meinung Labeos als die konsequente an: die andere verdanke der spätern, dem ganzen Institut widerstrebenden Zeitrichtung ihren Ursprung. Ich bin anderer Ansicht. Wäre das Recht des Quasidominus so stark und umfassend, daß es sich auch auf die ehelichen Kinder des *in mancipio* Befindlichen erstrecken könnte, so würde sich diese Kraft schon *in prima* oder *secunda mancipatione* geltend machen, und die *potestas* des *avus* an diesen Enkeln würde höchstens in derselben Beschränkung Platz greifen können, wie an dem *in mancipio* befindlichen Sohn selbst. In Wahrheit hat aber das Recht des Quasidominus an dem in der *mancipii causa* Befindlichen keinen andern Inhalt, als daß er alles Vermögen, was dieser erwirbt, durch ihn unmittelbar erwirbt. Darüber aber sind die römischen Juristen einverstanden (und es ist für die spätere Erörterung von Interesse, dies zu konstatieren), daß jemand, welcher sich *in mancipio* befindet, wegen dieser seiner *servilis conditio* nicht fähig ist, selbst eine *patria potestas* zu haben, wenn er auch durch die dritte Mancipation selbst schon aus der *patria potestas* ausgeschieden ist. Der hier entwickelten Auffassung nach ist der Rückfall des Sohnes in die väterliche Gewalt nach der Freilassung aus der ersten bezw. zweiten Mancipation nicht als ein Wiederaufleben eines bereits völlig untergegangenen Rechts anzusehen. Durch jene Freilassungen erlangt nur die *patria potestas* ihren vollen ursprünglichen Umfang wieder, ähnlich wie das Eigentum nach dem Wegfall des Ususfruktus seinen vollen Umfang wiedererlangt (wie es hier heißt: *revertitur, redit, recurrit ususfructus ad proprietatem*, so dort *revertitur in potestatem patris).* Nur soweit durch die Mancipation aus dem vollen Umfang der *potestas* etwas herausgenommen war, also bezüglich der vermögensrechtlichen Stellung, gilt der Sohn

[1] A. a. O. S. 16, A. 64. [2] A. a. O. S. 17, A. 65. [3] Labeo I, S. 170.

durch dieselbe als aus der *patria potestas* ausgeschieden und kehrt er durch die Freilassung in dieselbe zurück.

Wir haben bis jetzt nur das Verhältnis ins Auge gefaßt, in welchem der mancipierte Sohn zur *familia* seines Vaters bleibt. Betrachten wir jetzt näher die Lage, in welche er durch die Mancipation gerät. Er wird in Bezug auf den Vermögenserwerb ein Mitglied der fremden *familia*, der er im übrigen nicht angehört, und zwar, wie Böcking[1] es passend ausdrückt, ein passives Mitglied derselben, d. h. diesen Erwerb macht er lediglich zu Gunsten des Quasiherrn, er selbst gehört nicht etwa zu den künftigen *sui heredes* und hat nicht Aussicht, künftiger Mitherr des durch ihn miterworbenen Vermögens zu werden, vielmehr bildet er, wie der Sklave, einen Teil der Erbmasse, darin eben besteht seine *servilis conditio*. Er ist zwar nicht *servus* oder *mancipium* und ist daher z. B. nicht Gegenstand des juristischen Besitzes, aber *servi loco*[2], *in mancipio*[3], *in mancipatione*[4], *in causa mancipii alicuius*:[5] Ausdrücke, welche dem *mancipium esse* ähnlich, wie dem *possidere* das *in possessione, in fundo esse* gegenüberstehen. Durchaus muß ich mich gegen Schmidts Annahme erklären, daß der Freie *in mancipio* das *commercium* habe nicht etwa, wie der Sklave lediglich aus der Person seines Herrn, sondern gleich dem Haussohn aus eigener Person. Es steht in geradem Widerspruch damit Schmidts eigene Behauptung, daß, wo das für den Haussohn gültige Recht von dem des Sklaven differiere, die Jurisprudenz den *in mancipio* ganz unbedenklich nach der Analogie des Sklaven behandle, nicht nach der des Haussohns. In Wahrheit ist dieser Satz nur eine konsequente Folge davon, daß der *in mancipio* ebenso wie der Sklave das *commercium* nur aus der Person seines Herrn hat.[6] Es stimmt dazu auch, daß ein Hauskind sich, während es sich in der *mancipii causa* befindet, durch Kontrakte nach Civilrecht nicht obligieren kann.[7] Dieser Satz ist jetzt direkt bewiesen durch eine Stelle des Gaius III, 104 nach Studemunds Entzifferung: [*sed*] *servus quidem et qui in mancipio est et filiafamilias et quae in manu est non solum ipsi cuius iuri subiecti subiectaeve sunt, obligari non possunt, sed ne alii quidem ulli.* Es war aber schon früher indirekt durch l. 2 § 2 D. de capite minutis

[1] Pandekt. d. röm. Privatrechts I², S. 168 f., S. 193.
[2] Gai. I, 123, 138. III, 140. Vgl. Gai. II, 40. [3] I, 49, 116, 135.
[4] Gai. I, 135. [5] I, 132, 138. II, 160.
[6] Recht deutlich tritt dies darin hervor, daß nach Gai. III, 114 der Satz: *servus adstipulando nihil agit* auch auf den *in mancipio* angewandt ist unter der Begründung: *nam et is servi loco est;* während der, *qui in potestate patris est, (adstipulando) aliquid agit,* obwohl er in diesem Fall *parenti non adquirit.* Fraglich bleibt, warum, während Eigentum, Forderungen, Legat, *hereditas* durch den *in mancipio* dem Quasiherrn erworben werden können (Gai. II, 86. 90. III, 163. Ulp. XIX, 18. 19), rücksichtlich des Besitzerwerbs nach Gai. II, 89. 90 ein Unterschied zwischen denen *in potestate* und denen *in mancipio* bezw. *manu* gemacht wird. Von den ersteren heißt es, daß durch sie den Gewalthabern nicht bloß *proprietas*, sondern auch *possessio* erworben werde: *cuius enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videmur.* Von den letzteren wird dagegen gesagt: *an autem possessio adquiratur, quaeri solet, quia ipsas non possidemus.* Der Grund ist schief, denn er würde auch auf den Haussohn passen, durch den jedenfalls, auch wenn er für sich selbst Besitz erwerben will, der Gewalthaber erwirbt, vorausgesetzt, daß er den *animus possidendi* hat (denn vom Erwerb fürs Pekulium ist hier nicht die Rede). Der wahre Grund scheint der zu sein, daß jede *potestas* ein umfassenderes Recht ist und die Person des *subiectus* weiter ergreift, als die *manus* und das Recht an dem *in mancipio*, und daß man daher von dem Erwerb der Rechte durch diese nicht ohne weiteres auf den Erwerb der *possessio* zu schließen wagte.
[7] Aus den Delikten der *in mancipio* Befindlichen konnte wohl gegen den Quasiherrn eine Noxalklage angestellt werden. Wahrscheinlich hat Gaius IV, 80. 81 darüber gehandelt.

bewiesen.[1] Hier ist gesagt, daß, wer nach erfolgter *capitis diminutio* mit dem Deminuierten kontrahiere, es sich selber zuzuschreiben habe, daß er aus solchem Vertrage keine Klage habe. Zuweilen sei hier aber doch eine Klage zu geben, und das habe beim *arrogatus* keine Schwierigkeit, da dieser sich civiliter obligieren könne. Schmidt[2] meint, die Kompilatoren hätten hier an der Stelle des zu ihrer Zeit nicht mehr passenden *mancipatus* das Wort *interdum* gesetzt. Dann würde also der Prätor stets aus den Verträgen des *in mancipio* Befindlichen eine Klage gegeben haben. Meines Erachtens hat Ulpian den Fall des *mancipatus* erst nach dem *arrogatus* erwähnt, und die Kompilatoren haben ihn einfach gestrichen. Das *interdum* ist aber in der von Savigny[3] angegebenen Weise zu deuten.

Die Ahnlichkeit unseres Rechtsverhältnisses mit der Sklaverei macht sich sowohl in der Begründung, wie in der Auflösung desselben geltend. Nach Gaius ausdrücklichem Zeugnis wurde die Mancipation, durch welche Hauskinder und Frauen *in manu* in dieses Verhältnis versetzt wurden, mit denselben Worten vorgenommen, wie die gewöhnliche, durch welche Sklaven zu Eigentum übertragen wurden. Schmidt nimmt danach an, daß die Formel auch bei der Mancipation von Hauskindern gelautet habe: *Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus est hoc aere aereaque libra.* Dabei scheint er mir aber zu verkennen, daß in der Formel doch immer sich kundgeben muß, daß ein Freier, kein Sklave mancipiert wird; „*hominem*" bedeutet einen Sklaven. Die Formel wird etwa gelautet haben: *Hunc ego filium tuum (Lucium Aemilium) meum esse aio ex iure Quiritium e. q. s.* Demgemäß muß auch die Formel der Vindikation, mit welcher, wie ich mit Schmidt annehme, der Quasiherr sein Recht an dem *in mancipio* Befindlichen geltend machen konnte, nicht gelautet haben: *Aio hunc hominem meum esse ex iure Quiritium*, sondern etwa: *Hunc ego Lucium Aemilium, Lucii filium, meum esse aio ex iure Quiritium.* — In der Beendigung des Verhältnisses zeigt sich die Ahnlichkeit mit der Sklaverei darin, daß dieselbe nur durch eine Freilassung erfolgen kann, und daß die Arten der Freilassung dieselben sind, wie bei der Sklaverei: *manumissio vindicta, testamento, censu.*

Wir werden hier auf die verschieden beantwortete Frage eingehen müssen, ob die Mancipation eines Hauskindes einen Einfluß auf die staatsrechtliche Stellung desselben ausübte bezw. welchen?[4] Vor allem scheint mir daran festgehalten werden zu müssen, daß, solange das *in mancipio esse* noch kein imaginäres Verhältnis geworden, sondern ein reelles Dienstverhältnis war, welches den Quasiherrn in den Stand setzte, den *in mancipio* zu sklavenartigen Arbeiten zu verwenden, von einer Ausübung politischer Ehrenrechte, also namentlich des Stimmrechtes in den Komitien, Bekleidung von Magistraturen nicht die Rede sein konnte. Wenn er, wie es zweifellos ist, in diesem Zustande einer *patria potestas* nicht für fähig gehalten wurde, so wird man ihn ebensowenig zur Ausübung staatlicher Hoheitsrechte für fähig gehalten haben.[5] Nach alt-

[1] Vgl. darüber auch Cohn, Beiträge H. 2, S. 329 ff.

[2] A. a. O. S. 23, A. 83. [3] System II, S. 84.

[4] Vgl. außer Schmidt Walter, Röm. Rechtsgesch. II[3], S. 108; Lange, Röm. Altertümer I[3], S. 199; Savigny, System d. heut. r. R. II, S. 51; Pernice, Labeo I, S. 168, A. 2.

[5] Schmidt, a. a. O. S. 24, A. 87, wendet ein, der Privatmann könne nur über Privatrechte willkürlich disponieren, niemals über öffentliches Recht. Darin scheint mir eine unrichtige Anwendung eines an sich ja richtigen Satzes zu liegen. Unzweifelhaft ist, daß der römische Bürger vermöge seiner Privatrechtsmacht zu Dispositionen befugt war, welche die wichtigsten öffentlichrechtlichen Konsequenzen nach sich zogen. Er konnte durch Freilassung einen Sklaven zum *civis romanus* machen mit allen Rechten, die ein *libertinus civis* bean-

römischer Anschauung macht eine Beschäftigung, wie sie Sklaven und Freigelassenen ziemt, jedenfalls, solange sie betrieben wird, zu politischen Ehrenämtern unfähig. Daß man davon zu Gunsten eines in reeller *mancipii causa* Befindlichen eine Ausnahme gemacht haben sollte, ist schwerlich anzunehmen. Für diese Auffassung spricht auch die bloße Existenz der *manumissio censu*.[1] Wie der römische Bürger seine Grundstücke, Sklaven u. s. w. beim Censor angeben mußte, so wird er auch den Freien *in mancipio*, welcher für ihn auch ein werbendes Gut war, dem Censor haben angeben müssen. Bei diesem Herrn, dem er seiner Erwerbsfähigkeit nach gehörte, muß er im Census verzeichnet sein (etwa als *L. Aemilius L. filius in mancipio Publii*).[2] Die *manumissio censu* bestand nun darin, daß der *in mancipio* Befindliche mit Einwilligung des Herrn sich selbst als Freien beim *censor* meldete oder vom Gewalthaber wieder als sein von dem Dienstverhältnis freier *filiusfamilias* angegeben und als solcher wieder bei seinem Vater verzeichnet wurde. Damit war die Wirkung der Mancipation verwischt: der Freigelassene behielt seinen Namen, gehörte der *familia*, in der er geboren wurde, wieder vollständig an, war also ein *ingenuus* und konnte alle politischen Rechte eines solchen geltend machen. Daß er nicht vollständig durch die Mancipation aus der *familia* seines Gewalthabers ausgeschieden war, hatte zur Folge, daß ihm die Freilassung völlig die alte Stellung und so auch die staatsrechtliche Stellung eines *ingenuus* zurückgeben konnte.[3] Anders verhielt sich meines Erachtens die Sache nach der dritten Mancipation (bezw. bei Enkeln schon nach der ersten). Diese vernichtete wirklich ganz den Zusammenhang des in die Mancipation Gegebenen mit der *familia* des Vaters, denn sie vernichtete die *potestas*. Für die trotzdem aufgestellte Behauptung, daß die Emancipation überhaupt die Ingenuität des Emancipierten unangetastet lasse und dieser sein öffentliches Recht vollständig behalte, beruft man sich auf Äußerungen des Paulus und Ulpians, nach welchen die *capitis diminutio minima* lediglich in die privatrechtliche Sphäre des einzelnen eingreift (l. 5 § 2, l. 6 D. de capit. min. 4, 5), und des Gaius, wonach dem *parens manumissor* nicht ebenso wie dem Patron die *Fabiana* und *Calvisiana actio* gegeben werden sollen, *„quia iniquum est ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem“* (l. 2 D. si a parente 37, 12). Darüber kann auch kein Zweifel bestehen, daß in der Kaiserzeit die Emancipation der Ingenuität der Emancipierten nicht mehr schadete. Das hatte seinen Grund darin, daß das Hauskind, um von der väterlichen Gewalt befreit zu werden, nicht mehr dreimal durch eine reelle *servilis conditio* hindurchzugehen, sondern nur *dicis causa* mancipiert zu werden brauchte. Die *imaginaria servilis conditio* konnte sicherlich seine Ingenuität in keiner Weise

spruchen kann. Der Gewalthaber konnte, wie ja Schmidt selbst annimmt, seinen Sohn sogar *trans Tiberim* in die Sklaverei verkaufen.

[1] Gai. I, 138, 140.

[2] Mommsen (Bürgerl. u. peregrin. Freiheitsschutz S. 7, A. 1) nimmt an, daß der in Mancipation Gegebene im Census nicht bei seinem Herrn, sondern bei seinem Vater geführt sei, also den Platz behalten habe, den er vorher gehabt, wenn auch mit einem seine *servilis conditio* kundgebenden Zusatz. Bei der *manumissio censu* sei der letztere Vermerk von den Censoren gestrichen.

[3] Mommsen, a. a. O., schließt: Da der in Mancipation Gegebene fortfahre so zu heißen, wie er hieß *(L. Aemilius Lucii filius* mit dem Zusatz *Publii servus)*, so müsse er, sowie der *Publii servus* cessiere, auch wieder von Rechts wegen *L. Aemilius L. f.* nicht bloß heißen, sondern sein. Mir scheint der umgekehrte Schluß richtig: Da der Mancipierte bezüglich der reinen Familienstellung in der *potestas* seines Vaters bleibt, so muß er trotz des Dienstverhältnisses seinen Namen behalten.

beeinträchtigen. Darf man daraus einen Schluß ziehen für die Zeiten, in welchen die Freilassung aus der väterlichen Gewalt nur durch ein Hindurchgehen des Kindes durch eine wirkliche *servilis conditio* bewerkstelligt werden konnte? Meines Erachtens ist das zu verneinen: die Freilassung aus der dritten Mancipation konnte den Freigelassenen nicht seiner frühern *familia* in der alten Stellung und damit der Ingenuität zurückgeben, sie konnte ihm nur das Bürgerrecht eines *libertinus* verschaffen. Hatte sich der Vater bei der dritten Mancipation die Remancipation ausbedungen, wie es gewöhnlich wohl der Fall gewesen sein wird, und nahm er dann selbst die Manumission vor, so behielt jedenfalls der *emancipatus* den Namen des *parens manumissor*. Wenn der *manumissor* aber ein *extraneus* war, so möchte ich bezweifeln, daß in früheren Zeiten der Emancipierte seinen frühern Geschlechtsnamen behielt. Konsequenterweise wird er den Namen seines *manumissor*, des Quasipatrons, haben annehmen müssen. Wir können uns aber auch auf ein äußeres Zeugnis berufen, welches das Ergebnis unserer Deduktion bestätigt. Livius XLI, 8 berichtet aus der zweiten Hälfte des sechsten Jahrhunderts a. u. von den Latinern: — *liberos suos quibusquibus Romanis in eam condicionem, ut manumitterentur, mancipio dabant, libertinique cives essent.* Die Mancipation des latinischen Haussohns durch dessen Vater an einen Römer versetzte den ersteren nicht in die Sklaverei, denn sie war kein Verkauf in feindliches Ausland, sie bewirkte nur, daß sich nun der Sohn des *Latinus* in der *mancipii causa* des Römers befand, aber sie machte sofort der *patria potestas* des latinischen Vaters ein Ende, da sie doch immer Mancipation an den Bürger eines andern, wenn auch befreundeten, Staates war, wie umgekehrt auch die Mancipation eines römischen Haussohns an einen Latiner der *patria potestas* des römischen Vaters aus dem gleichen Grunde sofort ein Ende gemacht haben wird. Die Freilassung aus dem Dienstverhältnis konnte den Sohn des Latiners keiner römischen Familie zurückgeben und ihm die Stellung eines *ingenuus* verschaffen, er wurde daher nur ein *libertinus civis*. Man wende nicht ein, daß dieser Ausdruck des Livius sich nur auf den Quasipatronat des Freilassers beziehe. Diesen zu erwähnen, hätte in dem Zusammenhange der Stelle gar keinen Sinn und gar kein Interesse. Dem Livius kam es darauf an, die staatsrechtliche Stellung anzugeben, in welche die Söhne der Latini durch jenen ganzen Vorgang gelangten. Ganz in derselben Lage, wie diese an einen Römer mancipierten Latiner, befanden sich die zum dritten Male an einen andern Römer mancipierten römischen Söhne. Wie jene schon durch die erste Mancipation, schieden diese durch die dritte völlig aus der *familia* aus, der sie bisher angehört hatten. Die Freilassung aus dem Dienstverhältnis konnte ihnen daher auch nur die Stellung eines *libertinus civis* schaffen.

Die spätere Zeit hat in dem Wesen des *in mancipio esse* wesentliche Veränderungen hervorgebracht. Dazu hat namentlich zweierlei beigetragen. Wie die ganze Richtung der spätern römischen Zeit auf eine Abschwächung der Familienbotmäßigkeitsverhältnisse hinauslief, so scheint man namentlich der Versetzung der Kinder in ein knechtsartiges Verhältnis abgeneigt gewesen zu sein. Außerdem wurde aber die Mancipation von Hauskindern und Frauen *in manu* nicht bloß um ihrer selbst willen, sondern um Erreichung anderweitiger juristischer Zwecke willen vorgenommen. So ist das *in mancipio esse* eines der bedeutsamsten Vehikel in der Ausbildung des römischen *ius quod ad personas pertinet* geworden; namentlich die Emancipation und die *in adoptionem datio* verdanken ihm ihre Ausbildung. Begründung solchen Verhältnisses um fremd-

artigen Zwecks willen lassen aber aber dasselbe als ein nicht ernsthaft gemeintes erscheinen. Livius bezeichnet schon jene von den Latinern vorgenommenen Mancipationen als *imagines iuris*. Als solche nicht um ihrer selbst willen vorgenommene Mancipationen mußten den Römern die in ihrem eigenen Verkehr immer häufiger vorkommenden Mancipationen von Hauskindern zum Zweck der *emancipatio* und *in adoptionem datio* erscheinen. Immerhin mag längere Zeit verstrichen sein, ehe man solchen Mancipationen die Begründung der bisherigen Wirkungen absprach. Daß es aber demnächst geschehen ist, daran kann kein begründeter Zweifel bestehen. Gaius sagt I, 141: *set plerumque hoc fit dicis gratia uno momento.* Pernice[1] betrachtet freilich die *dicis gratia facta mancipatio* als eine wahre, deren Wirkung hier in keiner Weise verändert sei. Die Unrichtigkeit dieser Auffassung ergiebt sich schon daraus, daß die Mancipation hier als *dicis causa facta* bezeichnet wird. Das *dicis causa* vorgenommene Geschäft will, ohne auf Täuschung abzuzielen, nicht die ihm sonst zukommende Wirkung haben und hat sie auch dem Rechte nach nicht.[2] Wie z. B. bei der *coemtio fiduciaria*, so ist das auch bei der *mancipatio dicis causa* der Fall. So bezeichnet denn auch Paulus in l. 3 § 1 De cap. min. 4, 5 die Wirkung der bei der Emancipation vorkommenden Mancipation als ein *deduci in imaginariam servilem conditionem.* Der etwa von dem in dieser *imaginaria servilis conditio* noch Befindlichen gemachte Erwerb fiel gewiß nicht dem imaginären Quasiherrn zu, sondern bis zur dritten Mancipation dem bisherigen Gewalthaber. Die *imaginaria servilis conditio* konnte nun auch staatsrechtliche Wirkungen nicht mehr ausüben, und die Freilassung auch *ex tertia mancipatione* den Freigelassenen nicht mehr zum *libertinus civis* machen, denn er hatte sich nie in einer wirklichen *servilis conditio* befunden. Er blieb *ingenuus,* obwohl er ganz aus seiner bisherigen *familia* ausgeschieden war.

Mit dem Aufkommen der *mancipatio dicis causa* sind die reellen Mancipationen nicht etwa abgeschafft worden. Gaius trägt das Recht darüber noch vor, allein schwerlich kamen dieselben damals praktisch noch zu einem andern Zweck, als dem der *noxae deditio* vor. Es geht dies aus Gaius' eigenen Worten I, 141 hervor: *set plerumque hoc fit dicis gratia uno momento, nisi scilicet ex noxali causa manciparentur.* Unter den Schulen der römischen Juristen bestand für diesen Fall eine Kontroverse darüber, ob zum Zweck der *noxae deditio* des *filiusfamilias* erforderlich sei, daß er dem Verletzten dreimal nacheinander mancipiert werde, oder ob eine einmalige Mancipation genüge. Das erstere nahmen die Prokulianer, das zweite die Sabinianer an (IV, 79). Ob die Kontroverse nur ein theoretisches oder auch ein praktisches Interesse hatte, läßt sich fragen, aber kaum mit Sicherheit beantworten. Man sollte meinen, der Verletzte habe, auch wenn man der Meinung der Prokulianer folgte, kein Interesse an der mehrmaligen Mancipation gehabt, denn der Vater habe bei solcher Mancipation *ex noxali causa* nicht auf Freilassung klagen und den Quasiherrn während der Dauer des *in mancipio esse* trotz eines gewissen Fortbestehens seiner *potestas* in keiner Weise faktisch beeinträchtigen können. Aber unsere Nachrichten über das Verhältnis sind zu dürftig und zu wenig kasuistisch, um das letztere mit Sicherheit behaupten zu können. Auch innerhalb des verminderten Anwendungsgebiets, welches das *in mancipio esse* in späterer Zeit hatte, ging das Streben offenbar dahin, seiner ständigen Dauer entgegenzuwirken und es in

[1] Labeo I, S. 170. [2] Vgl. Bechmann, Der Kauf I, S. 177 ff.

seinen Wirkungen abzuschwächen. War die Mancipation zum Zweck der Emancipation vorgenommen, so konnte unfraglich nach der ersten bezw. zweiten Mancipation auf Grund der Verabredung, daß der Quasiherr manumittieren solle, der Vater mit der *actio fiduciae* auf die Manumission klagen, denn er verfolgte hier noch ein eigenes Interesse, da der Sohn durch die Freilassung in die volle *potestas* zurückfiel. Nach der dritten Mancipation hatte er aber, wenn er nicht die Remancipation, sondern nur die Manumission ausbedungen, kein eigenes Interesse mehr geltend zu machen, von einer *actio fiduciae* konnte also wohl nicht die Rede sein. Für diesen Fall wird nun aber von Gaius I, 140 bemerkt: *Quin etiam invito quoque eo, cuius in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt.* Der Censor nahm hier auf Antrag des *in mancipio* Befindlichen auch gegen den Willen des Quasiherrn den erforderlichen Vermerk in den Censuslisten vor. Dagegen, sagt Gaius ebendaselbst, soll der nicht wider den Willen des Quasiherrn *censu* die Freiheit erlangen können, welchen der Vater *ex noxali causa* an den Verletzten mancipiert hat; denn *hunc actor pro pecunia habet.* Gaius scheint hier doch zu behaupten, daß der Verletzte bleibend *pro pecunia*, d. h. statt der Satisfaktion in Geld, für die ihm zugefügte Verletzung die Quasiherrschaft über den Verletzten erworben habe. Es war also zu seiner Zeit noch nicht die Abschwächung auch dieses *ex noxali causa* begründeten *in mancipio esse* durchgedrungen, welche Papinian (Coll. leg. Mos. et Rom. II, 3) ausspricht, wonach der Quasiherr nach Abverdienung des Schadens durch den *noxae deditus* zwar nicht mit der *fiduciae actio* auf Freilassung belangt (denn die *mancipatio ex noxali causa* geschah nicht *sub pacto fiduciae*), wohl aber (auf Antrag des *in mancipio* Befindlichen selbst) vom Prätor zur Freilassung gezwungen werden konnte.[1] — Fragen muß man ferner, ob auch darin eine Milderung der ursprünglichen Lage des in reeller *mancipii causa* Befindlichen liege, daß nach Gai. I, 141 eine Injurie des Herrn gegen den *in mancipio* möglich sein soll, woraus der erstere hafte. Mit Recht hat man angenommen, daß dieser Satz dem alten Civilrecht nicht angehören könne. Dieses hat gewiß auch hier an dem Satz festgehalten, daß der dem *alienum ius* Unterworfene gegen den Inhaber dieses *ius* keine Forderung bezw. Klage haben könne. Schmidt meint, der Prätor erst habe hier dem Mancipierten Recht und Klage wider seinen Gewalthaber gegeben, die Klage habe nur in der Gestalt der *extraordinaria cognitio* erscheinen und nicht auf Geld, sondern nur auf irgend eine andere Strafe gehen können. Mir scheint, daß man sich hier zu viel Schwierigkeiten gemacht.[2] Um eine Ausnahme handelt es sich ja jedenfalls, die aber in der Kaiserzeit kein Bedenken mehr hat. Sowenig man Bedenken getragen, dem Haussohn als Inhaber eines *castrense peculium* die Fähigkeit zu Klagen auf Geld zuzugestehen, ebensowenig hat es Anstand, für das *in mancipio* befindliche Hauskind für diesen Ausnahmefall eine *iniuriarum actio* gegen den Quasiherrn auf Geld und die Fähigkeit, dieses Geld zu selbständigem Eigentum zu erwerben, anzunehmen.

[1] Schmidt, a. a. O. S. 26, A. 90, leugnet einen Widerspruch zwischen Gaius und Papinian; während Papinian ausdrücklich die Zeit nenne, nachdem die Schuld abverdient sei, werde Gaius die Zeit vorher im Sinne haben. Aber da Gaius an dieser Stelle gerade von einem Zwange zur Manumission handelt, so hätte er doch alle Veranlassung gehabt, ausdrücklich zu bemerken, daß nach abverdientem Schaden der Quasiherr auch zur Manumission des *ex noxali causa* Mancipierten gezwungen werden könne.

[2] Gegen Böckings (Pandekt. d. röm. Privatr. I[2], S. 194 f.) Ansicht vgl. Schmidt, a. a. O. S. 27, A. 96 und Kuntze, Kursus der Inst. [2] S. 559.

2. *Emancipatio* und *in adoptionem datio.*

§ 19. Der Satz der XII Tafeln: *Si pater filium ter venumduuit, filius a patre liber esto*[1] hat weiterreichende Folgen gehabt, als die Urheber desselben geahnt haben werden. Der Zweck der Bestimmung war, einem eigennützigen Mißbrauch der *patria potestas* einen Riegel vorzuschieben, sie ist aber benutzt worden, um das ursprüngliche Prinzip der Unlöslichkeit der *patria potestas* zu umgehen, und hat in dieser Verwendung zur Lockerung der Festigkeit der römischen Familienverfassung beigetragen. Wie man den Satz aber zu jenem Zweck verwendete, zeigt Gai. I, 132. Der Gewalthaber mancipierte den Sohn einem andern Bürger mit der Verabredung (*sub fiducia*), daß dieser ihn sofort aus dem Dienstverhältnisse freilasse, und dem entsprechend erfolgte eine *manumissio vindicta*, nach welcher der *manumissus* in die volle väterliche Gewalt zurückkam. Dann folgten eine zweite Mancipation mit gleicher Verabredung, zweite Freilassung und nochmaliger Rückfall in die väterliche Gewalt. Die dritte Mancipation endlich machte der väterlichen Gewalt ein Ende, schon bevor die Manumission des *mancipatus* erfolgt war. Je nachdem nun der Vater bei der dritten Mancipation sich die Remancipation ausbedungen oder nur Manumission verabredet hatte, erfolgte Remancipation an den Vater und Manumission durch diesen oder Manumission durch den Dritten. Bei Töchtern und Enkeln genügte eine einmalige Mancipation, um der väterlichen Gewalt definitiv ein Ende zu machen. Dies darf man nicht etwa so auffassen, als ob, abgesehen von der Zwölftafelbestimmung, jeder Verkauf eines Kindes von seiten des Vaters der väterlichen Gewalt ein Ende gemacht und das positive Eingreifen der Zwölftafelgesetzgebung dies für den Haussohn bezüglich der ersten und zweiten Mancipation verhindert hätte. Vielmehr erklärt sich jene Annahme aus einer Interpretation des Zwölftafelgesetzes, welche der Neigung der Römer, Töchter und Enkel hinter dem Haussohn, als unmittelbarem Fortsetzer der *familia* und daher wichtigerem Mitglied derselben, zurückzusetzen, Rechnung getragen hat. Scheidet der Sohn erst durch dreimalige Mancipation definitiv aus der *familia* aus, so können Töchter und Enkel schon durch einmalige von ihr losgelöst werden. Bleiben wir beim Sohn, so war die Emancipation zunächst kein einheitliches Rechtsgeschäft, sondern sie bestand aus einem ganzen Komplex von Akten, bei denen allerdings, wenigstens dem Gewalthaber, das letzte Ziel vorschwebte, die Freimachung des Sohnes von der Gewalt herbeizuführen. Die Verschiedenheit der das schließliche Resultat herbeiführenden Akte konnte noch stärker dadurch hervortreten, daß die zweite bezw. die dritte Mancipation mit einer andern Person, als der, welche bei der ersten bezw. zweiten konkurrierte, vorgenommen werden konnte, wenn es auch nach Gaius' Bericht gebräuchlich war, alle drei Mancipationen mit demselben Dritten vorzunehmen. Ferner darin (Paul. II, 25, 2), daß zu den drei Mancipationsakten verschiedene Zeugen zugezogen werden konnten, sowie darin, daß jeder an einem verschiedenen Tage geschehen konnte. Von dem Erfordernis der die Einheitlichkeit des Rechtsakts konstatierenden *unitas actus* war also nicht die Rede. In der frühern Zeit solcher Verwendung unseres Zwölftafelsatzes wurde der Haussohn durch die einzelne Mancipation ohne Zweifel noch in ein reelles *in mancipio esse* versetzt. Wann

[1] Ulp. fr. X, 1. Gai. I, 131. Dion. Hal. II, 27. Gai. V, 79.

zuerst diese Verwendung vorgekommen ist, läßt sich natürlich nicht sagen. Es dürfte aber nicht lange nach der Zwölftafelgesetzgebung geschehen sein. Jedenfalls hat C. Licinius Stolo, der eine Urheber der berühmten *Lex Licinia Sextia* vom Jahre 388 a. u., nach Liv. VII, 16 seinen Sohn zu dem Zweck emancipiert, um durch Überlassung von Strecken Gemeindelandes an ihn die Bestimmung jenes Gesetzes über das Maß der zu okkupierenden Ländereien zu umgehen. — Durch den von der Volksmeinung und der Jurisprudenz sanktionierten fortwährenden Gebrauch der Mancipationen und Manumissionen zu dem bezeichneten Zweck mußte allmählich die schon bei der Darlegung des *in mancipio esse* bezeichnete Veränderung in der Wirkung der Mancipation eintreten. Da ganz regelmäßig sämtliche Mancipationen schnell nacheinander an einem Tage vorgenommen wurden, der Sohn also nur *uno momento* in der *servilie conditio* verblieb, so mußte sich bei der Jurisprudenz die Ansicht bilden, daß das durch eine zum Zweck einer Freimachung von der väterlichen Gewalt vorgenommene Mancipation bewirkte *in mancipio esse*, welches sofort durch Manumission wieder aufgehoben werden sollte, nur ein bloßes Durchgangsstadium in dem Verlaufe einer komplizierten, aber durch die erzielende Wirkung zu einer Einheit zusammengehaltenen Rechtssolennität sei, mit anderen Worten, daß dieses *in mancipio esse* nicht ernstlich gemeint, sondern nur *dicis causa* begründet sei. Nach dem Durchdringen dieser Ansicht war das *in mancipio esse* in jenen Fällen keine wirkliche *servilis conditio* mehr, sondern nur noch eine scheinbare. Immerhin nahm man auch jetzt noch an, daß durch jede Mancipation bezw. jede Manumission eine *capitis diminutio minima* bewirkt werde, und ein Theoretiker, wie Gaius, trug das noch in seinen Institutionen als geltendes Recht vor. Praktischen Wert hatte es wahrscheinlich schon damals, jedenfalls in der spätern Kaiserzeit nicht mehr. Dem Auge des dem praktischen Rechtsleben zugewendeten Juristen mußte jener ganze geschilderte Komplex von Akten immer mehr zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft zusammenwachsen: dem der *emancipatio*, und äußerlich wurde diese Einheitlichkeit ohne Zweifel regelmäßig dadurch gekennzeichnet, daß das ganze Ritual möglichst an einem Tage, bezw. die Mancipationen mit demselben Dritten und vor denselben Zeugen vorgenommen wurden. Welche Wirkung die letzte Manumission, je nachdem sie vom *parens* oder dem Dritten vorgenommen war, auf den Namen des *emancipatus* haben mußte, ist bei der Besprechung des *in mancipio esse* dargelegt. Hier möge auch schon bemerkt werden, daß das alte civilrechtliche Intestaterbrecht rücksichtlich der Beerbung des Emancipierten die Quasipatrone, den *naturalis pater* und den *extraneus manumissor*, noch ganz gleich behandelt.

Wie der Zwölftafelsatz *„Si pater filium etc."* zur Ermöglichung einer Freilassung aus der väterlichen Gewalt, so ist er auch zu dem Zweck einer *in adoptionem datio*, des Gebens eines Kindes aus der Gewalt des leiblichen Vaters in die eines andern römischen Bürgers benutzt worden. Hier mußte der Komplex der zu solchem Zweck vorzunehmenden Rechtsakte noch zahlreicher werden, denn zu der Auflösung der bisherigen väterlichen Gewalt mußte hier noch ein weiteres, die Begründung der neuen Gewalt, hinzukommen. Soweit es sich um die Auflösung der bisherigen *potestas* handelte, stimmte der Vorgang bei der *in adoptionem datio* ganz mit dem bei der *emancipatio* überein. Es zeigt sich hier aber besonders deutlich, daß in ältester Zeit die väterliche Gewalt prinzipiell unlösbar war. Hätte sie als lösbar gegolten, so würde man gewiß, ent-

sprechend der *arrogatio* einer *persona sui iuris*, einen einfachen Akt für die Übergabe eines Hauskindes in die väterliche Gewalt eines Andern gebildet haben. Da sie aber als unlösbar galt, so mußte man hier zur Erreichung des erstrebten Zwecks unsern Zwölftafelsatz verwenden. Der weitere auf die dritte Mancipation noch folgende, zur Begründung der *patria potestas* des Adoptanten erforderliche Akt konnte entweder vom leiblichen Vater selbst, nachdem dieser sich den Sohn einer Verabredung gemäß hatte remancipieren lassen, oder von dem Dritten, bei welchem der Sohn *in tertia mancipatione* war, mit dem Adoptanten vorgenommen werden. Ließ sich der Vater den Sohn nicht remancipieren, so war wohl bei der dritten Mancipation mit dem Dritten zu verabreden, daß er das Weitere mit dem Adoptanten vornehmen möge. Gaius erklärt es I, 134 für angemessener oder bequemer, daß der weitere Akt mit dem Adoptanten von dem *parens* selbst vorgenommen werde. Warum es *commodius* sei, sagt er nicht. Nach der gewöhnlichen Annahme[1] ist es dies, weil dann der Adoptant selbst gleich habe der Fiduziar sein, also die ganze Adoptionshandlung zwischen ihm und dem natürlichen Vater allein, ohne Beziehung eines Dritten, habe vor sich gehen können. Es ist mir zweifelhaft, ob das in der That der Sinn von Gaius' Behauptung sei. Der Schlußakt des Ganzen bestand nämlich in einer vor dem Prätor bezw. einem Magistrat, *apud quem legis actio est*, vorgenommenen Vindikation des Adoptanten, dahingehend, daß dieser Mensch sein *filius* sei, worauf dann beim Unterbleiben einer *contravindicatio* von seiten des Gegners der Prätor dem Adoptanten den Vindicierten als seinen *filius* addicierte. Da war es nun zweckmäßiger, daß der leibliche Vater als scheinbarer Gegner dem Adoptanten gegenüberstand und ausdrücklich oder stillschweigend durch Unterlassung der *contravindicatio* dessen Vaterrecht anerkannte, und daß ihm gegenüber die *addictio* des Prätors erfolgte. Hätte ein Dritter, dem der Sohn mancipiert war, jenen Akt vor dem Prätor mit dem Adoptanten vorgenommen, so hätte der leibliche Vater immer noch einen Prozeß über die väterliche Gewalt mit dem Adoptanten beginnen können; die Frage, wem sie zustehe, wäre ihm gegenüber noch nicht durch eine *confessio in iure* und nachfolgende *addictio* des Magistrats formell erledigt gewesen. — Keineswegs aber darf man in der *in adoptionem datio* eine Succession in die väterliche Gewalt des leiblichen Vaters sehen.[2] Dessen Gewalt war schon mit der dritten Mancipation beendigt, selbst wenn er sich bei derselben die Remancipation vorbehalten und dadurch nach Gaius' Ausdruck „*quodammodo — potestatem propriam reservare sibi videtur*". Er oder der Dritte können der Vindikation des Adoptanten gegenüber nur ihr Quasiherrenrecht aufgeben. *Dationes in adoptionem* werden wohl ziemlich gleichzeitig mit den Emancipationen aufgekommen sein. Einige Fälle derselben aus republikanischer Zeit werden von den Alten berichtet.[3] Die *in adoptionem datio* hat dann auch die vorher bei Darstellung der *emancipatio* geschilderte Entwickelung durchgemacht. Wenn auch der Theorie nach noch zu Gaius' Zeiten der *in adoptionem emancipatus*, um Ciceros Ausdruck zu gebrauchen, eine ganze Anzahl von Kapitisdeminutionen durch die Wiederholungen der Mancipationen und Manumissionen durchmachen mußte, so stehen doch Juristen, welche sich an das schließliche Resultat des

[1] Scheurl, Beiträge z. Bearb. d. röm. R. I, S. 268.
[2] So Savigny, System III, S. 12.
[3] Liv. XLV, 40 f. Cic. de fin. I, 7, 24. Val. Max. VII, 7, 2.

Übertretens aus der einen *familia* in eine andere halten, nicht an, so zu reden, als wenn es sich hier nur um eine *capitis deminutio* handle, so Ulpian XI, 13: *Minima capitis diminutio est, per quam — — status dumtaxat hominis mutatur, quod fit adoptione et in manum conventione*, Paul. III, 6, 29: — *et si statum ex adrogatione vel adoptione commutaverit.*

Die schließliche Wirkung des *in adoptionem emancipare* bestand in der Begründung der *patria potestas* des Adoptanten über den *adoptatus* und in dem damit notwendig verbundenen Eintritt des letztern in die *familia* des erstern: der *adoptatus* wurde somit Agnat der Agnaten des Adoptivvaters, er nahm dessen Vor- und Geschlechtsnamen an, auch wurde ihm durch die Adoption die Angehörigkeit an die Stadt, aus welcher der Adoptivvater herstammte (*origo*),[1] bezw. an die Tribus desselben zu teil. Wenn aber auch die Adoption die Tribus bestimmte, so scheinen Unregelmäßigkeiten in dieser Beziehung früh vorgekommen zu sein. Nach dem Bericht in Gell. N. A. V, 19 sagte P. Scipio in einer Rede an das Volk, in welcher er als Censor gegen die *maiorum instituta* vorgekommene Verstöße rügte: *In alia tribu patrem, in alia filium suffragium ferre.* Sollten also, wie mir danach nicht unmöglich scheint, Inschriften vorkommen,[2] in denen für den *filius adoptivus* eine von der des Adoptivvaters abweichende Tribus angegeben wäre, so würde das nur ein Beweis mehr des Vorkommens solcher Irregularität, nicht eine Widerlegung des Satzes, daß der Adoptivsohn rechtlich der Tribus des Adoptivvaters zugehört, sein. Nicht dagegen war hier meines Erachtens mit dem Eintritt in die *familia* des Adoptivvaters auch ein Eintritt des *adoptatus* in die *gens* desselben verbunden. Man sage nicht etwa, daß beides nicht voneinander trennbar sei, denn wir ersehen aus Gell. V, 19, daß nach Masurius Sabinus Personen des Libertinenstandes von Freigeborenen zwar adoptiert wurden, durch solche Adoption aber nicht die *iura ingenuorum* erlangen konnten. Wenn also ein einem *ingenuus in adoptionem* gegebener *libertinus* nicht die *iura ingenuorum* erlangen konnte, so wird es auch nicht als unmöglich bezeichnet werden können, daß ein in Adoption Gegebener nicht unter die *gentiles* des Adoptivvaters eintrat. Die Erwerbung des Geschlechtsnamens des Adoptanten beweist diesen Eintritt nicht, denn er war ja auch der Familienname des Adoptivvaters. Für die Aufnahme des *in adoptionem datus* unter die *gentiles* des *adoptatus* kann man nicht Äußerungen anführen, welche auf keine juristische Präzision Anspruch erheben können, wie die des L. Aemilius Paullus bei Liv. XLV, 41: *duos enim tanquam ex magna progenie liberorum in adoptionem datos Cornelia et Fabia gens habent.* Mehr für den Eintritt des *adoptatus* in die *gens* könnte zu sprechen scheinen, daß L. Manlius Acidinus Fulvianus, eines Plebejers Sohn, im Jahre 575 neben seinem leiblichen Bruder, einem Plebejer, Konsul ist; denn von 412—581 sollen noch ohne Ausnahme ein Patrizier und Plebejer zusammen das Konsulat verwaltet haben. Danach müßte also der Fulvier durch die Adoption von seiten eines Patriziers wirklich Patrizier geworden sein. Allein wenn man berücksichtigt, daß schon 582 jene Gepflogenheit aufgegeben ist, so wird man es nicht wunderbar finden, daß man schon einige Jahre früher (575) neben einem Plebejer einen andern zum Konsulat zuließ, der, rechtlich strenggenommen, auch Plebejer geblieben, aber doch infolge der Adoption Sohn eines Patriziers

[1] L. 1 pr. D. ad munic. 50, 1. L. 7 C. de incolis 10, 39. L. 15 § 3 D. ad mun. 50, 1.
[2] Vgl. Mommsen, Zur Lebensgesch. des jüngern Plinius, Hermes III, S. 62, A. 3.

geworden war und einen patrizischen Namen führte. Gegen den Eintritt des *adoptatus* in die *gens* des Adoptanten spricht der ganze Vorgang bei der Arrogation, die dabei erforderte Konkurrenz der *pontifices* und der Kurialkomimitien. Ist es glaublich, daß man bei der einen Art der Adoption genau durch die *pontifices* hätte untersuchen lassen, *quae ratio generum ae dignitatis, quae sacrorum,* bei der andern dagegen nicht, vorausgesetzt, daß auch die letztere die Aufnahme des *adoptatus* in die *gens* des *adoptans* bewirkt hätte. Es widerspricht der alten politischen und sakralrechtlichen Bedeutung der patrizischen *gentes,* daß in dieselben eine Aufnahme durch einen aller politischen und sakralen Weihe entbehrenden Vorgang, welcher den *adoptatus* früher mehrfach erst durch eine *servilis conditio* hindurchführte, hätte stattfinden können.[1] Wir besitzen aber auch noch ein ausdrückliches Zeugnis, welches gegen jene Aufnahme spricht. aber erst nach Darlegung des Begriffs der *capitis deminutio minima* richtig verstanden werden kann. — Nicht bloß ein *homo libertini ordinis,* wie vorher schon bemerkt wurde: auch ein *servus* konnte von seinem Herrn *in adoptionem* gegeben und damit freigelassen werden. Es fand diese *adoptio* nach dem Ausspruch des Masurius Sabinus bei Gell. V, 19 *per praetorem* statt, worüber, wie über § 12 I. de adopt. 1, 11, bereits früher gehandelt ist.[2]

In den nichtjuristischen Klassikern[3] geschieht nicht selten einer *adoptio per testamentum* Erwähnung, über deren Bedeutung und etwaige rechtliche Wirkungen die Meinungen sehr auseinandergehen. Sie bestand darin, daß ein römischer Bürger in seinem Testament einen Andern zu seinem Erben einsetzte und ihm seinen Namen anzunehmen befahl. Cuiacius u. a.[4] halten sie für eine *adoptio non iure facta,* welche aber vom Volk durch eine *lex curiata* oder vom *princeps* bestätigt und dadurch geheilt werden könne, ähnlich wie ein im Testament ernannter Kurator vom Prätor bestätigt werden könne. Richter,[5] Dirksen[6] u. a. suchten auszuführen, die *adoptio per testamentum* falle mit der Berufung zur Erbschaft unter der Auflage, des Erblassers Namen zu führen, zusammen. Bachofen[7] erklärt sie für eine Erhebung der vermögensrechtlichen Repräsentation zu der Stellvertretung der ganzen Persönlichkeit, zum Sohnesverhältnis, welche auch den Eintritt in die politische Stellung des Verstorbenen zur Folge, aber allerdings keine rechtliche, sondern nur moralische Bedeutung habe. Endlich Mommsen behauptet, nach den Ordnungen der Republik stehe der testamentarisch Adoptierte dem unter Lebenden in den bekannten Formen Adoptierten rücksichtlich des rechtlichen Anspruchs auf den Namen des Adoptivvaters und des Eintritts in den neuen Agnations- oder Gentilitätsnexus ganz gleich.

[1] Mommsen, Röm. Forsch. I, S. 76 f., meint, der Einfluß der Pontifices müsse sich in früherer Zeit auch auf die Adoption im engern Sinne erstreckt haben, giebt aber zu, daß es schwer zu denken sei, mittelst welcher Rechtsform sie dieselbe zu kontrolieren vermocht hätten. Vielmehr ist aus dem völligen Mangel irgend einer Andeutung solcher Kontrolle umgekehrt zu schließen, daß die Adoption im engern Sinne keinen Eintritt in die patrizische *gens* bewirken konnte. Daher scheinen die Adoptionen auch erst in der nachsullanischen Zeit gemein geworden zu sein.

[2] Vgl. S. 140 f.

[3] Plin. hist. nat. XXXV, 2, 2. Dio Cass. XL, 51. Cic. Brut. 58; de off. III, 18; ad Att. III, 20. Cornel. Nepos Att. 5 u. a. St.

[4] Observ. VII, 7. Vgl. auch Vangerow, Pandekt. I[7], § 249, A. 3.

[5] *Exercit. iur. civ. de condit. nominis ferendi ultimis volunt. adscripta. Lips. 1780.*

[6] Versuche z. Kritik u. s. w. S. 73 ff.

[7] Ausgewählte Lehren S. 228 ff.

Mommsen giebt aber zu, daß die Adoption im Testament zur Hervorbringung jener Wirkungen nicht ausgereicht habe. Was aber hinzukommen mußte, darüber habe wahrscheinlich im Altertum selbst schon eine Kontroverse bestanden. Die ältere und eigentlich prinzipiell richtige Ansicht sei wohl dahin gegangen, daß die vollständige rechtliche Wirkung erst durch einen der Arrogation analogen Beschluß der Kurien eintrete. Eine neuere, aber in Ciceros Zeit bereits rezipierte und praktisch überwiegende Ansicht scheine aber angenommen zu haben, daß der im Testament Adoptierte nur seine Einwilligung vor dem städtischen Prätor als dem Verlassenschaftsrichter zu erklären habe. Diese Annahmen stützen sich auf die Nachrichten über die Maßregeln, welche der im Testament Cäsars adoptierte Oktavian einzuschlagen für gut fand, um jene Adoption wirksamer zu machen. Zunächst gab er nach Appian b. c. III, 14 f. vor dem städtischen Prätor die Erklärung ab, daß er die Adoption annehme. Sodann erwirkte er nach Appian b. c. III, 94 und Dio 46, 47 einen Bestätigungsbeschluß der Kurien. Der zweite Akt sollte offenbar etwas der *arrogatio per populum* Analoges herstellen. Welche Bedeutung hatte der erste? Meines Erachtens sollte er die bei der Adoption im engern Sinne vorkommende Vindikation des Adoptanten vor dem Prätor ersetzen. Darauf weist die Erklärung Appians hin: ἔθος γάρ τι Ῥωμαίοις, τοὺς θετοὺς ἐπὶ μάρτυσι γίγνεσθαι τοῖς στρατηγοῖς. Oktavian mag aber gefühlt haben, daß dieser Akt vor dem Prätor in Bezug auf ihn, der bereits von väterlicher Gewalt frei war, unpassend sei. Daher schlug er noch den zweiten Weg ein. Daß aber ein solcher bestätigender Kurienbeschluß bei den in republikanischer Zeit vorgekommenen testamentarischen Adoptionen etwas stets oder regelmäßig vorkommendes gewesen, dafür fehlt es an allen Anhaltspunkten. Ich muß mich vielmehr der Ansicht derer anschließen, welche darin, daß Oktavian einen solchen Kurienbeschluß erlangte, ein ihm mit Rücksicht auf den in Cäsars Testament ausgesprochenen Willen erteiltes Privileg sehen. Sind ihm doch auch andere exceptionelle Begünstigungen zu teil geworden, so die, daß ihm erlaubt wurde, sich zehn Jahre vor der gesetzlichen Zeit um das Konsulat zu bewerben. Wenn dem so ist, so wird also bei Anderen die testamentarische Adoption nicht für sich den Eintritt in einen neuen Agnationsnexus bewirkt haben. Man bedenke auch, welch ein exorbitantes Recht damit dem Testator gegeben wäre. Er hätte, ohne selbst den zu Adoptierenden je in seine *patria potestas* aufgenommen zu haben, demselben durch die Adoption seinen Agnaten gegenüber die Rechte gewähren können, wie wenn er wirklich sein *filiusfamilias* gewesen wäre. Er hätte ihm also dadurch seinen übrigen *sui* gegenüber näheres gesetzliches Erbrecht verschaffen können, als deren ohne diese Adoption nächsten Agnaten. Dem Einwande, daß bei den juristischen Schriftstellern von einem solchen Institut, welches doch für sie von höchstem Interesse sein mußte, nicht die leiseste Erwähnung vorkommt, entgeht Mommsen dadurch, daß er für die testamentarische Adoption eine seit dem Beginn der Kaiserzeit eintretende Rechtsänderung annimmt. Als das Geschlechtsrecht verfiel, sei die testamentarische Adoption aus dem Geschlechtswechsel in die bloße Annahme des Namens umgeschlagen und insofern als Adoption verschwunden. Höchst auffallend bliebe es aber doch immer, daß von dieser Rechtsänderung, die, wie bemerkt, erst in den Beginn der Kaiserzeit verlegt wird und doch nicht im Handumdrehen geschehen sein kann, bei den Juristen, welche doch in Bezug auf so manche Institution das Abgekommensein derselben berichten, sich nicht die leiseste

Erinnerung erhalten hat. Ein weiterer Beweis aber für den nach republikanischem Recht durch die testamentarische Adoption angeblich herbeigeführten Geschlechtswechsel, als der Namenwechsel, ist von Mommsen nicht beigebracht. Er würde genügend sein, wenn wir die Adoption im Testament mit der Wirkung des Wechsels des Geschlechtsnamens auf die früheren Zeiten der Republik zurückführen könnten. Für diese Zeiten ist sie uns aber meines Wissens nicht bezeugt. In den späteren Zeiten ist aber das alte Familienrecht der Römer nicht mehr in der vollen Strenge seiner Konsequenzen aufrecht erhalten: es kam die Adoption im engern Sinne auf, welche den Namenswechsel herbeiführte, ohne doch den *adoptatus* unter die *gentiles* des Adoptanten zu versetzen. Es war kein sehr bedeutender Schritt weiter, wenn dem einzelnen römischen Bürger dann auch das Recht zugestanden wurde, durch Anordnung in seinem Testament einem eingesetzten Erben auch seinen Geschlechtsnamen, der zugleich der Name seiner engern *familia* war, zu verleihen. Nur in Verbindung mit einer Erbeinsetzung, nicht etwa einem Legat kann, wie es scheint, diese Namensverleihung vorkommen, sie soll das testamentarische Erbewerden eines *extraneus* der Succession der gesetzlichen, den Namen des Erblassers tragenden Erben noch mehr annähern. Trennbar für den Eingesetzten war beides nicht. Die der Antretung hinzugefügte Erklärung des Eingesetzten, den Namen des Testators nicht führen zu wollen, würde dieselbe wirkungslos gemacht haben. Daß spätere faktische Nichterfüllung des Befehls des Testators, seinen Namen zu tragen, Versagung der *actiones hereditariae* dem Ungehorsam gegenüber zur Folge haben konnte, ist wahrscheinlich. Ob der testamentarisch Adoptierte aus dem *in nomen et familiam adsumere* noch andere Wirkungen, als den Namensübergang, für sich herleiten konnte, bleibt zu fragen. Aus Plinius h. n. XXXV, 2 ist zu ersehen, daß Personen, welche durch *adoptio testamentaria* den Namen einer patrizischen Familie erworben hatten, auch deren *imagines* in ihrem *atrium* aufführen zu dürfen beanspruchten, bezw. die *imagines* solcher Adoptierten unter denen jener Familie figurierten. Der dort genannte Messalla scheint dies aber in einer eigenen Schrift *de familiis* als unrechtmäßig zurückgewiesen und damit entschieden den agnatischen Nexus zwischen den testamentarisch Adoptierten und den Agnaten des Adoptanten in Abrede gestellt zu haben.

Mommsen geht so weit, zu behaupten, es sei die Adoption im Testament von Frauen in Ciceros Zeit ein in anerkannter Wirksamkeit stehendes Rechtsinstitut gewesen. Wahrscheinlich habe man den von einer Frau im Testament Adoptierten betrachtet als adoptiert im Testament ihres Vaters, so daß die letztwillige Erklärung der Frau dessen eigene vertreten habe und durch die Adoption der Adoptierte im Rechtssinn Bruder der Frau geworden sei. Wie jede testamentarische Adoption, so soll auch diese erst durch einen Kuriatbeschluß, also durch einen Akt der gesetzgebenden Gewalt perfekt geworden sein. Diese juristische Konstruktion der Frauenadoption verlangt die Annahme noch weiterer Abnormitäten. Die Frau soll eine letztwillige Erklärung folgenschwerster Art abgeben können in Vertretung ihres Vaters, während sonst das römische Recht eine Vertretung bei letztwilligen Verfügungen nicht kennt; eine Frau soll durch solche Erklärung jemand zum Agnaten ihrer Agnaten machen können, während doch einer Frau nach Civilrecht im Interesse ihrer Agnaten sogar die Testierfähigkeit entzogen ist. Um uns zu überzeugen, daß ein Kuriatbeschluß solchen Frauenakt zu einem wirksamen

habe machen können, dazu bedürfte es anderer Belege, als Cic. ad Att. 7, 8, 3 und Suet. Galba c. 4. Aus der Stelle Ciceros läßt sich nicht entnehmen, daß die Frauenadoption rechtlich wirksam war. Und wenn Galba, *adoptatus a noverca sua*, Vornamen und Geschlechtsnamen wechselte, so folgt daraus keinesfalls, daß mit dem Namenswechsel auch der Wechsel des Agnatennexus verknüpft war.

Kehren wir noch einmal zu der Adoption unter Lebenden zurück, so ist es nicht unsere Aufgabe, die für dieselbe geltenden Sätze im einzelnen darzulegen, es ist das den dogmatischen Darstellungen des römischen Rechts zu überlassen. Nur darauf möge hingewiesen werden, daß die dogmatische Ausgestaltung dieser Institution, wie so mancher anderen, lediglich durch die Jurisprudenz, ohne Eingreifung der Gesetzgebung oder sonstiger rechtssetzender Faktoren erfolgt zu sein scheint. Die meisten Sätze, welche für Arrogation und Adoption gemeinschaftlich gelten, mögen von den priesterlichen Juristen schon für die erstere, bei welcher ihnen die derselben vorausgehende *causae cognitio* oblag, ausgebildet und später dann auf die Adoption im engern Sinne übertragen sein. Durch die *pontifices* ist, wie wir genugsam aus Cic. pro domo c. 13 u. 14 ersehen können, für die Arrogation schon als leitender Gesichtspunkt der Satz aufgestellt: *adoptio naturam imitatur*, der übrigens nicht besagen soll, daß alle Voraussetzungen des Kinderhabenkönnens bei dem Adoptanten vorhanden sein müßten, er also z. B. verheiratet sein müsse, sondern nur, daß die konkrete Adoption nicht etwas im Verhältnis von Vater zu Kind geradezu Widersinniges enthalten dürfe. Die aus jenem Gesichtspunkt hergeleiteten Konsequenzen dürften von der pontifizischen Jurisprudenz schon in Bezug auf die Arrogation angenommen sein.

V. Die *capitis deminutio* und deren Stufen.

§ 20. Die eingehenderen Darstellungen des Wesens der römischen *capitis deminutio*,[1] welche in neuerer Zeit gegeben sind, weichen noch in sehr wesentlichen Punkten voneinander ab. Noch immer muß die Lehre von derselben, wenn auch nicht mehr mit Huschke[2] und Böcking als eine sehr im argen liegende, doch als eine wenig gesicherte bezeichnet werden. Gewisse Sätze, von denen man auszugehen habe, schienen namentlich durch Böckings scharfe und konsequente Darstellung als feste gewonnen zu sein, auch sie scheinen aber durch die Angriffe Späterer wieder in Frage gestellt zu sein. Zuweilen, und davon hat auch Böcking meines Erachtens sich nicht frei gehalten, hat man darin gefehlt, daß man den Begriff der *capitis deminutio* zu einseitig als einen dogmatischen behandelte und volle Aufklärung darüber vom Standpunkt der römischen Juristen zu den Zeiten von Hadrian bis Alexander Severus ge-

[1] Von neueren Darstellungen der *capitis deminutio* nenne ich: Savigny, System des heut. röm. Rechts S. 60 ff. u. Beilage VI, S. 443 ff. (wo sich ältere Litteratur verzeichnet findet); Becker, Handb. d. röm. Altertümer II, 1, S. 404 ff.; Böcking, Pandekten d. röm. Privatrechts I[2], S. 210 ff.; Scheurl, Beiträge z. Bearb. d. röm. Rs. S. 232 ff.; Pernice, Labeo I, S. 172 ff.; M. Cohn (Conrat), Beiträge z. Bearb. d. röm. R. Heft 2, S. 41 ff.; Hugo Krüger, Geschichte der *capitis deminutio*. Bd. I.

[2] Studien S. 221.

winnen zu können glaubte. Schon Savigny hat aber mit Recht darauf hingewiesen, daß in dem Namen *capitis deminutio* etwas Althistorisches angedeutet, daß die *capitis deminutio* ein historischer Begriff sei. In Bezug auf einen solchen ist immer die Möglichkeit ins Auge zu fassen, daß er im Laufe der Jahrhunderte unter veränderten Verhältnissen selbst eine Modifikation erlitten habe. Sollten wir finden, daß Begriff und Einteilung in der Gestaltung, wie sie uns von Gaius, Ulpian, Paulus geboten wird, etwas Unlogisches oder Unharmonisches haben, so wird es uns dadurch noch näher gelegt, zu prüfen, ob etwa historische Veränderungen stattgefunden haben, deren Einflusse die Störung der ursprünglichen Harmonie zuzuschreiben sei.

Faßt man den Namen *capitis deminutio* und deren Abstufung in eine *maxima, media* (diese heißt *maior* oder *minor,* je nachdem man von der *minima* oder der *maxima* ausgeht) und *minima* zunächst rein äußerlich ins Auge, so kommt man, mag man *deminutio* oder *diminutio* oder *minutio* sprachlich für das Ursprüngliche und Richtige halten, darüber nicht hinaus, daß dadurch eine Verringerung, Verminderung desselben *caput* ausgedrückt wird: eine Verringerung, welche in dreifacher Abstufung vor sich gehen kann. Es spricht dies einmal gegen Böckings Auffassung, soweit nach derselben durch jede *capitis diminutio,* auch die *minima,* das *caput,* d. h. die bisherige Stellung eines *civis* in einer bestimmten römischen *familia,* zerstört wird. Wenn jede *minutio* das *caput* völlig zerstört, so kann sie unmöglich eine *maxima, media* oder *minor* sein, denn was die sogenannte *media* oder *maxima* neben dem *caput* noch vernichtet, ist ja etwas außer dem *caput,* die Vernichtung also keine *capitis minutio.* A. Schmidt[1] ist der Meinung, das für die Auffassung jeder *capitis deminutio* als einer Degradation aus der sprachlichen Bedeutung des Wortes *deminutio* hergeleitete Argument sei zweifelhafter Natur, denn der Gebrauch des Lebens vergesse rasch das Etymon, und solcher Fortentwickelung des Sprachgebrauchs entspreche die Definition, welche Gaius von der *capitis deminutio minima* gebe. Allein dabei scheint mir nicht berücksichtigt zu sein, daß es sich bei der sprachlichen Erklärung von *capitis deminutio minima, maior, maxima* nicht allein um die Bedeutung des Wortes *deminutio* für sich, sondern um die Bedeutung desselben in jener Abstufung als *minima, media, maxima* handelt. In der Zusammensetzung mit diesen auf eine Abstufung hinweisenden Eigenschaftsworten kann es ursprünglich nur eine Verringerung der Rechtsfähigkeit bedeuten. Dazu will schlecht die Definition stimmen, welche z. B. Gaius[2] von der *capitis deminutio* giebt. Offenbar mit Rücksicht auf die *minima* erklärt er die *capitis deminutio* nur für eine *prioris status permutatio* und nimmt eine *minima* an, wenn *status hominis commutatur.* Die *capitis deminutio minima* in ihrer Gestaltung zur Zeit des Gaius, wonach sie eine bloße Vertauschung der Stellung in einer römischen *familia* mit der in einer andern ist, enthält in Wahrheit keine Verringerung, keine Degradation. Man hat freilich gesagt, vom patriarchalischen Standpunkt, für den es nur Familien und erweiterte Familien, *gentes,* gebe, sei der Austritt aus einer Familie, möge er geschehen, wie er wolle, stets ein Aufhören der Rechtsfähigkeit innerhalb der Rechtssphäre dieser Familie, ihres Agnatenkreises und ihrer *gens.* Der Austretende verliere alle Familienrechte, alle Agnationsrechte und, wenn er auch aus der *gens* trete, alle

[1] Das Hauskind *in mancipio* S. 9, A. 41.
[2] I, 159 sqq.

Gentilitätsrechte. Was außerhalb des Kreises, dem er bisher angehörte, aus dem Austretenden werde, ob er persönlich besser oder schlechter gestellt werde, sei dem Kreise selbst ebenso gleichgültig, wie dem Staat selbst das Schicksal des Verbannten. In dieser Deduktion ist verkannt, daß bei der Abstufung der *capitis deminutio* in eine *maxima, media, minima* die Rechtsfähigkeit nicht etwa bald vom Standpunkt des Staats, bald vom Standpunkt der Familie, bald vom Standpunkt irgend eines andern Kreises, sondern immer vom Standpunkt des Staats, und zwar des römischen Staats, beurteilt wird. Vom Standpunkt des römischen Staats kann aber keine Degradation darin gesehen werden, daß ein *civis* aus einer römischen *familia* ausschied und in eine andere *familia* übertrat.

Caput ist die Rechtssubjektivität eines *civis Romanus* (publizistische und privatrechtliche) nach dem *ius civile Romanorum*. Es ist mit Böcking streng daran festzuhalten, daß nur der *civis Romanus* ein *caput* nach römischem Civilrecht haben kann, *caput* ist ein civilrechtlicher Begriff. Der Peregrine mag, wenn er einem andern selbständigen Gemeinwesen angehört, ein *caput* nach dem Recht dieses haben: nach römischem Civilrecht hat er kein *caput*. Dasselbe gilt aber von den Latinen. Wenn der *Latinus* oder die *Latina* auch *commercium* oder gar *connubium* mit römischen Bürgern hat und dadurch gewisser römischer Geschäftsformen und gewisser römischer Rechte fähig ist, so stützt sich diese beschränkte Teilnahme am *ius civile Romanorum* doch nur auf Verleihung des römischen Staats, auf römische *lex*, nicht etwa schon auf die Zugehörigkeit des *Latinus* zum Staatenbund, und solche Verleihung beschränkter Teilnahme am *ius civile Romanorum* verleiht ihm kein *caput* innerhalb der römischen Staatsgenossenschaft.[1] Es sollen nun aber dafür, daß auch ein Nicht-*civis* durch Verlust der *libertas* eine *capitis deminutio maxima* erleide, äußere Belege beigebracht werden können. Es sollen nämlich die nur lückenhaft uns erhaltenen Worte des Gai. I, 160, wonach gemäß einer gewissen *lex* die, *qui contra eam legem in urbe Roma domicilium habuerint*, eine *capitis diminutio maxima* erleiden, nach Mommsen und Huschke sich auf die *dediticiorum numero ex lege Aelia Sentia* beziehen. Danach würde also sogar einem *dediticiorum numero* ein *caput* zugeschrieben sein. Die Beziehung der Stelle auf diesen Fall wird, wie Krüger[2] mit vollem Recht geltend macht, dadurch ausgeschlossen, daß nach der Bestimmung der *Aelia Sentia* die *dediticiorum numero in urbe Roma vel intra centesimum urbis Romae miliarium morari prohibentur*. Gai. I, 160 knüpft aber die *capitis deminutio maxima* für die betreffen-

[1] Nach Mommsen, Bürg. u. peregr. Freiheitssch. S. 3, A. 1, ist nach ältestem Recht der Bürger jedes nicht konföderierten Staats *servus sine domino* und die Freiheit rechtlich gebannt in den Kreis des *nomen Latinum*. Darin liege die Berechtigung, die *capitis deminutio* dreigliederig zu fassen. Man könne unterscheiden den Verlust des Bürgerrechts innerhalb Latium, den des Bürgerrechts in Rom unter Fortbestand des latinischen und den Fortbestand des Bürgerrechts in Rom bei veränderter häuslicher Rechtsstellung. Indessen die aus den uralten Sätzen über das *ius postliminii* hervorgehende alte Anschauung war die, daß die Römer den Bürger eines nicht befreundeten Staats auf dem Gebiet seines Staats, also unter dem Schutz desselben als *liber* nach dem Recht dieses Staats ansahen. Nur wenn er sich aus dem Schutz seines Staats hinaus auf römisches Gebiet begab, konnte er auch *in pace* okkupiert und dadurch Sklave werden. Der dem verbündeten Staat Angehörige unterscheidet sich nur dadurch von jenem, daß seine Freiheit, die auch keine *iusta libertas* ist, auch auf römischem Gebiet anerkannt wird und Schutz genießt.

[2] Vgl. die Note zu Gai. I, 160 in Krügers und Studemunds Ausgabe S. 38.

den Personen nicht an das *morari*, sondern an das *domicilium habere in urbe Roma*. Diesem Einwande sucht Mommsen durch die Behauptung zu entgehen, daß „*morandi vocabulum, ut degendi et consistendi, ad ipsum domicilium pertinet*“.[1] Dafür fehlt es aber an dem Beweise, denn in l. 239 § 2 D. de verb. sign. 50, 16 ist nicht etwa schlechthin gesagt, daß *hi, qui in oppido morantur, incolae sunt*, sondern: *nec tantum hi, qui in oppido morantur, incolae sunt, sed etiam qui alicuius oppidi finibus ita agrum habent, ut in eum se quasi in aliquam sedem recipiant*. Es ist da also nur gesagt, daß man in dem Gebiet eines *oppidum* sein Domizil haben könne, einerlei, ob man sich in dem *oppidum* selbst oder auf dem zu dem Stadtgebiet gehörigen Lande aufhalte. Nachweislich ist dagegen, daß das *morari* als bloßer faktischer Aufenthalt in Gegensatz zu dem *domicilium habere* gesetzt wird (l. 2 pr. u. l. 3 C. de incolis 10, 40 [39]). Auch der Zweck der Bestimmung der *lex Aelia Sentia* spricht dagegen, unter dem *morari* das *domicilium habere* zu verstehen. Man wollte nicht bloß das Domizil, sondern auch den bloßen Aufenthalt solchen Gesindels, wie es sich unter den *dediticiorum numero* befand, in der *urbs* und dem weitern genannten Gebiet verhindern. Cohn[2] macht ferner geltend, daß das *S. C. Claudianum* den Freiheitsverlust nach Paul. II, 21[a], 1 für die *mulier ingenua civisque Romana vel Latina* verordnet habe. In Anbetracht der Ausdrucksweise der Quellen, welche den Freiheitsverlust einer jeden Frau *ex senatusconsulto Claudiano* als *capitis deminutio* bezeichneten, dürfe man die *libertatis amissio* der *Latina* nicht aus dem Gebiet der *capitis diminutio maxima* ausschließen. Indessen Cohns Prämisse ist nicht zuzugeben. Wenn Gai. I, 160 zunächst sagt: *Maxima est capitis deminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit*, und dann unter den Beispielen die *feminae* aufführt, *quae ex senatusconsulto Claudiano ancillae fiunt*, so kann er darunter nur *feminae civis Romanae* verstanden haben. Wenn ebenso Ulpian XI, 11 die *maxima capitis deminutio* als die definiert, *per quam et civitas et libertas amittitur* und dann unter den Beispielen wieder die gegen das *S. C. Claudianum* verstoßende *mulier* anführt, so gilt von ihm dasselbe, wie von Gaius. Allem Gesagten nach werden wir die wiederholten Äußerungen römischer Juristen, nach welchen die *capitis deminutio maxima* Civität und Freiheit vernichtet, nicht mit Cohn als ungenaue betrachten dürfen.

Bevor ich darzulegen suche, wie die Disharmonie zwischen dem Namen und dem spätern Begriff der *capitis deminutio*, insbesondere der *capitis deminutio minima* sich historisch erkläre, haben wir der neuerlich aufgestellten Ansicht zu gedenken, daß die *capitis deminutio minima* zuerst als *capitis deminutio* qualifiziert worden sei, dagegen die Qualifizierung der Fälle der *civitatis amissio* und des Freiheitsverlustes als einer *capitis deminutio*, somit auch die Einteilung derselben in verschiedene Klassen erst seit dem Beginn der Kaiserzeit eingetreten seien. Von allem anderen abzusehen, widerspricht diese Auffassung direkten Aussprüchen der Alten. So wird Hor. Od. III, 5, 42 der gefangene Regulus als *capite minor* bezeichnet, bei Caes. de bell. civ. II, 32 findet sich die Auffassung des Freiheitsverlusts als einer *capitis deminutio*, in einer Rede bei Liv. XXII, 60 nennt Manlius Torquatus die in der Schlacht bei Cannä in Gefangenschaft geratenen Römer *deminuti capite, abalienato iure*

[1] Vgl. denselben in d. ersten Ausgabe von Gaius' Institutionen von Krüger u. Studemund p. XIX.

[2] A. a. O. S. 48 f.

civium, servi Carthaginiensium facti. Freilich soll es nach Cohn zuerst die Profanlitteratur gewesen sein, welche es mit dem Wort *deminutio* nicht mehr so genau genommen und auch die einen wahren Verlust des *caput* darstellenden Fälle dazu gerechnet habe, was dann später die Jurisprudenz von ihr angenommen habe. Vielmehr haben umgekehrt Horaz, Cäsar, Livius einen *terminus technicus* gebraucht, welcher in der Jurisprudenz für die Fälle des Freiheitsverlustes eines römischen Bürgers seit alter Zeit feststand und auch den Nichtjuristen allgemein bekannt und geläufig war. Auch in der Aufzählung bei Paulus Diaconus s. v. deminutus besitzen wir Reste einer alten, aus Verrius Flaccus herstammenden Nachricht. — Auch daß das gegen den Schuldenuntergang infolge von *capitis deminutio* Restitution versprechende Edikt unter *capitis deminutio* nur die *minima* versteht, gewährt schlechterdings keinen Beweis für Cohns Meinung. Der Ausdruck *capite deminutus* schlechthin ist in diesem Edikt, nicht weil es zur Zeit der Aufstellung desselben noch keine *capitis deminutio magna* gegeben hätte, sondern weil die Bestimmung desselben, wie die römischen Juristen selbst sagen, auf die *capitis deminutio maxima* und *media* keine Anwendung finden konnte, die Beziehung auf die *minima* sich also von selbst verstand, gebraucht. Das Edikt will nämlich gegen den *capite deminutus* selbst eine rescissorische Klage gewähren, wie wenn seine Schuld nicht untergegangen wäre. Wer aber eine der *magnae capitis deminutiones* erlitten, kann nicht selbst belangt werden: weder der, welchen eine *maxima capitis deminutio* betroffen, weil gegen einen *servus* auch eine *praetoria actio* nicht möglich ist, noch nach l. 7 § 3 D. de cap. m. 4, 5 der *exsul*, der eine *capitis deminutio magna* erlitten. In diesen Fällen soll also eine *utilis actio* gegen den *dominus* (bezw. gegen den *bonorum emptor*) gegeben werden.

Auch die neuerlich von Mommsen[1] gebilligte Ansicht,[2] daß einige römische Juristen die *capitis diminutio* nur zweigliederig gefaßt hätten, kann ich mit Schmidt[3] nicht für richtig erachten. In den Stellen, auf welche dieselbe gestützt wird, werden die *maxima* und *media* unter der Bezeichnung *magna* zusammengefaßt (so in l. 1 § 4 D. de suis 38, 16 und in l. 5 § 3 de extraord. 50, 13), oder es ist unter *magna* nur die *media* verstanden (so in l. 1 § 8 ad Sct. Tert. 38, 17, denn daß jemand, welcher eine *capitis deminutio maxima* erlitten, also Sklave geworden war, nicht nach dem Orphitianum zur Beerbung seiner Mutter zugelassen werde, brauchte gar nicht gesagt zu werden). Richtig ist, daß ein *civis Romanus* nach einer *media* nicht noch eine *capitis deminutio maxima* erleiden könne. Zwar ist die Freiheit im *caput* enthalten, und es ist daher eine *capitis deminutio maxima* möglich, welche auch sie vernichtet; aber was nach der bloßen *civitatis amissio* noch von dem im *caput* Enthaltenen übrig bleibt, macht auch kein verringertes *caput* mehr aus.[4]

Was in die spätere Lehre von der *capitis deminutio* eine Disharmonie ge-

[1] Bürgerl. u. peregrinischer Freiheitsschutz S. 3, A. 1.

[2] Pernice, a. a. O. S. 173.

[3] A. a. O. S. 10 in d. Note.

[4] Auch nach der *capitis deminutio maxima* bleibt noch etwas von dem *caput civis Romani* übrig, was allein für sich kein *caput* mehr ausmacht: sein Leben. Eine Strafe, welche auch dieses vernichtet, bewirkt keine *capitis deminutio* mehr, sondern eine *capitis consumtio*. Eine solche lag vor in jenen Fällen, in welchen einen Missethäter die Strafe der Sacertät traf, d. h. sein *caput alicui deorum cum familia pecuniaque sacrum* wurde. Vgl. Karlowa, D. röm. Civilpr. z. Z. der Legisakt. S. 177.

bracht, ist eine Veränderung, welche der Begriff der *capitis deminutio minima* im Laufe der Zeiten erfahren. Daß ihre Bedeutung früher eine andere gewesen, davon findet sich eine Spur noch in einer vielbesprochenen Stelle des Paulus, nämlich in L. 3 pr. § 1 D. de cap. min. 4, 5. Hier stellt Paulus zwei Fälle einer *capitis deminutio minima* zusammen: den der Kinder eines *arrogatus parens* und den eines *filius emancipatus*. Savigny namentlich hat darauf aufmerksam gemacht, daß die *capitis deminutio* von Paulus in den beiden Fällen auf verschiedene Gründe gestützt wird: für den ersten auf das *familiam mutare*, für den zweiten auf das *in imaginariam servilem causam deduci*. Auch die Ausdrücke, deren sich Paulus für die Annahme einer *capitis deminutio* bedient, weichen in den beiden Fällen in einer Weise voneinander ab, die kaum auf Zufall zurückgeführt werden kann. Im ersten Fall sagt er: *placet minui caput*, ein Ausdruck, dessen sich die juristischen Schriftsteller für Sätze bedienen, welche, wenn auch sicher, doch auf einer Annahme, einer übereinstimmenden Ansicht beruhen. Im zweiten Fall dagegen bedient er sich der Worte: *capitis minutio manifesto accidit*. Er bezeichnet damit den Satz als einen solchen, der eine von der Annahme der Jurisprudenz ganz unabhängige Sicherheit hat. Sollte es Fälle der *capitis deminutio minima* geben, welche nicht nach der ursprünglichen Anlage des Begriffs, sondern erst nach späterer Annahme der Jurisprudenz als solche galten? Festhalten wollen wir, daß Paulus jenes *placet* in einem Falle gebraucht, in welchem die *capitis deminutio* lediglich in der *familiae mutatio* gefunden werden kann. Meines Erachtens erlitt ursprünglich das Hauskind, welches in das *in mancipio esse* versetzt wurde, eine *capitis deminutio minima*.[1] Es war, wenngleich noch *civis* und frei, doch in einer wirklichen *servilis conditio*, einem Dienstverhältnis, welches sich, wie früher gezeigt wurde, sowohl in privatrechtlicher als in publizistischer Beziehung geltend machte. In privatrechtlicher Beziehung war es ein passives Mitglied einer fremden *familia*, als welches es, ebenso wie ein Sklave, vererbt wurde; in publizistischer Beziehung war es, wie oben gezeigt wurde, solange es sich in diesem Verhältnis befand, gewiß unfähig, Magistraturen zu bekleiden und in den Volksversammlungen abzustimmen: es erlitt also für die Dauer des nur durch ein *manumissio* aufhebbaren Rechtsverhältnisses eine wirkliche Schmälerung seiner Rechtsfähigkeit. Die Veränderung aber, welche im Laufe der Zeit mit dem *in mancipio esse* vor sich ging, mußte auf den Begriff der *capitis deminutio minima* eine Rückwirkung üben. Infolge der häufigen Verwendung der Mancipation *sub fiducia* zum Zweck der Emancipation und der *in adoptionem datio* verwandelte sich das dabei vorkommende *in mancipio esse* in eine *imaginaria servilis conditio*, welche nicht mehr die Wirkungen einer reellen *servilis conditio* hatte. Was als reale Wirkung der Versetzung in ein solches imaginäres *in mancipio esse* verblieb, war eine beschränktere oder völlige *familiae mutatio*. Kam man so dahin, diese als *capitis deminutio minima* anzusehen, so mußte man sie auch in der *manumissio ex mancipatione*, man mußte sie überhaupt in allen anderen, dem alten Civilrecht bekannten Fällen der *familiae mutatio* annehmen. Daß es bei solchem Übergang zu einer ganz veränderten Auffassung nicht ohne Schwanken zwischen älterer und neuerer Anschauung abgegangen ist, zeigt nichts deutlicher, als die Äußerungen des Paulus in L. 3 pr. u. § 1 de cap. min. 4, 5. Das Schwanken wurde dadurch begünstigt, daß man einzelne Fälle der *familiae mutatio*, nämlich die der Arro-

[1] Davon will auch H. Krüger, a. a. O. S. 28 f. wieder ausgehen.

gation und des Eintritts einer bereits gewaltfreien Frau in die *manus* eines Ehemannes, wegen der durch die *potestas* bewirkten Gebundenheit der Rechtsfähigkeit allenfalls noch unter den alten Begriff der *capitis deminutio minima* bringen konnte. Bezüglich der Hauskinder des *arrogatus* versagte aber die alte Auffassung völlig, und so mußte denn die neue Auffassung der *capitis deminutio minima* als einer bloßen *familiae mutatio* immer entschiedener durchgeführt werden. Die Übertragung des Begriffs der *capitis deminutio* auf jene Fälle ist lediglich ein Werk der Jurisprudenz, welche aber darin zur Einstimmigkeit gelangt ist (man erinnere sich des *placet* in der früher besprochenen Stelle des Paulus). Diese Abänderung des Begriffs der *capitis deminutio minima* kann schon in republikanischer Zeit erfolgt sein, denn das wohl noch in die letzte republikanische Zeit zurückreichende Edikt über die Rescission des Schuldenuntergangs infolge einer *capitis deminutio* hat offenbar schon den spätern Begriff vor Augen. Eine Äußerung über die *capitis deminutio* aber, wohl die älteste, die wir überhaupt besitzen, setzt meines Erachtens noch den ältern Begriff voraus. Es ist die Erwähnung der *capite deminuti* in der bekannten Definition der *gentiles* bei Cic. Top. 6. Er will hier Anwendungen geben der allgemeinen Weise des Definierens, welche zu Merkmalen, die dem zu definierenden Dinge mit anderen gemeinsam sind, ein weiteres, es von diesen scheidendes Merkmal hinzunimmt und so fortfährt, bis die eigentümlichen Merkmale vollständig erreicht sind, die diesem Ding mit keinem andern gemeinsam sind. So bestimmt er die *gentiles* zunächst als solche, welche dasselbe *nomen (gentilicium)* führen. Unter diesen sind aber auch die zur *gens* gehörenden Libertinen. Daher werden die *gentiles* weiter definiert als die von gleichem *nomen*, welche von Freigeborenen stammen. Auch das ist nicht genügend, denn zu ihnen gehören immer noch solche, welche unter ihren Vorfahren einen Sklaven bezw. Freigelassenen haben. So werden die *gentiles* wieder enger definiert als die von gleichem *nomen*, von deren Vorfahren keiner Sklave gewesen ist. Aber auch jetzt ist der Kreis nicht eng genug beschrieben. Es werden schließlich von den letztgenannten noch ausgeschlossen, welche *capite deminuti* sind. Gewöhnlich versteht man darunter (ich selbst habe es früher gethan) die durch *capitis deminutio* aus ihrer bisherigen *gens* ausgeschiedenen; aber diese Erklärung ist unmöglich, denn die durch Arrogation, *in adoptionem datio, conventio in manum* Ausgeschiedenen sind nicht mehr *eodem nomine*, sie haben das *nomen* des neuen Gewalthabers angenommen. Begriffen sind unter den *capite deminuti* Ciceros einmal die Emancipierten, welche das *nomen* des *parens*, welches sie durch die dritte Mancipation verloren hatten, als das des *manumissor* aus dem *in mancipio esse* wieder angenommen haben; ferner die durch Adoption im engern Sinne in die *potestas* eines Gentilen Eingetretenen, nicht aber die von einem Gentilen Arrogierten, denn diese gehören ja sicher zu den Gentilen. Die Emancipierten und Adoptierten im engern Sinne konnten nicht zu den *gentiles* gerechnet werden, weil sie aus einer *servilis conditio* freigelassen waren. So verstanden spricht unsere Stelle dafür, daß nach der ältern Auffassung nur der in das *mancipio esse* Versetzte eine *capitis deminutio minima* erlitt. Diese Auslegung könnte Bedenken erregen, wenn die Definition eine erst von Cicero herrührende wäre; aber nach seiner eigenen Angabe stammt sie nicht von ihm: *Nihil enim video Scaevolam, pontificem, ad hanc definitionem addidisse.* Das ist der kurz vorher (IV, 24) erwähnte Publius Mucius Scaevola (Vater des Quintus), welcher im Jahre 621 a. u. Konsul war und auch die Würde eines *pontifex maximus* be-

kleidet hat, derselbe Mucius pontifex, welcher Cic. de leg. II, 21, 53 u. 22, 57 als Autorität im *ius pontificium* und *civile* erwähnt ist.

Gehen wir nun zuerst auf die Fälle ein, in welchen ein *civis Romanus* eine *capitis deminutio maxima* erlitt, so wurde eine solche überall angenommen, wo der Freiheitsverlust als ein definitiver anzusehen war. Ob das bloße *in hostium potestatem* Geraten schon eine *capitis deminutio maxima* bewirkte, ist fraglich. Auffällig ist es jedenfalls, daß, wie schon von mehreren Seiten hervorgehoben ist, die Römer weder bei der Erörterung der *capitis deminutio maxima* der Kriegsgefangenschaft erwähnen, noch bei der Besprechung des *in hostium potestatem* Geraten dieses als *capitis deminutio maxima* charakterisieren. Und in l. 1 § 4 D. de suis 38, 16 wird der Fall des *apud hostes esse* als einer anderen Behandlung, als die *capitis deminutio vel magna vel minor*, unterliegend bezeichnet. Ob er gar nicht unter den Begriff der *capitis deminutio* falle oder nur den übrigen Anwendungen des Begriffs entgegengesetzt werden soll, tritt nicht ganz klar hervor. Um von weniger in Betracht kommenden Quellen abzusehen, wird aber bei Paul. Diac. p. 70 M.[2] als *deminutus capite* der *qui in hostium potestatem venit* angeführt.[1] Beides, die Ausschließung des *in hostium potestate esse* von der *capitis deminutio* und die Hinzurechnung desselben zu ihr, dürfte sich daraus erklären, daß der *captivus iure postliminii* seine *civitas Romana* noch wiedererlangen kann. Für die *captivi*, für welche das *postliminium* ausgeschlossen war, wird *capitis deminutio maxima* anzunehmen sein, nach Analogie der folgenden Fälle. In Sklaverei gerieten auch, wen sein eigener Vater, oder wen der *populus* als einen, der sich dem Kriegsdienst oder dem Census entzogen hatte, ins feindliche Ausland verkaufte, sowie der, welchen der *pater patratus* nach Senatsbeschluß durch völkerrechtliche *deditio* dem feindlichen Volk übergab. Für den *incensus* läßt Gai. I, § 160 ausdrücklich *capitis deminutio maxima* eintreten: *quae accidit incensis, qui ex forma censuali venire iubentur.* Für die anderen Fälle ist das gleiche anzunehmen, denn sie sind alle darin gleich behandelt, daß für den Verkauften oder Übergebenen das *postliminium* ausgeschlossen ist, wie Cicero[2] mehrfach angiebt. Diejenige Ansicht, welche annahm, daß der vom *pater patratus* Übergebene, wenn das andere Volk ihn nicht annahm (*si non sit receptus*), seine *civitas romana* behalte, wird die *capitis diminutio maxima* erst mit der Annahme der *deditio* haben eintreten lassen. Auch der dem Gläubiger addicierte Schuldner erlitt ohne Zweifel dadurch, daß er von demselben *trans Tiberim* in die Sklaverei verkauft wurde, eine *capitis deminutio maxima.*[3] Nach den XII Tafeln sollte der *fur manifestus* geprügelt und dem Bestohlenen addiciert werden.[4] Ob aber der *fur* durch *addictio* Sklave oder nur *adiudicati loco* werde, darüber bestand nach Gaius III, 182 schon unter den *veteres* eine Kontroverse. Man wird daher die Äußerung des Juristen der Kaiserzeit Sextus Caecilius bei Gell. XX, 1, 7: *nisi duram esse legem putas — — quae furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitutem tradit* nicht als ein entscheidendes Zeugnis für die Begründung der Sklaverei durch die *addictio* anführen können. Wahrscheinlich ist diese Kontroverse über den Sinn der Zwölftafelbestimmung doch erst entstanden, nachdem die Strafe selbst in der Praxis abgekommen war. Auch muß man annehmen, daß die XII Tafeln nicht gerade gesagt haben, daß der *fur manifestus*

---

[1] Vgl. auch Liv. XXII, 60.
[2] De Or. I, 40, 181. II, 32, 137. p. Caec. 34. de off. III, 30, 109.
[3] Gell. XX, 1, 47. [4] Gell. XI, 18, 8.

servus werden solle, vielmehr nur das Wort *addicere* gebraucht haben. Mommsen[1] ist der Meinung, die ältere Auffassung habe von dem sonst festgehaltenen Prinzip, wonach der vollständige Freiheitsverlust die Ausscheidung der betreffenden Person aus dem latinischen Rechtskreis fordere, hier abgesehen, während andere Juristen auch hier die gleiche Rechtsbehandlung gefordert hätten, offenbar nur um das Prinzip ausnahmslos durchzuführen. Mich bestimmt für die Annahme, daß der *fur manifestus* nur *adiudicati loco* wurde, einmal die Erwägung, daß die XII Tafeln, wie es scheint, den auch für die Begründung der Schuldknechtschaft gebräuchlichen Ausdruck *addicere* gebrauchten, sodann die Äußerung eines alten Gewährsmannes, welcher die Strafe des *furtum manifestum* noch aus der Praxis kannte und sie ganz so schildert, wie die Lage des dem Gläubiger addicierten Schuldners nach den XII Tafeln war, nämlich des Cato in der *oratio, quam de praeda militibus dividenda scripsit,* bei Gell. XI, 18, 18: *Fures privatorum furtorum in nervo atque in compedibus aetatem agunt.* Auch hier dürfte aber der Bestohlene das Recht gehabt haben, den *fur trans Tiberim* zu verkaufen und ihn dadurch in wirkliche Sklaverei zu versetzen.

Zu den bisher besprochenen, schon dem alten Recht angehörigen Fällen der *capitis deminutio maxima* sind wohl schon in republikanischer Zeit noch ein paar andere hinzugekommen. So soll der Freie, welcher, über zwanzig Jahre alt, sich doloserweise an einen um die Freiheit jenes nicht wissenden *ad pretium participandum* veräußern ließ und wirklich von dem Preise etwas empfing, Sklave des Käufers werden, und die Justinianischen Institutionen[2] führen diesen Fall ausdrücklich als einen der *capitis deminutio maxima* auf. Die gleiche Auffassung findet sich schon bei Papinian und Ulpian, denn dieser, die Ansicht jenes billigend, daß einem solchen *maior annis viginti*, auch wenn er ein *minor viginti quinque* sei, keine Restitution zu erteilen sei, führt zur Begründung an, daß er eine *status mutatio, i. e.* eine *capitis deminutio,* erlitten habe.[3] Daß Freie sich als Sklaven verkaufen ließen und nach vom Käufer gezahltem Preise ihre Freiheit geltend machten, war eine schon zu Plautus'[4] Zeiten nicht unbekannte Gaunerei. Es ist daher an sich wahrscheinlich, daß jener Rechtssatz schon in republikanischer Zeit durch ein Gesetz festgestellt ist. So bespricht ihn denn schon Q. Mucius Scaevola[5] in eingehender Kasuistik, welche darauf schließen läßt, daß der Rechtssatz damals kein neuer mehr war. Daß der Satz ein civilrechtlicher, kein erst durch das prätorische Recht eingeführter war, geht auch daraus hervor, daß nach Ulpians Ausspruch das Testament des Verkauften nichtig wird,[6] und daß er durch Manumission *libertinus* wird.[7] — Welcher Art der von Gaius noch in dem nicht vollständig entzifferten § 160 des ersten Buchs erwähnte Fall der *capitis deminutio maxima* war, und auf welche Lex er sich stützte, darüber können nur Vermutungen aufgestellt werden. Es handelt sich wohl um ein Gesetz, welches in strenger Weise die Freizügigkeit beschränkte. In früherer Zeit hatte man Maßregeln gegen die massenweise Übersiedelung der *socii ac nominis Latini* nach Rom treffen müssen. Diese Bestimmungen galten nicht gegenüber den Bürger- und Halbbürgergemeinden. Um Rom vor zu schneller Übervölkerung und die Bürgergemeinden vor Verödung zu schützen, mögen gesetzliche Bestimmungen getroffen sein, welche den Angehörigen der

[1] A. a. O. S. 5. [2] § 1 I. de cap. min. 1, 16. [3] L. 9 § 4 D. de minor. 4, 4.
[4] Plaut. Pers. I, 3, 55 ff. III, 1. IV, 3—9. [5] L. 23 pr. D. de lib. causa 40, 12.
[6] L. 6 § 5 D. de injusto 28, 3. [7] L. 21 D. de st. h. 1, 5.

Bürgergemeinden nur unter gewissen Bedingungen gestatteten, ihren Wohnsitz nach Rom zu verlegen.

Als unzweifelhaft alter Fall der *capitis deminutio media* ist der dessen zu nennen, welchem nach Begebung ins Exil *aqua et igni* interdiciert ist. In älterer Zeit war das Exil keine Strafe, auf welche erkannt wurde, sondern ein Mittel, eine Zuflucht für den, welchem ein Kriminalverfahren bezw. eine Verurteilung zu einer Kapitalstrafe drohte, um sich derselben zu entziehen.[1] Das bloße faktische Entweichen aus römischem Gebiet in der Absicht, sein Bürgerrecht aufzugeben, reichte aber noch nicht hin, um den Verlust der *civitas romana* und damit die *capitis deminutio media* herbeizuführen. Der Entflohene konnte noch verfolgt und zurückgebracht werden,[2] er selbst hatte das *ius revertendi* noch nicht verloren. Es mußte vielmehr der Flüchtling erst das römische Bürgerrecht mit dem eines andern selbständigen Staats, welchem nach römischer Anschauung das Exilrecht, d. h. das Recht zustand, römische Exulanten bei sich aufzunehmen,[3] vertauscht haben. Dieses Exilrecht stand nur den mit Rom föderierten Städten, sowie den latinischen Kolonien und den von Rom mit der Freiheit beschenkten Gemeinwesen zu.[4]

Gerade deshalb konnte das Exilrecht nur selbständigen Gemeinden zustehen, weil nur diese fähig waren, dem Exulanten ein von dem römischen verschiedenes Bürgerrecht zu gewähren. Den in die römische Civität aufgenommenen Gemeinden konnte es nicht mehr zustehen. Mommsen[5] hat die Ansicht ausgesprochen, innerhalb des römisch-latinischen Staatenbundes habe der in die Verbannung gehende römische Bürger schon dadurch, daß er in einer föderierten latinischen Gemeinde gemeindeangehörig wurde, das römische Bürgerrecht verloren: der Verlust des römischen Bürgerrechts für den in eine föderierte latinische Stadt in das Exil gehenden Römer beruhe nicht auf der Inkompatibilität des alten und des neuen Bürgerrechts, sondern auf der Inkompatibilität des römischen Bürgerrechts und fremder Gemeindeangehörigkeit. Meines Erachtens können mit dieser Auffassung die mehrfachen Äußerungen Ciceros über das Exil nicht in Einklang gebracht werden, sie lassen gar keine andere Auffassung zu, als die, daß er den Verlust des römischen Bürgerrechts für den *exul* an den Erwerb des neuen Bürgerrechts knüpft. So sagt er zunächst pro L. Cornelio Balbo 11, 28: *Duarum civitatum civis esse nostro jure civili nemo potest: non esse hujus civitatis civis, qui se alii civitati dicarit, potest. Neque solum dicatione, quod in calamitate clarissimis viris — — vidimus accidisse, ut earum civitatum fierent cives, hanc ante amittere non potuissent, quam hujus solum civitatis mutatione vertissent.* Hier zeigt sich klar, daß das *solum vertere* nicht etwa bloß Domizilwechsel ist, sondern *civitatis mutatione* vor sich geht. Ferner sagt er pro domo 30, 78: — *qui erant rerum capitalium condemnati, non prius hanc civitatem amittebant, quam erant in eam recepti, quo vertendi hoc est mutandi soli causa venerant.* Wie das *in civitatem recipere* aufzufassen sei, kann nach der frühern Stelle nicht zweifelhaft sein, das *solum vertere* geschieht auch nach dieser Stelle durch Erwerb des Bürgerrechts. Ebenso eindeutig ist die Äußerung in der Or. pro Caecina 34, 100: — *Nam cum ex nostro jure duarum civitatum nemo esse*

[1] Polyb. 6, 14. Cic. pro Caecina c. 33. 34. pro domo c. 30.
[2] Liv. 29, 21. Ascon. in Scaur. p. 23 Or. Huschke, Multa S. 237.
[3] Polyb. 6, 14. 22, 26. Liv. 43, 12. Cic. de orat. 1, 39.
[4] Cic. pro Balbo c. 11 u. 12. Hartmann, De exilio apud Romanos p. 4 sqq.
[5] Staatsr. III, S. 48 ff.

possit, tum amittitur haec civitas denique, cum is, qui profugit, receptus est in exsilium, hoc est in aliam civitatem. Auch hier wird der Begriff des Exils an die Inkompatibilität des römischen Bürgerrechts mit jedem andern Bürgerrecht geknüpft: zustande gekommen ist das *exulem esse* erst mit der Aufnahme in das andere Bürgerrecht. Fand der Geflohene keine Gemeinde mit Exilrecht, welche ihm das Bürgerrecht, wenn auch schlechtester Art, verleihen wollte, so kam das Exil im Rechtssinn überhaupt nicht zustande. Exul im Rechtssinne konnte man nur als *civis* in einer bestimmten Stadt, welche das *ius exilii* hatte, sein. Leider läßt sich der rechtliche Weg, auf welchem es zu diesem *exulem esse* kam, aus unserer zertrümmerten Überlieferung, welche eigentlich nur in Nachrichten nicht juristischer Quellen besteht, nicht mehr in allen Einzelnheiten erkennen. Das Recht, durch die Begebung ins Exil der drohenden Kapitalstrafe sich zu entziehen, beruht auf der *lex Porcia* und anderen ungenannten Gesetzen (Sall. Cat. 51, 22: — *An quia lex Porcia vetat? At aliae leges item condemnatis civibus non animam eripi, sed exilium permitti jubent.* 51, 40: *Postquam respublica adolevit et multitudine civium factiones valuere, circumveniri innocentes, alia hujuscemodi fieri coepere, tum lex Porcia aliaeque leges paratae sunt, quibus legibus exilium damnatis permissum est).* War einem römischen Bürger, der wegen eines mit einer Kapitalstrafe bedrohten Verbrechens angeklagt war, Termin für die gerichtliche Verhandlung in der Volksversammlung gesetzt, in welchem er zu erscheinen verpflichtet war, so war es eine zulässige *excusatio* seines Ausbleibens, daß er sich freiwillig ins Exil begeben habe.[1] Infolge dieser *excusatio* mußte die Verhandlung ausgesetzt werden, vielleicht (das läßt sich nicht mehr im einzelnen erkennen) unter Ansetzung eines weitern Termins, in welchem eine Anzeige zu erfolgen hatte, ob der Geflohene in irgend einer Stadt mit Exilrecht, bezw. in welcher, das Bürgerrecht erworben habe. Geschah solche Anzeige, daß der Geflohene das Bürgerrecht in einer bestimmten Stadt mit Exilrecht erworben habe, so erfolgte ein Beschluß der betreffenden Volksversammlung, welche das Urteil zu fällen gehabt hätte, *id ei iustum exilium esse,*[2] und daran reihte sich die im Auftrag der Volksversammlung vom Magistrat vorzunehmende *aqua et igni interdictio.*[3] Die Folge davon war, daß der Geflohene als Bürger jener Stadt, welche ihn als solchen aufgenommen, gegen jede Verfolgung der gegen ihn erhobenen Anklage rechtlich gesichert war, aber nur als Bürger dieser Stadt. Nur dort war ihm das *exilium iustum.* Hätte er dieses Bürgerrecht wieder verloren, so wäre damit auch der rechtliche Schutz gegen weitere Verfolgung der früher in Rom ihm drohenden Anklage hinfällig gewesen. Zugleich machte ihm die an die Erklärung, *id ei exilium iustum esse,* sich knüpfende *aqua et igni interdictio* die Rückkehr nach Rom *iure postliminii* unmöglich: sie verbot allen auf römischem Gebiet Lebenden, ihm Aufnahme, Obdach und Unterhalt zu gewähren, in einzelnen Fällen wurde das zurückgebliebene Vermögen des *exul* vom Staat eingezogen und verkauft.[4] Die *aqua et igni interdictio* erfolgte hiernach ursprünglich erst gegen den, welcher durch die *mutatio civitatis* das römische Bürgerrecht bereits verloren hatte. Aber dabei scheint es nicht verblieben zu sein. Der Volksbeschluß, *id ei iustum exilium esse,* konnte nur erfolgen, wenn der Geflüchtete von einer Stadt mit Exilrecht als *civis* aufgenommen war. Wie gestaltete sich das Verfahren, wenn

[1] Liv. III, 11—13. XXV, 4. XLIII, 2. [2] Liv. XXVI, 3. [3] Liv. XXV, 4.
[4] Liv. III, 56—58. XXV, 4. XXIX, 36.

eine solche Aufnahme nicht stattfand? Auch wenn von dem Volk die von dem Flüchtigen verwirkte Strafe gegen ihn erkannt wäre, hätte dieselbe doch, solange man seiner nicht habhaft war, nicht vollzogen werden können, und außerdem konnte gegen die, wenn auch ohne genügende Entschuldigung, Abwesenden das gewöhnliche Verfahren nicht fortgesetzt werden. Es scheint, daß man solchenfalls auch gegen den noch nicht *in iusto exilio* sich befindenden Flüchtigen die *aqua et igni interdictio* beschloß, bezw. aussprechen ließ. Hier traf diese einen, der das Bürgerrecht noch nicht verloren hatte, und sie selbst versetzte ihn wohl in einen faktisch völliger Rechtlosigkeit gleichkommenden Zustand, nahm ihm aber der Theorie nach das Bürgerrecht nicht. Anders läßt sich Ciceros Außerung pro domo 30, 78 nicht verstehen: *qui erant rerum capitalium damnati, non prius hanc civitatem amittebant, quam erant in eam recepti, quo vertendi hoc est mutandi soli causa venerant. id autem ut esset faciundum, non ademptione civitatis, sed tecti et aquae et ignis interdictione faciebant.* Danach enthielt die *aqua et igni interdictio* keine *ademptio civitatis*, sondern war nur geeignet, das ganze Streben des Interdicierten darauf zu richten, daß er ein neues Bürgerrecht erwerbe. Immer war auch solchenfalls die *aqua et igni interdictio* keine Strafe, sondern eine Maßregel gegenüber einem Bürger, welcher sich durch Flucht der Verurteilung, bezw. Vollziehung der Strafe entzogen hatte. Eine wichtige Veränderung im Wesen des Exils ist in den letzten Zeiten der Republik, wahrscheinlich seit C. Gracchus, eingetreten. Einmal hat das Aufkommen der *quaestiones perpetuae* eine wesentliche Einwirkung ausgeübt. Gegen die Urteile derselben konnte keine Provokation an das Volk eingelegt werden: wollte hier der Angeklagte der etwa in Aussicht stehenden Verurteilung entgehen, so mußte er so zeitig sich ins Exil begeben, daß er auf seine volle Verteidigung Verzicht leisten mußte, denn nach Fällung des Urteils konnten die Magistrate sofort die Strafe vollziehen. Andererseits konnten die Quästionsgerichte nicht auf Todesstrafe erkennen, da nach dem Gesetz des C. Gracchus *de capite civium Romanorum* nicht *iniussu populi* erkannt werden durfte. Statt auf Todesstrafe wurde jetzt von den *quaestiones perpetuae* auf Exil erkannt.[1] Andererseits fielen, seitdem das römische Bürgerrecht über ganz Italien verbreitet war, die Gemeinden mit Exilrecht in Italien fort. Weil die Verbannten dadurch, daß das Exil selbst eine Strafe geworden, der Erwerbung des Bürgerrechts in einer andern selbständigen Gemeinde nicht mehr zur Sicherung gegen eine andere Strafe bedurften und deshalb auch nicht mehr so erstrebten, so gab es bald eine große Zahl von *exules*, welche nicht Bürger eines andern Staats geworden waren. Es ist begreiflich, daß sich jetzt der Satz bildete, es solle das römische Bürgerrecht schon durch die Verurteilung zum Exil, bezw. die daran geknüpfte *aqua et igni interdictio* verloren werden.[2] Dieser Satz hat sich vielleicht schon in republikanischer Zeit gebildet.[3]

Zu fragen ist sodann, inwiefern der *civitate mutatus* eine *capitis deminutio media* erleidet. Dem Grundbegriff der *capitis deminutio* nach liegt keine *capitis deminutio* vor, wenn der einer andern *civitas*, z. B. einer latinischen Kolonie oder einer Stadt mit latinischem Recht Angehörige sein bisheriges Bürgerrecht durch Erwerb der *civitas romana* verliert. Diesen Fall will auch Paul. Diac.

[1] Vgl. Mommsen, Röm. G. II[3], S. 110; Hartmann, a. a. O. p. 3.

[2] Hartmann, a. a. O. p. 21. Gai. I, 161. Ulp. XI, 12.

[3] Bewiesen wäre es, wenn feststände, daß die Stelle des Fest. v. deminutus ganz aus Verrius Flaccus entlehnt sei.

p. 70 M. kaum einschließen, wenn er sagt: *Deminutus capite appellabatur, qui civitate mutatus est.* Sicher ist umgekehrt, daß, wer mit seiner Einwilligung, bezw. der seines Gewalthabers in eine latinische Kolonie als deren Mitglied deduciert ist, eine *capitis deminutio media* erleidet. Ausdrücklich wird dies ausgesprochen von Boethius, der es aus der Schrift eines Juristen entnommen haben wird, ad Cic. Top. 4 § 18 (ed. Baiter p. 302): — *media vero, in qua civitas amittitur, retinetur libertas, ut in Latinas colonias transmigratio.* Wenngleich hier, wie bei dem Fall des Exils, der Verlust des Bürgerrechts nicht ohne den Willen des Betreffenden, bezw. den seines Gewalthabers eintritt, so ist es doch nicht sein Willensakt, wodurch er das Bürgerrecht einbüßt; in beiden Fällen ist es vielmehr der Erwerb des fremden, mit dem römischen inkompatiblen Bürgerrechts, wodurch der Verlust des römischen Bürgerrechts und somit die *capitis deminutio* eintritt. Wie aber ist es, wenn ein römischer Bürger nicht durch einen Akt seines eigenen Staats, sondern durch Verleihung von seiten eines andern souveränen Staats dessen Bürgerrecht erhält und dasselbe annimmt? Kann er ohne Zustimmung des römischen Staats aufhören, römischer Bürger zu sein? Daß ein solcher Eintritt in eine andere Bürgerschaft nach römischem Recht, wie Mommsen[1] behauptet, nichtig sei, kann in dieser Allgemeinheit nicht als richtig anerkannt werden. Möglich ist, daß (aber auch dafür mangelt es, soviel ich sehe, an einem Zeugnis) der römische Staat die Annahme eines fremden Bürgerrechts unter Beibehaltung des Domizils in Rom, so daß der frühere *civis Romanus* in Rom nur *municeps* geblieben wäre, für nichtig erachtete. Im allgemeinen war aber Austritt aus dem römischen Bürgerverband durch Annahme des Bürgerrechts einer andern souveränen *civitas* durchaus zulässig. In einer speziellen Erörterung des *ius omne mutandae civitatis* sagt Cicero ausdrücklich, pro Balbo 11, 27: *Iure enim nostro neque mutare civitatem quisquam invitus potest, neque, si velit, mutare non potest, modo adsciscatur ab ea civitate, cuius esse se civitatis velit: ut, si Gaditani sciverint nominatim de aliquo cive Romano, ut sit is Gaditanus, magna potestas sit nostro civi mutandae civitatis, nec foedere impediatur, quominus ex cive Romano civis Gaditanus possit esse;* und 13, 3: *O iura praeclara, atque divinitus jam inde a principio Romani nominis a majoribus nostris comparata! ne quis nostrum plus quam unius civitatis esse possit: — — ne quis invitus civitate mutetur: neve in civitate maneat invitus. Haec sunt enim fundamenta firmissima nostrae libertatis, sui quemque iuris et retinendi et dimittendi esse dominum.* Wohl aber konnte der, welcher durch Aufnahme als Bürger in eine andere *libera* oder *foederata civitas* die *civitas Romana* verloren hatte, durch Rückkehr nach Rom in der Absicht, dort wieder Bürger zu werden, *postliminio civitatem recuperare;*[2] es bedurfte in diesem Falle keiner Neuverleihung des Bürgerrechts, doch scheint eine *reiectio* des Zurückgekehrten durch Volksbeschluß möglich gewesen zu sein. Man kann nun fragen, ob dieser Fall der *civitatis mutatio,* welcher durch *postliminium* noch wieder rückgängig werden konnte, als eine *capitis deminutio media* angesehen wurde. Es machen sich hier dieselben Zweifel geltend, wie bei der *capitis deminutio maxima* im Fall des *in hostium potestatem venire.* Unzweifelhaft wird eine *capitis deminutio* angenommen sein, wenn durch *reiectio* das *postliminium* ausgeschlossen war.

[1] Bürgerl. u. peregrin. Freiheitssch. S. 4 sub 3.

[2] Vgl. Cic. pro L. Cornelio Balbo c. 11. 12. Fest. s. v. postliminium receptum p. 218 M.

Auch für den Haussohn, welchen ein römischer Bürger einem einer latinischen Gemeinde angehörigen *Latinus* mancipierte, trat eine *capitis deminutio media* ein, denn die Mancipation bewirkte in diesem Falle definitiven Verlust der *civitas Romana*, während umgekehrt, wenn ein *Latinus* seinen Haussohn einem römischen Bürger mancipierte, in solcher *civitatis mutatio* vom römischen Standpunkt aus keine *capitis deminutio media* gesehen sein wird.

Ein Paar weitere, noch der republikanischen Zeit angehörige Fälle der *capitis deminutio media* führt Paulus an in l. 5 § 1 D. de cap. minutis 4, 5: *Qui deficiunt, capite minuuntur (deficere autem dicuntur, qui ab his, quorum sub imperio sunt, desistunt et in hostium potestatem se conferunt):*[1] *sed et hi* (nämlich *capite minuuntur), quos senatus hostes iudicavit vel lege lata, utique usque eo ut civitatem amittant.* Unter denen, *qui deficiunt*, sind einzelne Bürger oder ganze Bürgermunicipien zu verstehen, welche in einem Kriege von Rom abfallen und sich auf die Seite seiner Feinde schlagen. Es gehören dahin nicht etwa bloß die *transfugae*, denen ausdrücklich *postliminium* versagt ist, sondern auch abtrünnige Bürger- oder Halbbürgergemeinden, welche durch ihren Abfall das Bürgerrecht einbüßten und nach ihrer Wiederunterwerfung in den Zustand von *dediticii* gerieten, wie im Hannibalischen Kriege Capua.[2] In voller Übereinstimmung mit Paulus stellt schon Cicero in Cat. I, 11 den allgemeinen Satz hin: *At nunquam in hac urbe ii, qui a republica defecerunt, civium iura retenuerunt.* Um einen ähnlichen Fall mag es sich handeln in dem Fragment von den Dediticiern, welches auch von Bürgern handelt, die *dediticiorum numero* geworden, dann aber durch eine *lex* restituiert sind.[3] Eine *capitis deminutio media* trat auch in dem zweiten in der angeführten Stelle erwähnten Falle ein, dem des durch den Senat erfolgenden *civem aliquem hostem reipublicae iudicare,*[4] welches wahrscheinlich erst in den späteren revolutionären Zeiten der Republik aufgekommen ist. Das *hostem iudicari* wird in einem Brief des Decimus Brutus an Brutus und Cassius auf eine Linie mit dem *aqua et igni interdici* gestellt,[5] und Phil. 11, 6 wird als Wirkung des *hostem iudicari* dieselbe Rechtsfolge, welche das *exilii causa solum vertere* hatte, bezeichnet, nämlich der Güterverkauf: *iudicavit hostem Dolabellam: bona eius censuit publice possidenda.*[6]

Nachdem die *capitis deminutio minima*, deren Anwendungsgebiet jetzt zu bestimmen, sich der römischen Jurisprudenz zu dem Begriff einer *familiae mutatio*, d. h. eines vollen oder beschränkteren Ausscheidens aus der bisherigen *familia* (welche möglicherweise aus dem in Frage kommenden Individuum allein bestehen konnte) und des Eintretens als aktives oder passives freies Mitglied in eine neue, von der frühern verschiedenen *familia* umgebildet hatte, wurden folgende Fälle dazu gerechnet. Zunächst erfahren der *arrogatus* und seine Kinder eine *capitis deminutio minima,*[7] sodann die Frau, *quae in manum mariti*

---

[1] Hier ist die Parenthese zu schließen, nicht erst nach *lege lata*. In der Parenthese wird nur eine Erklärung der Bedeutung von *deficere* gegeben, ohne spezielle Beziehung auf den römischen Staat.

[2] Vgl. Bd. I, S. 300. [3] Vgl. Bd. I, S. 766 ff.

[4] Vgl. Brisson. de form. 2, 261 f. Huschke, Multa S. 187, A. 116. Nissen, D. Justitium S. 26 ff. Cohn, Beiträge z. Bearb. d. röm. Rs. I, 1, S. 100 ff.

[5] Vgl. auch Appian de b. c. 1, 65.

[6] Vgl. noch Appian de b. c. I, 60. 73.

[7] Gai. I, 162. III, 83. 84. IV, 38. Ulp. XI, 13. Paul. S. R. III, 6 § 29. L. 11 § 2 D. de b. p. s. c. 37, 11. L. 3 pr. D. de c. m. 4, 5.

convenit,[1] einerlei, in welcher Form dieser Eintritt in die *manus* erfolgte. Seitdem aber der *usus* abgekommen war und durch *confarreatio* die Frau nur noch *sacrorum causa* in die *potestas* des Mannes kommen sollte, blieb nur noch die *coemtio* als eine *familiae mutatio* bewirkend übrig, sie wird daher allein von Gai. I, 162. IV, 38 unter den Gründen der *capitis deminutio minima* aufgeführt. Sodann trifft eine *capitis deminutio minima* auch den, welcher in das *in mancipio esse,* auch ein imaginäres, versetzt,[2] sowie den, welcher aus demselben freigelassen wird. Der Haussohn, welcher emancipiert wird, erleidet also eine sechsfache,[3] bezw. wenn er nach der dritten Mancipation an den *parens* remancipiert und von diesem manumittiert wird, eine siebenmalige *capitis deminutio,* ebenso der *in adoptionem datus;* die Frau, welche eine *coemtio fiduciaria* mit jemand eingeht, von diesem einem andern mancipiert und dann manumittiert wird, eine dreimalige.

Eine *capitis deminutio minima* liegt nur vor beim Wechsel, dem Vertauschen der Stellung in einer römischen *familia* mit der in einer andern, es fällt nicht unter den Begriff derselben das bloße Selbständigwerden der gewaltunterworfenen Personen durch den Tod des Gewalthabers, oder das Treten der bisher der Gewalt des Großvaters unterworfenen Enkel mit dem Tode desselben in die Gewalt des Vaters. In den letzteren Vorgängen liegt nur ein natürliches Hervorwachsen einer *familia* aus einer andern: die, welche zu der alten *familia* gehört haben und nun selbständige *familiae* bilden, stehen immer noch in einem weitern Familiennexus zu einander, weil sie aus der alten Familie nicht ausgeschieden, sondern hervorgegangen sind. Dagegen wer z. B. durch *in adoptionem datio* aus einer Familie in eine andere übergetreten ist, hat einen Wechsel der Familie durchgemacht: er ist, auch wenn er von einem Agnaten adoptiert sein sollte, aus der frühern Familie ausgeschieden und ist nicht etwa Agnat seiner bisherigen Agnaten geblieben, weil er aus derselben *familia* hervorgegangen wäre, sondern er ist es von neuem geworden, weil er durch die Adoption von seiten des Agnaten wieder in agnatische Verbindung mit jenen eingetreten ist. Treffend sagt Böcking:[4] „in der *mutatio* liegt nicht die bloße *ἀλλοίωσις*, sondern die *ἐνάλλαξις* oder *ἄμειψις*". — Keine *mutatio,* sondern gleichfalls nur ein Selbständigwerden lag vor, wenn ein Römer dadurch, daß sein Gewalthaber eine *capitis deminutio maxima* oder *media* erlitt, gewaltfrei wurde.

Der schärfern Erfassung des Wesens der spätern *capitis deminutio minima* halber ist es rätlich, schon an dieser Stelle noch ein paar Fälle der Unterwerfung eines *civis Romanus* unter die väterliche Gewalt eines andern zu betrachten, die, wenn nicht alle, doch größtenteils erst der Kaiserzeit angehören. Ein mit römischer Civität versehenes Kind, eine *sui iuris persona,* kann durch die *annicuii* und durch die *erroris causae probatio* in die *patria potestas* seines Vaters kommen. Böcking[5] meint, diese und andere Fälle seien in den Quellen deshalb nicht als *capitis deminutio* bezeichnet, weil sie alle dem neuern Recht angehörten, die altcivile Lehre von der *capitis deminutio* aber und den Fällen ihres Eintritts schon in der republikanischen Zeit abgeschlossen gewesen sei. Das trifft vielleicht in Bezug auf den Begriff, nicht aber auf die Anwendungsfälle der *capitis deminutio* zu, denn jedenfalls ist die erst der Kaiser-

[1] Cic. Top. 4, 18 u. Boeth. ad h. l. [2] Fest. v. deminutus capite.
[3] Gai. I, 162. [4] Pandekten d. röm. Privatrs. I², § 58, A. 17 (S. 214).
[5] Pandekt. d. röm. Privatrs. I², S. 216.

zeit angehörige Strafe der Deportation als unter den Begriff der *capitis deminutio media* fallend angesehen worden. Durch die *causae probatio*[1] war die betreffende Ehe in ein *matrimonium legitimum* verwandelt, und meines Erachtens betrachtete man den dadurch in die Gewalt seines Vaters gefallenen jungen *civis* so, als sei er in diesem *matrimonium* als einem *iustum* gezeugt worden. Nach solcher Auffassung hat er aber keine *familiae mutatio* durchgemacht. Es sollen ferner nach Gai. I, 93, wenn ein Peregrine für sich und seine Kinder die *civitas Romana* erbeten bezw. erlangt hat, die Kinder, falls der Kaiser dies bestimmt, in die *potestas* des Vaters fallen, und nach Gai. I, 95 soll, wer zugleich mit seiner schwangern Gattin mit der *civitas Romana* beschenkt ist, auf seine Bitte durch den Kaiser auch die *potestas* über das Kind, welches von seiner Frau geboren wird, erlangen können. In diesen Fällen wird keine *capitis deminutio* angenommen, weil die Kinder, welche der Gewalt ihres Vaters unterworfen werden, damit zum erstenmal in eine römische *familia* eintreten, nicht einen Wechsel römischer *familia* erfahren. So wurde es gewiß auch angesehen, wenn der Vater nicht gleich bei dem Erwerb des Bürgerrechts für sich und seine Kinder, sondern erst später um die Verleihung der *patria potestas* über sie nachsuchte; es wurde im Fall der Verleihung so angesehen, als habe er sie sofort mit dem Erwerb des Bürgerrechts gehabt. Solche Umwandlung einer, wenn auch nur durch *ius gentium* anerkannten, doch immerhin ehelichen Vaterschaft in die civile Vaterschaft hat man sich wohl nicht entschließen können, als eine *familiae mutatio* anzusehen. Ebenso konnte man keine *capitis deminutio minima* annehmen, wenn Eltern mit ihren Kindern *Latii iure ad civitatem Romanam* gelangten und die letzteren damit der *patria potestas* des Vaters unterworfen wurden; denn die letzteren traten damit zum erstenmal in eine römische *familia* ein.

Es bleiben noch die Fälle der *virgo Vestalis* und des *flamen Dialis*. Eine Jungfrau trat dadurch, daß sie in gehöriger Weise vom *pontifex maximus* zur *virgo Vestae* kapiert wurde,[2] ein Mann dadurch, daß er zum *flamen Dialis* inauguriert wurde,[3] ohne Emancipation und ohne *capitis deminutio* aus der *patria potestas* aus. Böcking[4] hat geleugnet, daß hier eine *familiae mutatio* stattfinde, mit Unrecht; denn die für den Dienst der *Vesta* Kapierte schied nicht nur aus aller agnatischen Verbindung mit ihrem Vater und dessen Agnaten aus, was mit Sicherheit daraus hervorgeht, daß sie weder *ab intestato* erben noch *ab intestato* beerbt werden konnte, sondern sie galt auch in bürgerlicher Beziehung als eine für sich stehende *persona sui iuris*, welche Vermögen erwerben und darüber ein Testament errichten konnte. Solchem Vorgange sachlich den Charakter der *familiae mutatio* abzusprechen, scheint unmöglich. Aber es mag wohl sein, daß man selbst, als die *capitis deminutio* aus einer Degradation zu einer *servilis conditio* sich zu einer bloßen *familiae mutatio* umgebildet hatte, doch wegen der noch fortwirkenden Wortbedeutung der *capitis deminutio* sich nicht entschließen konnte, den Begriff auf die Veränderung der Rechtsstellung, welche die Vestalin und der *flamen Dialis* erfuhren, anzuwenden. Die Wirkungen der *capitis deminutio minima* scheint man hier nur soweit angenommen zu haben, als sie die

[1] Die Legitimation als Entstehungsgrund der *patria potestas* fällt allerdings in eine Zeit, in welcher man das Anwendungsgebiet der *capitis deminutiones* als völlig abgeschlossen ansehen kann.

[2] Gell. I, 12. Gai. I, 130. 145. Ulp. X, 5.

[3] Vgl. noch Gai. III, 114. Tac. ann. IV, 16.

[4] A. a. O. S. 217 f.

Aufhebung des Familiennexus zwischen der Familie des Vaters und der Vestalin bezw. dem *flamen Dialis* betrafen. Daß man aber sonst dieselben so behandelte, wie wenn sie durch den Tod des Vaters von der väterlichen Gewalt freigeworden wären, zeigt Gai. III, 114. Hier wird gesagt, daß ein Haussohn, welcher sich als *adstipulator* etwas versprechen lasse, damit nicht etwas ganz Nichtiges vornehme; seinem Gewalthaber erwerbe er zwar durch das *adstipulari* nichts, ihm selbst aber stehe daraus eine *actio* zu, wenn er ohne *capitis deminutio* aus der väterlichen Gewalt ausgeschieden sei, wie durch den Tod des Vaters oder dadurch, daß er selbst zum *flamen Dialis* inauguriert sei. Wir werden danach annehmen müssen, daß, während die Schulden eines Haussohnes durch *capitis deminutio minima*, auch durch Emancipation, nach Civilrecht untergingen, die des zum *flamen Dialis* inaugurierten Haussohnes fortdauerten. Andererseits scheint mir mehr dafür zu sprechen, daß nach Einführung der *bonorum possessio contra tabulas* und *unde liberi* nur die durch *capitis deminutio* aus der *familia* des Vaters Ausgeschiedenen, nicht aber ein Sohn oder eine Tochter, welche *flamen Dialis* oder *virgo Vestae* geworden waren, zu den *liberi* im Sinne jener *bonorum possessiones* gerechnet wurden.

Wenden wir uns jetzt zu den Wirkungen der *capitis deminutio* in ihren verschiedenen Abstufungen, so wird vor allem die *capitis deminutio maxima* im allgemeinen dem Tode verglichen,[1] ohne daß damit eine völlige Gleichstellung in den Folgen behauptet werden sollte. Alle Rechte des *civis Romanus*, deren der Sklave nicht fähig ist, gehen dadurch, daß er Sklave wird, unter: die *publica iura*, denn der Sklave kann solche nicht haben,[2] und die privaten. So ging namentlich jede Tutel, welche einem *civis Romanus* zustand, welches auch ihr Delationsgrund sein mochte, dadurch, daß er eine *capitis deminutio maxima* erlitt, unter;[3] ebenso wird aber auch die Tutel über einen Pupillen, welcher in Sklaverei gerät, beendigt.[4] Auch die Ehe dessen, den eine *capitis deminutio maxima* trifft, ist dadurch gelöst, nicht bloß ein *matrimonium iustum*, sondern auch ein *matrimonium iuris gentium*,[5] denn der Sklave ist überhaupt eines *matrimonium* nicht fähig. Daß der von *maxima capitis deminutio* Betroffene überhaupt alle Rechte einbüßte, welche schon der Verlust der *civitas Romana* vernichtete, bedarf keiner weitern Auseinandersetzung. Was insbesondere das Vermögen betrifft, so war der, welcher *capitis deminutio maxima* erlitten, selbst ganz unfähig, ein solches zu haben. Das Schicksal seines bisherigen Vermögens gestaltete sich aber nach Verschiedenheit der Fälle verschieden. Das Vermögen des *incensus* und des *infrequens* verkaufte der Staat zu Gunsten der Staatskasse,[6] das Vermögen des *trans Tiberim* verkauften Schuldknechts die Gläubiger desselben. Das Vermögen des dem Bestohlenen addicierten *fur manifestus* wird dem Bestohlenen zugefallen ssein. Was aus dem Vermögen des durch *deditio* des *pater patratus* dem verletzten fremden Volk übergebenen Römers wurde, ist nicht überliefert. Ob es den Angehörigen des *capite deminutus* zufiel oder für die Staatskasse verkauft wurde, steht dahin. Das letztere würde sich meines Erachtens noch eher konstruieren lassen, als das erstere. Die Habe des *maior viginti annis, qui ad pretium participandum se venumdari passus est*, fiel wohl an

[1] L. 39 § 2 D. de don. int. vir. e. u. 24, 1. L. 209 D. de R. I. 50, 17. L. 59 § 2 D. de cond. et dem. 35, 1. L. 5 pr. D. de bon. dam. 48, 20.

[2] L. 12 § 2 D. de ind. 5, 1. [3] § 4 I. qu. m. t. fin. 1, 22. L. 15 D. de tut. 26, 1.

[4] § 1 I. eod. tit. L. 14 § 1 D. eod. tit.

[5] L. 1 D. de divort. 24, 2. L. 45 § 6 D. de r. n. 23, 2. [6] Val. Max. 6, 3, 4.

den, dessen Sklave ein solcher wurde. Aber es konnte auch kommen, daß er *servus sine domino* wurde (l. 23 pr. D. de lib. c. 40, 12). Sollte, was der Schwindler an Vermögen hatte, etwa an den betrogenen Käufer gefallen sein, auch wenn der Verkaufte nicht sein Sklave wurde?

Die *media capitis deminutio* vernichtete natürlich mit der Civität zunächst die *publica iura.*[1] Auch die Familiengewaltrechte dessen, der eine *capitis deminutio media* erlitt, mußten untergehen, da ein Nichtbürger solche römische Gewaltrechte nicht haben konnte, sowie er auch nicht in solchen stehen konnte.[2] Das *iustum matrimonium,* in welchem der von *capitis deminutio media* Betroffene lebte, hörte als solches jedenfalls auf zu existieren, da der *capite deminutus* mit der Civität das *connubium* verlor; doch können Mann und Frau *mariti affectionem et uxoris animum retinere* und die Ehe als *matrimonium iuris gentium* fortsetzen.[3] Auch Verlust des Vermögens kann mit der *capitis deminutio media* verbunden sein, wie es insbesondere für einzelne Fälle beim Exil erwähnt wird. Daß aber das *exilii causa solum vertere* nicht etwa stets die *publicatio bonorum* zur Folge hatte, zeigt Cic. pro Quinctio c. 19. Danach enthielt zu Ciceros Zeit das prätorische Edikt eine Klausel, nach welcher die Gläubiger des *exul* in Bezug auf sein zurückgelassenes Vermögen das Konkursverfahren beantragen konnten.[4] Daß mit der bloßen *civitatis mutatio,* sofern diese eine *capitis deminutio media* enthielt, Vermögensverlust verbunden gewesen sei, kann noch weniger behauptet werden. Notwendige Konsequenz davon, daß ein *civis Romanus* das Bürgerrecht eines Peregrinenstaats annahm, war es aber, daß er seine bisherigen Vermögensrechte als civile einbüßte, denn als Peregrine war er nun der *iura civilia* nicht mehr fähig, auch sein Testament wurde natürlich dadurch hinfällig.

Was die Wirkungen der *capitis deminutio minima* angeht, so hatte sie nach ihrer ursprünglichen Bedeutung, nach welcher sie in der Versetzung in ein reelles *in mancipio esse* bestand, nach dem bei der Erörterung dieses Verhältnisses Dargelegten, auch auf die öffentlichrechtliche Stellung des *capite deminutus* Einfluß. Seitdem sie aber lediglich in einer *familiae mutatio* bestand, fiel jener Einfluß auf die öffentlichrechtliche Stellung des *capite deminutus* fort; alle *publica iura* desselben dauern fort.[5] Dagegen vernichtet diese *capitis deminutio,* da sie die Verbindung mit der bisherigen *familia* aufhebt, alle auf der agnatischen oder quasiagnatischen Verwandtschaft mit den zu jener *familia* gehörigen Personen beruhenden Familienrechte, wie gesetzliches Erbrecht, *legitima tutela,* Patronatrecht u. s. w., wie dies hier im einzelnen nicht näher dargelegt zu werden braucht.[6] Dagegen ein *iustum matrimonium,* in welchem der *capite deminutus* lebte, hört durch die *capitis deminutio minima* nicht auf, ein solches zu sein. Auch bloße Kognations- und Affinitätsverhältnisse hören, da

---

[1] L. 5 § 2 D. de c. m. 4, 5. [2] Gai. I, 128. Ulp. X, 3.

[3] L. 5 § 1 D. de bon. d. 48, 20. L. 24 § 2 C. de don. i. v. e. u. 5, 16. L. 1 C. de repud. 5, 17.

[4] Vgl. auch Ascon. in Milon. 54. Suet. Caes. 42.

[5] L. 5 § 2 D. de c. m. 4, 5: — *et primo de ea capitis diminutione, quae salva civitate accidit, per quam publica iura non interverti constat: nam manere magistratum vel senatorem vel iudicem certum est.* L. 6 D. cod. tit.: *Nam et cetera officia, quae publica sunt, in eo non finiuntur: capitis enim minutio privata hominis et familiae eius iura, non civitatis amittit.*

[6] Gai. I, 158. 163. III, 21. 27. Ulp. 28, 9. L. 6, l. 7 pr. D. de c. m. 4, 5. L. 4 § 10 D. de gradib. 38, 10. L. 11 D. de suis 38, 17. Gai. III, 19. 51. Ulp. 27, 5. L. 6 § 1 D. de b. p. 37, 1. L. 1 § 4 u. l. 11 D. de suis 38, 16 u. a. St.

dieselben nicht auf dem *ius civile Romanorum* beruhen, sondern dem *ius naturale* angehören, durch die *capitis deminutio minima* dessen, der in ihnen steht, nicht auf.[1] In den Fällen, in welchen eine *sui iuris persona*, welche also bereits vermögensrechtliche Selbständigkeit hatte, eine *capitis deminutio minima* erlitt, also in die *patria potestas* bezw. *manus* eines andern eintrat, hatte dieser Vorgang auf die bisherigen Vermögensverhältnisse des *capite deminutus* folgende Wirkungen. Die Vermögensrechte deselben, *res corporales* und *incorporales quaeque ei debitae sunt*, gingen nicht unter, sondern *per universitatem* auf den Gewalthaber über.[2] Ausgenommen von diesem Übergange waren aber zunächst *ususfructus* und *usus:* diese gingen vielmehr unter. Cohn[3] ist der Meinung, der Grund dieses Unterganges sei einfach der, daß *ususfructus* und *usus* zu denjenigen Rechten gehörten, die von einer Person auf die andere nicht übertragbar seien. Allein diese Erklärung reicht nicht aus, denn auch die Forderungen sind als einzelne civilrechtlich nicht übertragbar, gehen aber doch *per universitatem* auf den Gewalthaber über. Warum sind *ususfructus* und *usus* nicht auch *per universitatem* auf den Gewalthaber übertragbar, welchem dann *ex persona* des Gewaltunterworfenen diese Rechte zustehen würden? Auch Mandrys[4] Vermutung, daß im ältern Recht jene beiden Personalservituten dem Gewalthaber durch gewaltunterworfene Personen nicht hätten erworben werden können, läßt sich wohl nicht halten. Meines Erachtens liegt der Grund des Untergangs von *ususfructus* und *usus* durch *capitis deminutio* nicht in einer Vernichtung der Persönlichkeit durch *capitis diminutio minima*, welche Scheurl u. a. annehmen, sondern in der durch sie bewirkten Veränderung der rechtlichen Stellung der Persönlichkeit. Wie das Fortbestehen des *ususfructus* die Unveränderthеit der Sache voraussetzt und durch eine Umgestaltung derselben untergeht, so setzt es auch nicht bloß das Fortbestehen des Lebens des Berechtigten, sondern auch das unveränderte Bestehen seiner bisherigen rechtlichen Stellung voraus. Die auch durch *capitis deminutio minima* bewirkte Veränderung der rechtlichen Stellung der Person erklärt auch den Untergang noch anderer rechtlicher Qualitäten des *capite deminutus:* auch die dem *adstipulator* zustehende *actio* geht durch *capitis deminutio* unter,[5] sowie ein *solutionis causa adiectus* durch *capitis deminutio* aufhört, ein solcher zu sein. In einer dieses letztere aussprechenden Äußerung des Africanus (l. 38 pr. D. de solut. 46, 3) wird jener Grund des Unterganges der Stellung des *solutionis causa adiectus* durch *capitis deminutio* geradezu ausgesprochen: — *tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur, si in eadem causa* (d. h. *in eodem statu*) *maneat.* — Unter den durch *capitis deminutio* untergehenden Rechten führt Gaius auch die *operarum obligatio libertorum, quae per iusiurandum contracta est,* an.[6] Meines Erachtens ist Pernice[7] darin zuzustimmen, daß der Grund des Nichtüberganges

[1] Gai. I, 158: *Sed agnationis quidem ius capitis deminutione perimitur, cognationis vero ius eo modo non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest.* L. 8 D. de r. i. 50, 17: *Iura sanguinis nullo iure civili dirimi possunt.* Auch Modestin behauptet in l. 4 § 11 D. de gradib. 38, 10 nur, daß die *cognationes et adfinitates* durch eine *capitis diminutio maxima* oder *media* vernichtet würden.

[2] Gai. III, 83. [3] Beiträge S. 275. [4] Familiengüterrecht I, S. 82. [5] Gai. III, 114.

[6] Cohn, a. a. O., versteht die Stelle des Gaius von der *operarum obligatio* schlechthin, auch der *per stipulationem contracta*, und meint, es sei zu lesen: *ea quoque, quae per iusiurandum contracta est.* Warum hätte dann aber Gaius die *per iusiurandum contracta* besonders nennen sollen?

[7] Labeo I, S. 179.

in der Art der übernommenen Verpflichtung liege; doch glaube ich nicht, daß man sagen dürfe, der Eid verpflichte nur dem gegenüber, dem er geleistet sei. Man darf, meine ich, nicht leugnen, daß der *libertus* durch die *iurata promissio* auch den Erben des Patrons gegenüber verpflichtet ist (l. 8 pr. D. de op. lib. 38, 1). Meines Erachtens ist es auch hier die durch die *capitis deminutio* bewirkte veränderte rechtliche Stellung des Versprechensempfängers, welche die Kraft des *iusiurandum* aufhebt. — Es sollen dann auch durch *capitis deminutio* untergehen die *lites contestatae legitimo iudicio*. Eine Erklärung dieses Satzes soll aber erst bei der Darstellung des Prozesses versucht werden.

Keine Einigkeit scheint unter den Juristen der Kaiserzeit darüber bestanden zu haben, ob eine *societas* durch eine *capitis deminutio minima* eines der *socii* aufgelöst werde. Die Äußerung des Gaius III, 153: *Dicitur etiam capitis deminutione solvi societatem, quia civili ratione capitis deminutio morti coaequatur; sed utique si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas*, muß man auf die *capitis deminutio minima* beziehen, und ich kann auch in dem *dicitur solvi societatem* nicht mit Cohn[1] eine diplomatisch vorsichtige Ausdrucksweise, sondern nur eine Hindeutung darauf finden, daß das *solvi societatem capitis deminutione* ein hergebrachter, in sprichwörtlicher Fassung überlieferter Satz war.[2] Freilich wurde nun in der Kaiserzeit die Frage aufgeworfen, ob denn die Fortsetzung der Sozietät nach Arrogation oder Emancipation eines *socius* wirklich als Eingehung einer neuen Sozietät und nicht vielmehr als eine bloße Fortsetzung der alten anzusehen sei, und Julian entschied sich für das letztere.[3] Man darf wohl annehmen, daß ursprünglich allgemein Auflösung der Sozietät durch eine jede *capitis diminutio minima*, welche einer der *socii* erlitt, angenommen wurde, und den Grund dieser Annahme sehe ich wieder in der veränderten personenrechtlichen Stellung des *socius*, welche bei Eingehung der Sozietät nicht in Betracht gezogen werden konnte, worauf ja auch in der Begründung des Gaius: *quia civili ratione capitis deminutio morti coaequatur* hingedeutet wird.

Eine weitere civilrechtliche Wirkung der *capitis deminutio minima* ist der Untergang der Schulden des *capitis deminutus*.[4] Was ist der Grund davon? Ohne auf abweichende Auffassungen ausführlicher einzugehen, will ich die meinige darlegen. Auf den neuen Gewalthaber des *capite deminutus* konnten die Schulden nicht übergehen, weil er nicht ohne seinen Willen durch das Hauskind obligiert werden konnte. Dieser Satz giebt aber noch keine Erklärung dafür, daß die Obligationen auch in der Person des Hauskindes selber untergingen. Cohn meint, der Satz erkläre sich aus der Billigkeitserwägung, daß, wo das Recht einer Person unter Lebenden die sämtlichen Aktiven eines Vermögens wegnehme, der Vermögensinhaber auch seiner Schulden zu entlasten sei. Wie wunderbar dann aber, daß das prätorische Recht, welches doch sonst den Härten des *ius civile* gegenüber die Billigkeit zur Geltung zu bringen sich bestrebt, den Satz vom Schulduntergang durch *capitis deminutio* vermittelst Rescission der letztern praktisch beseitigte? Und die Billigkeitserwägung muß doch alle Seiten in Betracht ziehen; was ist das aber für eine Billigkeit, welche

[1] A. a. O. S. 285.

[2] Es entspricht dem sonst vorkommenden „*solemus dicere*", „*dici solet*" (l. 7 § 5, l. 10 § 2 D. de pactis 2, 14. L. 32 D. de serv. pr. r. 8, 3). Vgl. Jörs, Röm. Rechtswissensch. z. Z. der R. I, S. 293, A. 3.

[3] L. 58 § 2 D. pro socio 17, 2. Vgl. auch Paulus in l. 65 § 11 D. eod. tit.

[4] Gai. III, 84. IV, 38. L. 2 § 2 D. de c. m. 4, 5.

die Schulden ohne irgend welche Rücksicht auf die unschuldigen Gläubiger untergehen läßt! Meines Erachtens liegt der Grund des Untergangs der Schulden in der alten Anschauung der Römer, wonach die Schulden, wie die *sacra*, auf der *familia pecuniaque* hafteten. Durch die *capitis deminutio minima* ist eine *familiae mutatio* eingetreten: nicht bloß die Person des Schuldners ist in eine andere *familia* übergetreten, auch seine bisherige sächliche *familia* ist untergegangen. Die Schulden haben nichts mehr, worauf sie hafteten, nach dieser alten civilrechtlichen Auffassung mußten sie untergehen. Auch das Testament, welches der *capite deminutus* als *sui iuris persona* vor Erleidung der *capitis deminutio* errichtet hatte, mußte hinfällig werden, denn er hatte die *familia pecuniaque* nicht mehr, über welche in dem Testament verfügt war.

Man hat vielfach die *capitis deminutio minima* als eine Vernichtung der Persönlichkeit charakterisiert, einmal ihrer Wirkungen wegen, sodann auf Grund bestimmter Quellenaussprüche, und es ist unleugbar, daß wenigstens Gai. III, 153 auch die *capitis deminutio minima* mit dem Tode verglichen wird. Dennoch aber muß ich denen beipflichten, welche sich gegen die Auffassung der *capitis deminutio minima* als einer Vernichtung der Persönlichkeit erklären. Ganz unvereinbar damit ist namentlich die Fortdauer des *iustum matrimonium* des *capite deminutus*. Jene Wirkungen und jene Vergleichung erklären sich zur Genüge daraus, daß die *capitis deminutio minima* einen Untergang der bisherigen Familienstellung, also eine wesentliche Änderung der Rechtsstellung bewirkt, an welche einzelne rechtliche Wirkungen geknüpft sind, wie sie auch der Tod herbeiführt.

VI. *Tutela* und *Cura*.

A. Allgemeines.

§ 21. Es giebt Zustände des Menschen, welche denselben ganz oder teilweise unfähig machen, durch eigene, selbständige Handlungen seinen Interessenkreis gehörig zu verwalten und ihn daher schutzbedürftig machen. Solange nun eine in solchem Zustande sich befindende Person noch keinen selbständigen Interessenkreis hat, solange sie noch *alieni iuris* ist, d. h. in väterlicher oder eheherrlicher Gewalt steht, liegt kein Bedürfnis für ein besonderes Schutzverhältnis vor, denn selbständiges Vermögen hat sie noch nicht, und den für die Person erforderlichen Schutz hat der Inhaber der *patria potestas* oder *manus* zu gewähren. Das Bedürfnis eines besondern Schutz- und Fürsorgeverhältnisses tritt erst hervor, wenn die in solchem Zustande befindliche Person einen selbständigen Interessenkreis erhält, also wenn sie *sui iuris*, von der väterlichen oder eheherrlichen Gewalt frei wird. In Ermangelung also von väterlicher Gewalt oder *manus* tritt das besondere Schutzverhältnis ein, welches die Römer als *tutela* oder *cura* bezeichnen: es setzt ein *caput liberum*, eine *persona sui iuris*, eine Person mit bereits selbständigem Interessenkreise voraus. Der Interessenkreis des zu Beschützenden ist ein von dem dessen, der den Schutz gewähren soll, verschiedener, während die *alieno iuri subiecta persona* keinen von dem des Gewalthaber verschiedenen Interessenkreis hat, woraus sich, wie sich zeigen wird, wichtige Konsequenzen ergeben. Die Zustände nun, welche eine Person des Schutzes bedürftig machen, sind entweder normale, regelmäßig wiederkehrende, im menschlichen Gattungsleben begründete, nämlich

unreifes Alter und weibliches Geschlecht, oder es sind außerordentliche, anormale, krankhafte, wie Geisteskrankheit und der Zustand eines *prodigus*. Die Minderjährigkeit muß man dabei zunächst außer Betracht lassen, da sie ursprünglich nicht zu diesen schutzbedürftigen Zuständen gehörte und von den Römern nie vollständig dazu gerechnet wurde. Dem Unterschied jener Zustände entspricht der Unterschied der Vormundschaft: für *impuberes* und Weiber, welche *sui iuris* sind, tritt eine *tutela* ein, für Geisteskranke und Verschwender eine *cura*. Beiden Arten der Vormundschaft gemeinsam ist es, daß es ein selbständiger, nicht zu seinem eigenen Interessengebiet gehöriger Kreis ist, für welchen der Vormund zu sorgen hat: ein Kreis, in welchen er vielleicht einmal als Erbe eintreten kann, an welchem er aber, da *viventis nulla hereditas* ist, zunächst gar kein eigenes Recht, als dieses Schutz- und Fürsorgerecht hat. Man hat, und in dem bisher dargelegten Sinne mit vollem Recht, die Vormundschaft als ein Surrogat der väterlichen oder eheherrlichen Gewalt bezeichnet. Es hat aber Rechtshistoriker gegeben, welche in diese Vorstellung mehr haben hineinlegen und die Tutel als eine Fortsetzung der väterlichen Gewalt ansehen wollen. So behauptet noch Bachofen,[1] das alte Recht habe den Tutoren „die volle *potestas* über Person und Vermögen des Pfleglings" gegeben. Solche Vorstellung ist durchaus zu verwerfen, keine Grundlage kann dieselbe in der Definition des Servius in l. 1 D. de tutelis 26, 1 finden: *Tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.* Die Person, welche in der Tutel steht, wird hier ausdrücklich als ein *caput liberum* bezeichnet, was nicht möglich wäre, wenn durch die Tutel ihre Rechtsfähigkeit in ähnlicher Weise gebunden wäre, wie durch die *patria potestas* und *manus*. Auch wird als Inhalt der *vis ac potestas* das *tueri* hervorgehoben. Nie hat man aus dem *in tutela esse* ähnliche Konsequenzen, wie aus der väterlichen Gewalt hergeleitet: daß der *tutor* durch den Pupillen erwürbe, daß er das Recht, ihn zu emancipieren, ihn in Adoption zu geben, ihm einen Pupillarsubstituten zu ernennen, habe u. dgl. Ausdrücklich heißt es bei Gellius V, 19, 10: *tutoribus in pupillos tantam esse auctoritatem potestatemque fas non est, ut caput liberum fidei suae commissum alienae ditioni subiiciant.*

Für die Anordnung solchen Schutzverhältnisses Sorge zu tragen, war Sache des Inhabers der *patria potestas* oder *manus* über die schutzbedürftige Person, resp. war die Gewährung des Schutzes ursprünglich Familienangelegenheit. Der Staat griff ursprünglich nicht ein, weder was die Anordnung der Vorschaft, noch was die ständige Kontrolle des Vormunds anlangte. Die Vormundschaft wurde ursprünglich nicht als ein *munus* aufgefaßt, welches jeder dazu berufene Bürger zu übernehmen verpflichtet war. Der nächste Verwandte, welchen das Gesetz zur Vormundschaft berief, konnte sich derselben allerdings nicht entschlagen: er ist nicht etwa vermöge einer allgemeinen Bürgerpflicht, sondern als zu derselben *familia*, wie der zu Beschützende, Gehörender zur Führung berufen. Er wird nicht erst zum Vormund bestellt, sondern er ist es dem Gesetz nach vermöge seiner Verwandtschaft. Anders steht es mit dem vom Gewalthaber des zu Beschützenden im Testament bestellten Vormund: nur vermöge der *datio* von seiten des Gewalthabers ist er *tutor*, er ist ein *tutor datus*, und diese *datio* hatte ursprünglich für ihn gewiß nichts Zwingendes.

[1] Ausgewählte Lehren S. 119.

Noch Ulpian (fr. XI, 17) sagt, der *testamentarius tutor* könne *abdicare se tutela*, d. h. *dicere nolle se tutorem esse*. Mag das zu Ulpians Zeit nur noch für die Frauentutoren gegolten haben (wenngleich er das nicht sagt), so galt es ursprünglich gewiß für alle durch Testament Ernannten. Erst seitdem sich die Notwendigkeit herausstellte, durch die Obrigkeit Vormünder im Bedürfnisfall zu bestellen, also seit der *lex Atilia*, wird sich die Auffassung, daß die Tutel ein von jedem ordnungsmäßig Berufenen zu übernehmendes *munus* sei, gebildet haben. So heißt es denn auch in den Schol. Sinait. XVIII ausdrücklich, daß der *tutor Atilianus* οὔτε ἀφ[ίστα]σθαι δύναται οὔτε *in iure cedere* [ἐτ]έ[ρῳ]. Der Unterschied, welcher zwischen *tutela* und *cura* bestand, wird sich durch die Darlegung des Wesens beider Schutzverhältnisse genügend herausstellen.

B. Die *tutela*.

1. Die *tutela impuberum*.

§ 22. Jede Tutel gewährt ihrem Inhaber eine Art Schutzrecht der Person und durch sie der *familia*, beim *impubes* der *familia pecuniaque* des Schützlings. Die Tutel ist ein Recht, und zwar ein Recht absoluter Natur, welches nötigenfalls durch eine *vindicatio* geltend gemacht werden kann. Die Möglichkeit, die *tutela* einem andern *in iure* zu cedieren, beweist das. Die Tutel ist aber kein Vermögensrecht, sondern eine *vis ac potestas*, ein rechtliches Gewaltverhältnis. Ein rechtliches Gewaltverhältnis besteht, wie ganz richtig in neueren staatsrechtlichen Erörterungen gesagt ist,[1] in einer Über- und Unterordnung der betreffenden Persönlichkeiten, in einer personenrechtlichen Unterordnung des abhängigen Teils, welche darin besteht, daß die übergeordnete Persönlichkeit den Willen der untergeordneten aus eigener Macht zu bestimmen berechtigt ist und somit das Recht der Selbstbestimmung der letztern in größerem oder geringerem Umfange gemindert ist. Eine derartige Unterordnung des Schützlings unter den Willen des Tutor findet sowohl bei der Alterstutel, wie bei der Geschlechtstutel statt, bei der erstern in durchgreifenderer Art und in weiterem Umfange, als bei der letztern. Fraglich ist nur zunächst, ob eine solche Unterordnung des Schützlings nicht bloß in Bezug auf sein Vermögen, sondern auch in Bezug auf die davon unabhängigen persönlichen Verhältnisse angenommen werden könne. Darüber finden sich noch heute entgegengesetzte Auffassungen. Nach Voigt[2] liegt dem Tutor an Stelle des Vaters die Anordnung und Überwachung der gesamten Pflege, wie der Leitung und Erziehung des Pupillen ob, auch eine Befugnis des Tutors zur *castigatio* nimmt er an.[3] Nach Brinz[4] dagegen ist der römische Tutor als Tutor lediglich ein Rechtsbeistand oder Vorstand, und wenn er in l. 12 § 3 D. de adm. tul. 26, 2 als *non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupilli praepositus* bezeichnet werde, so sagte dies nur, daß er das Vermögen des Pupillen nicht rücksichtslos bloß als Vermögen (*res*), sondern mit Rücksicht auf die Person, den Stand, die Sitte und den Brauch im Hause des Pupillen (*mores*) zu verwalten, danach Geschenke, Honorare u. s. w. zu bestimmen habe. Der letztern Auffassung ist nun wohl darin zuzustimmen, daß die Leitung der Pflege und Erziehung des Pupillen im

[1] Vgl. Rosin, Souveränetät, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung S. 5, S. 34. Brie, Theorie der Staatenverbindungen S. IX.

[2] Die XII Tafeln II, S. 407 f. [3] A. a. O. A. 16.

[4] Lehrb. d. Pandekten S. 1314.

Innern des Hauses nie dem Tutor als solchem unmittelbar obgelegen hat. Andererseits muß man sich hüten, Befugnisse, welche nach Ausbildung der obervormundschaftlichen Gewalt der Magistrate diesen zugeschrieben werden, auf die älteren Zeiten zu übertragen. Was in der spätern Zeit der Magistrat auf Antrag des Tutors oder der Verwandten bestimmte, wird in alter Zeit, als die Vormundschaft noch als reine Familienangelegenheit behandelt wurde, der Tutor allein oder im Einvernehmen mit den *propinqui* entschieden haben. Immer liegt dem Tutor vorzugsweise die Sicherung der Interessen des Pupillen nach außen, des Schutzes desselben „gegen die Fährlichkeiten des Rechts und Vermögens" ob. Und so stehen denn die Befugnisse, welche seine Schutzgewalt dem Tutor an der *familia pecuniaque* des Pupillen verleiht, im Vordergrunde. Die (sächliche) *familia* des römischen Bürger, und somit auch eines Pupillen, bildet eine juristische Einheit, und auf diese in der Person des Pupillen sich konzentrierende Einheit erstreckt sich das Recht des Tutor. Das ist der Sinn des Satzes: *tutor personae, non rei vel causae datur.* Der Tutor soll die unselbständige Persönlichkeit des Schützlings ergänzen. Die Person und durch sie die Einheit des Vermögens des Pupillen ist der Schutzgewalt des Tutors untergeben, es kann daher ein Tutor nur für *certae res* oder *causae*, für einzelne Sachen oder Rechtsverhältnisse oder *deductis rebus* im Testament nicht gegeben werden; eine derartige Anordnung einer Tutel im Testament würde nichtig sein. Es sind diese Sätze in den Schriften *ad Sabinum* ausgesprochen,[1] drücken also altcivilrechtliche Anschauungen aus. Danach wird auch die Vermögensverwaltung auf Grund des vormundschaftlichen Amts als eine einheitliche angesehen, was, wie demnächst gezeigt werden wird, eine bedeutsame Konsequenz bezüglich der Rechenschaftsablegung über diese Verwaltung nach sich zieht. Durchaus aber müssen wir uns gegen die noch neuerlich wieder vertretene Auffassung[2] erklären, daß die Tutel in alter Zeit bloß ein Recht des Tutor und ursprünglich nur zum Vorteil der Vormünder und nicht der Mündel war. Daß dem Gesetze nach der nächste Agnat, also der gesetzlich zunächst zur Erbfolge Berufene, Tutor war, kann für diese Auffassung nicht angeführt werden. Das zur Tutel Berufenwerden ist nach der ursprünglichen Auffassung nicht eine Folge davon, daß man zunächst zur Erbfolge berufen ist. Es wird wohl von einem auf das andere geschlossen. So heißt es bei Gaius I, 165: *eo enim ipso, quod hereditates libertorum libertarumque — — jusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, quia et agnatos quos ad hereditatem vocavit, eosdem et tutores esse jusserat.* Aber andererseits wird in l. 73 pr. D. de reg. jur. 50, 17 der Ausspruch von Q. Mucius Scaevola angeführt: *Quo tutela redit, eo et hereditas pervenit, nisi cum feminae heredes intercedunt.* Beides, zur Tutel und zur Erbfolge berufen werden, ist eine Folge der nächsten Agnatschaft, nicht das eine die Folge des andern. Die Erbanwartschaft der nächsten Agnaten kann also nicht als Grund davon angeführt werden, daß die Tutel ursprünglich ein nur zum Vorteil der Vormünder bestehendes Recht derselben gewesen sei. Gar nicht mit dieser Ansicht vom Wesen der ältesten Tutel ist auch die *testamentaria tutela*, welche die *legitima* ausschließt, zu vereinigen. Dernburg meint, diese sei schon von anderem Gepräge, schwerlich habe aber die Zwölftafelgesetzgebung — trotz Ulpians Fr. XI, 14 — eine ausdrückliche

[1] L. 12—14 D. de testam. t. 26, 2. [2] Dernburg, Pandekten III, § 74.

Bestimmung darüber enthalten, die *testamentaria tutela* sei vielmehr durch die Interpretation der Juristen ermöglicht worden. Dabei ist nur außer acht gelassen, daß Ulpians Angabe durch Paulus' Anführung der (fehlerhaft überlieferten) Worte *super pecuniae tutelaeve suae* in l. 53 pr. D. de verb. sig. 50, 16 bestätigt wird. Danach sind wir nicht berechtigt, die sonstigen Stellen, welche die *testamentaria tutela* auf die XII Tafeln gründen, von einer bloßen Interpretation derselben zu verstehen. Die XII Tafeln haben die *testamentaria tutela* nicht erst eingeführt, sondern nur bestätigt. Die Sage wenigstens verlegt sie schon in die Königszeit. Nach Liv. I, 34 erlangte L. Tarquinius Priscus bei seinem Vorgänger Ancus Martius solches Ansehen, daß er *„postremo tutor etiam liberis regis testamento institueretur"*. — Daß der Gewalthaber nun im Testament den Tutor nicht in Fürsorge für seine Kinder, sondern um des Tutor eigenen Vorteils willen ernannt habe, ist offensichtlich unmöglich. Vielmehr tritt bei der *tutela testamentaria* aufs deutlichste hervor, daß die Tutel von Anfang an nicht bloß ein Recht, sondern auch ein *officium* war. Bei Gell. V, 13 sind die *de gradu atque ordine officiorum* sich Unterhaltenden darüber einverstanden, *ex moribus populi Romani primum iuxta parentes locum tenere pupillos debere fidei tutelaeque nostrae creditos.* Aus den zahlreichen *testimonia documentaque in antiquitatibus perscripta* wird zunächst dafür eine Äußerung in einer Rede des Cato vor den Censoren angeführt: *Quod majores sanctius habuere defendi pupillos, quam clientem non fallere;* sodann eine Stelle in Sabinus' lib. iuris civilis tertio: *In officiis apud maiores ita observatum est, primum tutelae, deinde hospiti* u. s. w. Daß solches *officium* und der durch dasselbe gegebene Kreis von Pflichten lediglich sittlicher Natur gewesen sei, keine rechtlichen Folgen gehabt habe, ist nicht zuzugeben. Gesetzt, es wäre dem so, so spräche doch dieses mit dem Recht der Tutel verbundene sittliche *officium* dagegen, daß die Tutel als Recht ursprünglich zum Vorteil der Vormünder und nicht der Mündel gewesen sei. Das Recht kann nicht im Widerspruch mit dem sittlichen *officium* gestanden haben, sondern es träfe auch dann der Ausspruch Ciceros de offic. I, 25, 85 zu: *tutela — ad utilitatem eorum, qui commissi sunt, non ad eorum, quibus commissa est, gerenda est.* Es spricht aber schon gegen die bloß sittliche Natur jenes *officium*, daß Masurius Sabinus über die Rangordnung der *officia* in seinen *libri iuris civilis* handelte und in der uns erhaltenen Stelle seines Werks als eine rechtliche Konsequenz des den ersten Rang einnehmenden *officium tutelae* hervorhob, daß, wenn jemand von dem, gegen welchen er bisher als Advokat den Prozeß führte, zum *tutor* seiner Kinder ernannt werde, er, ohne einer Prävarikation sich schuldig zu machen, in demselben Prozeß die Partei seiner Pupillen ergreifen dürfe. Eine Konsequenz jenes *officium* ist es auch, daß, wenn der Tutor als suspekt abgesetzt oder wegen Unterschlagung kondemniert wird, er infolgedavon der Infamie verfällt. *Atque enim,* sagt Cicero pro Rosc. com. cap. 6, *perfidiosum et nefarium est pupillum fraudare, qui in tutelam pervenit.* Die Lex Cincia nimmt den Tutor als Schenker dem Pupillen gegenüber von ihren Schenkungsbeschränkungen aus, er kann dem Pupillen *in infinitum donare,* und es wird dies so begründet: *quia tutores quasi parentes proprii pupillorum sunt* (Vat. fr. § 304). Dem entspricht es, daß nach dem prätorischen Edikt der Pupill zu den *personae exceptae* gehört, für welche man postulieren darf, auch wenn man sonst für andere nicht postulieren darf (L. 1 § 11 und l. 6 pr. D. de post. 3, 1). Ob aber die *obligatio tutelae* zwichen Tutor und Pupillen schon der alten Zeit, etwa der XII Tafeln, angehört, wird demnächst ins Auge zu fassen sein. Die *tutela* war als *vis ac potestas in capite libero iure civili data ac permissa*, als ein dem

römischen Civilrecht angehöriges Familienschutzverhältnis nur unter römischen Bürgern möglich. Doch kann nach Schol. Sinait. XVI und XX ein römischer Bürger die Tutel über seinen in eine latinische Kolonie eingeschriebenen Bruder führen. Auch Latini (mit Ausnahme der späteren Juniani) sind demnächst als einer Tutel fähig angesehen worden, aber nach Schol. Sinait. XVII und XX kann ein Latinus nicht *e lege Atilia* zum Tutor bestellt werden. Als eine Familienschutzgewalt konnte die Tutel nur Personen männlichen Geschlechts, nicht Frauen zustehen. Nach der Meinung unsrer Juristen waren Impubertät, Geisteskrankheit, Stummheit, Taubheit keine Gründe absoluter Unfähigkeit zur Tutel: es sollen nur Gründe gewesen sein, derentwegen der Betreffende durch die Obrigkeit vorübergehend oder definitiv zur Führung der Vormundschaft nicht zugelassen wurde. Was zunächst die *impuberes* angeht, so erwäge man folgendes. Hätte man den Pupillen einer Alterstutel für fähig gehalten, so würde dies die absurde Konsequenz gehabt haben, daß von zwei *fratres impuberes* der eine zur Tutel für den andern berufen wäre, jeder also dem Rechte nach in der Tutel des andern gestanden hätte. Die Quellen nötigen zu der Annahme, daß der *impubes* der Tutel an sich fähig gewesen sei, keineswegs. Ulp. fr. XI § 20 spricht nur von der Tutel über Frauen, nicht von der Alterstutel. Aus l. 8 D. de legit. tut. 26, 4 geht hervor, daß nächste Agnaten nur, wenn sie *perfectae aetatis* sind, *tutores* sind, d. h. nur unter dieser Voraussetzung zur Tutel berufen werden. Auch l. 9 § 1 D. de tutelae et rat. distrah. 27, 3 ist so zu verstehen, daß von den beiden unmündigen Brüdern der ältere zur Tutel über den jüngern erst, wenn er *perfectae aetatis* geworden ist, berufen wird und damit die obrigkeitlich bestellte Tutel ihr Ende erreicht *(et alter eorum in legitimam tutelam fratris sui perfectae aetatis constituti reccidit)*. — Bezüglich der Stummen, Tauben, Blinden, Geisteskranken steht die Sache etwas anders. Nach l. 1 §§ 2 und 3 D. de tutel. 26, 1 können ein Stummer und ein Tauber nicht gültig zum Tutor gegeben werden: nämlich in einem Testament. Ferner heißt es in l. 10 § 1 D. de legit. tutor. 26, 4: *Surdus et mutus nec legitimi tutore esse possunt* (d. h. sie werden *lege* gar nicht berufen), *cum nec testamento nec alio modo utiliter dari possint*, wo ich das *nec alio modo* als von den Kompilatoren hinzugesetzt halten möchte. Ein Geisteskranker konnte nach der Ansicht des Proculus überhaupt nicht gültig im Testament zum Tutor ernannt werden, nach einer andern Ansicht war nur die Wirksamkeit der Ernennung bis zur Genesung des Geisteskranken hinausgeschoben (l. 10 § 3 D. de test. tut. 26, 2; l. 11 D. de tutelis 26, 1). Im Widerspruch mit diesen Stellen scheinen andere zu stehen, wonach *furiosi, surdi, muti, caeci* Tutoren sein können, und nur exkusirt sein sollen, so daß an Stelle derselben andere Tutoren oder Kuratoren zu ernennen sind.[1] Mir scheint danach eine historische Entwickelung angenommen werden zu müssen. Ursprünglich machten Geisteskrankheit und die genannten Gebrechen wohl ganz unfähig zu einer Tutel. Eine andere Auffassung scheint sich gebildet zu haben, seit es eine obrigkeitliche Bestellung von Tutoren gab. Seitdem kam eine Ansicht auf, welche, da solche Mängel wegfallen konnten, nur eine einstweilige Unwirksamkeit des Berufungsgrundes bis zum Wegfall des Mangels annahm und inzwischen obrigkeitliche Bestellung eines interimistischen Tutor befürwortete. Noch später ließ man, und wohl zunächst bei obrigkeitlicher Berufung, den an dem Mangel Leidenden sofort zur Tutel berufen werden,

[1] L. 17 D. de tut. 26, 1. L. 12 D. de excus. 27, 1. L. 1 C. qui morbo 5, 68 (67).

nahm aber für ihn einstweilen *excusatio necessaria* an, infolgewovon es zur Bestellung eines interimistischen Tutors oder eines Kurators kam. Und schließlich mag eine ähnliche Behandlung dann auch bei den anderen Berufungsgründen eingetreten sein. Minderjährige *puberes* waren nach altem Recht unzweifelhaft der Berufung zur Tutel sowohl durch Testament als *lege* fähig.

Berufen wird jemand zur Tutel nach altem Recht aus denselben Gründen wie zur Erbfolge, nämlich durch Testament oder durch Gesetz; es wird daher auch bei der Tutel gesagt: *tutela defertur*. Wenn aber auch hier die Berufung durch Testament, solange sie selbst besteht, die durch das Gesetz ausschließt,[1] so ist doch das Verhältnis der beiden Delationsgründe zu einander nicht ganz so, wie bei der Erbfolge. Es ist nämlich jemand, *quantum ad tutelam pertinet*, nicht bloß dann *intestatus*, wenn er kein bezw. kein gültiges Testament gemacht, sondern auch dann, wenn er im Testament keine Tutoren für seine Kinder ernannt hat: auch dann tritt die *legitima tutela* ein. Ferner gilt nicht entsprechend dem Satze *„semel heres, semper heres"* etwa der Satz: *semel tutor, semper tutor*. Ein *tutor* kann aufhören es zu sein, bevor das Bedürfnis der *tutela* weggefallen ist. Zunächst kann ein *testamentarius tutor* aufhören, *tutor* zu sein; dann tritt, falls der Testator nicht anderweitig Fürsorge getroffen hat, die *legitima tutela* ein. Sodann kann auch der bisherige *legitimus tutor* wegfallen. Hier gilt wieder nicht, entsprechend dem Satze *„in legitimis hereditatibus successio non est"*, der Satz: *in legitimis tutelis sucessio non est*, es findet hier vielmehr eine *successio* statt,[2] was nur dann geleugnet wurde, wenn der bisherige Tutor nicht *ipso iure* aufhörte es zu sein, sondern durch prätorische Remotion beseitigt wurde.[3]

Was nun zunächst die Ernennung zum Tutor im Testament anlangt, so fällt dieselbe unter das zwölftafelmäßige *legare suae rei*, das letztwillige *legem dicere suae rei*, d. h. die der Erbeinsetzung als der wesentlichen und unentbehrlichen Hauptverfügung des Testaments hinzugefügten Nebenverfügungen. Die allgemeinen Regeln für dieses *legare suae rei* gelten also auch für die *tutoris datio*. Das Recht zu derselben steht übrigens nur dem Gewalthaber zu, und dieser kann nur für die *impuberes sui* und *suae* einen Tutor ernennen, falls sie bei seinem Tode gewaltfrei werden.[4] Auch für Kinder, welche der Vater in seinem Testament enterbt, kann er Tutoren ernennen. Fraglich ist, wie der Ausspruch des Paulus in l. 53 D. de verb. sign. 50, 16: *tutor separatim sine pecunia dari non potest* zu verstehen sei. Nach Rudorff[5] und Vangerow[6] soll der einfache Sinn der sein, daß der Vater, der einen Vormund ernennen wolle, auch einen Erben ernennen, also sein Testament machen müsse. Mich befriedigt diese Erklärung nicht, an ein anderes *dare tutorem* von seiten eines Privaten, als im Testament bezw. Kodizill, dachte ein römischer Jurist gar nicht, das testamentarische *dare tutorem* soll nicht *separatim sine pecunia* geschehen können. Auch die Vormundernennung muß in Wahrheit ein *legem dicere* für des Testators Vermögen sein, sie muß nicht eine Anordnung von bloß personenrechtlicher Wirkung sein, sondern eine solche, welche irgendwie eine Rückwirkung auf dessen Vermögen hat. Der Testator muß also dem Kinde, für welches er einen Tutor ernennt, etwas legieren. Ohne daß er ihm etwas legiert, *sine pecunia*, kann von ihm für ein

[1] Vgl. l. 9 § 1 i. f. D. de tutel. 27, 3. L. 3 C. de test. tut. 5, 28.
[2] L. 16 § 1 D. de tutelis 26, 1. L. 3 §§ 7 u. 9 D. de legit. tut. 26, 4.
[3] L. 3 § 8 D. eod. tit. Über die Wirkung der Remotion wird später zu handeln sein.
[4] L. 1 u. 2 D. de test. t. 26, 2. L. 73 § 1 D. de reg. i. 50, 17. Gai. I, 144 ff. Ulp. XI, 15.
[5] Recht d. Vormundschaft I, S. 304. [6] Lehrb. d. Pandekten I⁷, S. 491.

Kind kein *tutor* bestellt werden. Es wird nun noch verständlicher, daß die Vormundernennung durch die Mutter oder einen *extraneus* nur, wenn sie das Kind zum Erben eingesetzt hatten, bestätigt werden konnte, sowie daß später, wie ein Legat, so auch die Vormundernennung in einem *codicillus testamento confirmatus* geschehen konnte. Seitdem *postumi* im voraus eingesetzt und enterbt werden konnten, konnte ihnen auch im Testament ein Tutor bestellt werden.[1] Für das noch nicht geborene Kind kann aber noch keine Tutel bestehen.[2] Sowie nur eine *persona certa* zum Erben ernannt werden konnte, so konnte auch ein *tutor incertus* im Testament nicht gegeben werden,[3] er mußte *nominatim* gegeben werden, in hergebrachten direkten Wortformeln.[4] Es bestand unter den Sabinianern und Labeo bezw. Prokulus eine Meinungsverschiedenheit darüber (Gai. II, 231), ob die *tutoris datio* erst auf die Erbeseinsetzungen folgen könne, ebenso wie Legate, Freilassungen, oder ob sie denselben auch vorausgehen könne. Labeo und Prokulus nahmen das letztere an, *quod nihil ex hereditate erogatur tutoris datione.* Aber die Meinung der Sabinianer entspricht hier gewiß der altrömischen Auffassung.[5] Auch die *tutoris datio* fällt nach ihr unter das *legare suae rei* und hatte sich als solche Nebenanordnung äußerlich erst an die Erbeseinsetzung anzuschließen, derselben zu folgen. Derselbe Zweifel konnte nach Gaius bezüglich der Zulässigkeit der Ernennung eines *tutor post mortem heredis* aufgeworfen werden.[6] Wirksam wurde die *tutoris datio* mit der Antretung der Erbschaft von seiten eines der Eingesetzten: in diesem Moment wurde der Ernannte Tutor. Es konnte übrigens ein Tutor *a certo tempore* und *usque ad certum tempus, sub conditione* und *usque ad conditionem* ernannt werden.[7] In der testamentarischen Ernennung jemandes zum Tutor der Kinder des Testators lag immer ein Beweis besondern Vertrauens und besonderer Freundschaft zum Ernannten. Dieselben wurden aus der Zahl der Kognaten und Affinen oder der Freunde entnommen. Grundlose Übergehung galt als ein Zeichen des Mißtrauens, enthielt eine Kränkung. Die Übertragung des *officium* hatte also hier eine natürliche Grundlage.[8]

Tritt kein *testamentarius tutor* ein, so sind nach den XII Tafeln die nächsten agnatischen Seitenverwandten des *impubes* zur Tutel über ihn berufen. Daß sich darüber eine ausdrückliche Bestimmung in den XII Tafeln fand, deutet Gaius I, 165 durch die Angabe an, daß auch die *tutela patroni* und seiner *liberi* über die *impuberes liberti* als *legitima* bezeichnet werde, *non quia nominatim ea lege de hac tutela cavetur, sed quia proinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis*

[1] Gai. I, 147. [2] L. 161 D. de v. s. 50, 16. L. 24 D. de tutelae et rat. distr. 27, 3.

[3] Gai. II, 240. L. 20 § 1 D. de test. tut. 26, 2. § 27 I. de leg. 2, 20.

[4] Auch nach dem Aufkommen der Fideikommisse konnte ein *tutor per fidei commissum* nicht gegeben werden. Gai. II, 289. Welchen Sinn hätte hier der Umweg des Fideikommisses haben können?

[5] Vgl. auch Vat. fr. § 229 *Paulus libro singulari de testamentis: — Itaque post institutionem heredum hoc modo scribere potest: Lucio Titio filio meo et si mihi vivo mortuove nati ali erunt, tutores do* u. s. w.

[6] Gai. II, 234. [7] L. 8 § 2 D. de test. tut. 26, 2.

[8] Cic. pro Sestio c. 52: — *te sororis filius Postumus adolescens gravis, senili iudicio, notavit, cum in magno numero tutorem liberis non instituit.* pro Cluent. 12, 34: *Quid de Oppianico suspicatus sit, videtis: quid iudicarit, obscurum non est. Nam, cum eius filium faceret heredem, eum tutorem liberis non adscripsit.* 14, 41: *nemo illum ex tam multis cognatis et adfinibus tutorem umquam liberis suis scripsit.* Cic. ad Div. 13, 69: *T. Pinnio familiarissime me usum esse, scire te arbitror: quod quidem ille testamento declaravit, qui me cum tutorem, tum etiam secundum heredem instituerit.* Plin. ep. II, 1.

introducta esset, und Ulpian XI, 3 sagt es ausdrücklich: — *per eminentiam autem legitimi dicuntur, seu palam, quales sunt agnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni.* Gleich Nahe sind zugleich zur Tutel berufen, nur daß Agnatinnen, welche noch erbberechtigt sind, wie die *consanguineae,* doch nicht mit zur Tutel gelangen und die entfernteren männlichen Agnaten nicht von der Tutel ausschließen können. Daß eventuell, wenn kein Agnat vorhanden war, die Tutel an die *gentiles* fiel, solange es deren gab, könnte selbst beim Mangel von Zeugnissen keinem begründeten Zweifel unterliegen, ist aber zudem ausdrücklich bezeugt.[1]

Über einen *impubes libertus* stand die Tutel dem Patron event. den männlichen agnatischen Descendenten desselben zu,[2] denn der Patron wurde gleichsam als ein agnatischer Bruder des *libertus* angesehen. Auch diese Tutel wurde als *legitima* bezeichnet. Zwar war darüber in den XII Tafeln keine ausdrückliche Bestimmung enthalten, aber aus dem durch sie anerkannten gesetzlichen Erbrecht des *patronus* und der *patrona* folgerte die alte *interpretatio* den Willen des Gesetzes, daß auch die *tutela* über den *libertus impubes* jenen Personen zustehen solle. Unter den agnatischen Descendenten des Patrons entscheidet die Gradesnähe, mehrere gleich Nahe erlangen gemeinschaftlich die Tutel. Wenn mehrere Miteigentümer einen Sklaven freigelassen haben, so steht sämtlichen männlichen *compatroni* die Tutel zu; erst wenn sämtliche *patroni* weggefallen sind, rücken die sämtlichen *filii* nach, erst wenn keiner derselben noch vorhanden ist, die Enkel u. s. w. (l. 3 §§ 4—7 D de legit. tutor. 26, 4).

Nach dem Muster dieser Tutel des Patrons ist auch eine Tutel dessen angenommen, welcher eine ihm mancipierte freie Person gemäß einer hinzugefügten *lex mancipii* aus dem *in mancipio esse* freigelassen hatte.[3] Den *liberorum capitum manumissoribus,* eventuell ihren agnatischen Descendenten stand eine Tutel zu, welche *fiduciaria* genannt wurde. Bei den *impuberes* hat sich diese *tutela fiduciaria* von der *legitima* wohl nicht unterschieden.

Die Funktionen der Alterstutoren bezeichnet Ulpian 11, 25 kurz mit den Worten: *Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt. Negotia gerere* ist Besorgung der im Interesse des Pupillen notwendig oder zweckmäßig scheinenden rechtlichen und faktischen Geschäfte. Die ersteren muß der Tutor, wenn der Pupill selbst nicht zugezogen werden kann und Stellvertretung nicht möglich ist, auf seinen eigenen Namen stellen. Bezüglich seiner Verfügungsgewalt über die *familia pecuniaque* des Pupillen steht der *tutor domini loco* da, er ist *rice domini.*[4] Dieser Satz wird von den Juristen der Kaiserzeit dahin begrenzt, daß der Tutor, *quantum ad providentiam pupillarem, domini loco* angesehen werden müsse, und bestimmter wird das dahin erläutert, daß jener Satz nicht Platz greife, wenn der Tutor eine Sache des Pupillen entwende, unterschlage: *nam tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliat.* Daher nahmen die Juristen der Kaiserzeit auch an, daß der Tutor durch Unterschlagung von Pupillensachen ein *furtum* begehe, woraus die *actio furti* gegen ihn entspringe. Am bezeichnendsten ist darüber Ulpians Äußerung

---

[1] Cic. p. dom. 13, 35. Grabrede auf die Turia I, 21 f. im C. I. L. VI, 1. no. 1527. Bruns, Fontes ed. IV, p. 304.

[2] Gai. I, 165. Ulp. XI, 3. L. 1 pr. § 1, l. 3 pr. § 1 D. de leg. tut. 26, 4. Tit. I. de leg. p. tut. 1, 17.

[3] Gai. I, 115. 166. Ulp. XI, 5.

[4] L. 57 (56) § 4 D. de furtis 47, 2. L. 7 § 3 D. pro emptore 41, 4. L. 27 D. de admin. et per. 26, 7. L. 157 pr. D. de reg. i. 50, 17. L. 11 § 7 D. quod vi aut clum 43, 24.

in l. 33 D. de furtis 47, 2: *Tutor administrationem quidem rerum pupillarium habet, intercipiendi potestas ei autem non datur: et ideo si quid furandi animo amoverit, furtum facit nec usucapi res potest* etc. Es scheint sich aber in diesen Annahmen und Äußerungen schon eine neuere Anschauung kundzugeben: es gab wohl eine ältere, welche in der Unterschlagung von Pupillensachen seitens des Tutor wohl ein *perfide agere* sah, aber durch die ihm *domini loco* zukommende Verfügungsgewalt die Möglichkeit eines *furtum* für ausgeschlossen ansah. Diese ältere Auffassung spricht noch Tryphonin aus in l. 55 § 1 D. de administ. 26, 7: — *sed tutores propter admissam administrationem non tam invito domino contrectare eam videntur quam perfide agere.* Darin liegt zum Teil der Grund der Aufstellung der besondern *actio rationibus distrahendis.*

Was das *auctoritatem interponere* betrifft, so kann der Tutor, wenn es sich um Vornahme von Rechtsakten für den Pupillen handelt, davon nur Gebrauch machen, falls der Pupill schon so entwickelt ist, daß er *natura* zu irgend welcher Willensäußerung fähig erscheint. Wo *natura* noch gar kein irgend welches Handeln denkbar ist, da kann auch nicht von einem Handeln *tutore auctore* die Rede sein, denn die *auctoritas* ist immer nur eine zweite, zu der Willenserklärung des Pupillen hinzutretende Willenserklärung. *Ipsius (pupilli) actus et voluntas fuit necessaria.*[1] Handelt es sich um Geschäfte, welche keiner besondern Form bedürfen, so braucht der Pupill nicht notwendig zu sprechen, aber er muß das, was geschieht, wissen (l. 13 D. de auctoritate 26, 8). Zu gar keiner durch *fari* geschehenden Willenserklärung, zu welcher *auctoritas tutoris* hinzutreten könnte, fähig werden die *infantes*, Kinder unter sieben Jahren angesehen. Zu Willenserklärungen aber, zu welchen ein *fari*, ein Sprechen nicht erforderlich ist, werden selbst *infantes tutore auctore* für fähig erachtet. Darüber findet sich eine bemerkenswerte Äußerung Maecians in l. 67 (65) § 3 D. ad Sct. Trebell. 36, 1. Danach kann der zum Erben Eingesetzte, welchem ein Universalvermächtnis zu Gunsten eines *pupillus infans* auferlegt ist, diesem *tutore auctore* die Erbschaft restituieren, was begründet wird durch die Worte: *si quidem eo, quod fari non potest, non magis ea res impedietur, quam in muto pubere volente sibi restitui hereditatem.* Für Annahme der Restitutionserklärung des Erben bedarf es keines Sprechens, sie kann stillschweigend geschehen, und zu solcher schweigenden Entgegennahme der Erklärung wird auch der *pupillus infans tutore auctore* für befähigt angesehen. Auch zu einer *pro herede gestio tutore auctore* wird der *pupillus infans* für fähig erklärt, weil es auch dazu des *fari* nicht bedarf. Es trifft also nicht zu, daß die Möglichkeit des Besitzerwerbs durch einen *infans tutore auctore* die einzige singuläre Ausnahme von dem Satz sei, wonach ein *infans* selbst *tutore auctore* keinen Rechtsakt vornehmen kann. Wenn irgendwo, so wird aber hier deutlich, welche Bedeutung die *auctoritas* für das Handeln des Pupillen hat: sie ist es, die dasselbe in Bewegung setzt und ihm Halt und Rechtsbeständigkeit verschafft; ohne sie ist der Akt, zu welchem sie hinzutreten muß, nur ein faktisches Thun, kein vom Recht sanktionierter Akt, kein Rechtsgeschäft. Die *auctoritas* selbst ist ein rechtlicher Willensakt des Tutor, setzt also Handlungsfähigkeit voraus, ein *furiosus tutor* ist zur *auctoritatis interpositio* nicht fähig (l. 1 § 2 D. quod falso tutore 27, 6). Das bloße faktische Gegenwärtigsein des Tutor bei dem Akt des Pupillen kann nicht genügen. Wäre er gewaltsam zum Bleiben gezwungen oder etwa schlafend bei dem Akt

[1] L. 5 C. de iure deliberandi 6, 30.

gegenwärtig, so wäre selbstverständlich von einer Willensäußerung, also von *auctoritatis interpositio* keine Rede. Auch wenn er sonst, ohne zu wissen, was vorgenommen wird, gegenwärtig wäre, müßte dasselbe gesagt werden (l. 1 § 1, l. 14 D. de auctor. 26, 8). — Da aber das Handeln des Pupillen ohne die *auctoritas* des Tutors gar keinen Halt hat, keinen Rechtsbestand gwinnen kann, so soll sich das äußerlich darin ausdrücken, daß der Tutor bei dem Handeln des Pupillen gegenwärtig ist und unmittelbar bei diesem Handeln seine *auctoritas* mündlich erklärt. Fragen kann man, ob dies Erfordernis durchführbar war bei Rechtsgeschäften, welche unter Abwesenden abgeschlossen werden konnten. Nach Windscheid[1] kann bei schriftlichem Abschluß des Rechtsgeschäfts die *auctoritas* auch schriftlich erteilt werden, aber aus der dafür angeführten l. 9 § 6 D. de auct. 26, 8 ergiebt sich das nicht: sie sagt nur, daß der andere Kontrahent, mit welchem der Pupill das Geschäft *per epistolam* abschließt, die zu der einwilligenden Erklärung des Pupillen mündlich erteilte *auctoritas* des Tutor nicht zu hören brauche, falls nur, etwa *scriptis*, bewiesen werden könne, daß der Tutor mündlich seine Zustimmung zu der Konsenserklärung des Pupillen erteilt habe. Ein anderer Zweifel aber tauchte bei den römischen Juristen auf. Wenn es sich um einen einseitigen Akt gegenüber einer abwesenden Person handelt, zu welchem *auctoritas tutoris* erforderlich ist, wie zur *manumissio per epistolam*, so fragt sich, ob die *auctoritas* erteilt werden müsse zu der Zeit, wo der die Manumissionserklärung enthaltende Brief an den Sklaven geschrieben wird, oder zu der Zeit, wo diese Erklärung vollendet wird, d. h. zu der Zeit, wo sie zur Kenntnis des Sklaven gelangt? Julian war der letztern Meinung. Neratius Priscus aber war der Ansicht, es genüge, daß die *auctoritas tutoris* zur Zeit des Schreibens erteilt werde, welche Ansicht durch kaiserliche Konstitutionen bestätigt wurde (Dosith. fr. de manum. § 15). — Die *autoritatis interpositio* muß *pure* geschehen, es kann ihr keine Bedingung oder Zeitbestimmung beigefügt werden.[2] Bedingung oder Zeitbestimmung, wo sie den Umständen nach als angezeigt erscheinen, gehören in den prinzipalen Akt. Der accessorische Akt, welcher den prinzipalen in Bewegung setzen und stützen soll, muß *pure* erfolgen: ein bedingter oder betagter, dessen Wirksamkeit bis zum Eintritt der Bedingung hinausgeschoben ist, kann dies nicht. — Auf die dogmatische Frage, zu welchen Akten des Pupillen die *auctoritas tutoris* erforderlich sei, soll hier nicht eingegangen werden. Nur ein Punkt möge hier berührt werden. Man sagt wohl, zu solennen Handlungen bedürfe der Pupille der Auctorität, wenn sie gleich bloße Erwerbshandlung sei,[3] und es scheint das durch l. 19 D. de auct. 26, 8: *Curatorem etiam impuberi dari posse, sed ad ea, quae sollemnitatem iuris desiderant, explicanda tutore auctore opus esse* bestätigt zu werden. Daß aber unter der *sollemnitas iuris* etwas Anderes verstanden werden müsse, als jede besondere Form eines Rechtsgeschäfts, kann keinem Zweifel unterliegen. Denn durch Stipulation erwerben kann der Pupill auch ohne Auktorität des Tutor (l. 9 pr. D. h. t.: *adquirere autem sibi stipulando et per traditionem accipiendo etiam sine tutoris auctoritate potest).* Unter den solennen Akten, welche der Auctorität des Tutors schlechthin bedürfen, sind also wohl nur *civilia negotia*, die dem *ius civile* im engern Sinne angehörigen Akte zu verstehen, zu denen unter den Stipulationen nur die *sponsio* gehört.

[1] Pandekten II, § 442, A. 3.
[2] L. 8 D. de auct. et cons. tut. et cur. 26, 8.
[3] Brinz, Pandekten S. 1317.

Daß zwischen Tutor und Pupillen eine eventuell durch *actio* geltend zu machende *obligatio* zur Entstehung komme, ist eine dem ältesten Recht fremde Vorstellung. Das zwischen ihnen bestehende *officium* ist eine unmittelbare personenrechtliche Verbundenheit, welche mit einer *obligatio* nicht verwechselt werden darf. Diese personenrechtliche Verbundenheit war, wie die zwischen Patron und Klienten, eine so enge, daß sie die Möglichkeit von Klagen wegen in dem Verhältnis vorgekommener Rechtsverletzungen ausschloß. Es war wohl interne Sache der Familie, den Tutor in Bezug auf seine Führung der Vormundschaft zu kontrollieren. Doch reichte diese Kontrolle allein bald nicht aus, und so kamen einmal die *actio rationibus distrahendis* des gewesenen Pupillen gegen den Tutor nach Beendigung der Tutel, sodann die *accusatio suspecti tutoris* auf. Der Name *actio rationibus distrahendis* ist den Namen: *actio communi dividundo, actio familiae erciscundae* entsprechend gebildet. In seiner originellen Weise sagt Brinz[1] von derselben, daß sie ursprünglich als die Inoffiziositätsklage des Vormundschaftsrechts gedacht war. Es ist keine Klage aus einer zwischen Tutor und Pupillen angenommenen *obligatio*, sondern wegen des *perfide agere*, der treulosen Verletzung des *officium*, also eine Art Deliktsklage. Es muß dahingestellt bleiben, ob diese Klage von den XII Tafeln nur aus dem ältern Recht aufgenommen oder erst durch sie eingeführt ist: sie wurde aufgestellt, weil den Pupillen in Fällen eintretender Treulosigkeit des Tutors ohne Schutz von seiten der staatlichen Gerichtsgewalt zu lassen nicht mehr anging. Rudorff u. a.[2] meinen, der Name könne nur auf die Auseinandersetzung des Pfleglings und Tutors wegen ihres Eigentums und ihrer Forderungen bezogen werden, wie man auch sage *distrahere societatem, communionem* u. s. w. Danach wären Tutor und Mündel die Subjekte des *rationes distrahere*. In Wahrheit ist aber der *iudex* das Subjekt desselben, wie bei allen ähnlich gebildeten Klagenamen: *actio communi dividundo, familiae erciscundae, aquae pluviae arcendae, finium regundorum* der *iudex* oder *arbiter* als Subjekt des *commune dividere, familiam ercisci, aquam pluviam arcere, fines regere* zu denken ist. Das zeigen schon die Ausdrücke *arbiter familiae erciscundae, arbiter aquae pluviae arcendae* u. s. w., aber auch direkte Äußerungen, wie die in Cic. Top. 9, 39: *genus est aqua pluvia nocens: eius generis formae, loci vitio et manu nocens: quarum altera iubetur ab arbitro coerceri, altera non iubetur.* Auf den *iudex* bezogen, kann das *rationes distrahere* wohl nur bedeuten: die Rechnungen des Vormundes auseinanderziehen, also im einzelnen prüfen und so die Unterschlagung aufdecken:[3] die Klage geht auf den doppelten Wert des als unterschlagen nachgewiesenen Objekts, sie wird daher von Tryphoninus in l. 55 § 1 D. de adm. et peric. tut. 26, 7 umschreibend bezeichnet: *ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum.* Die *actio rationibus distrahendis* umfaßt nicht etwa die ganze Vermögensverwaltung des Tutor, wie die später aufgekommene *actio tutelae*. Sie steht zu gegen den Tutor, *qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit*, betrifft also immer bestimmte Unterschlagungsfälle (l. 1 § 21 D. de tutelae 27, 3: — *et ideo, sive tutelae fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, sive*

[1] A. a. O. S. 1330.

[2] Recht der Vormundschaft III, S. 3. Rein, Privatrecht u. Civilpr. d. Römer S. 530. Danz, Lehrb. d. Gesch. d. röm. Rechts I, S. 203.

[3] Böcking, Röm. Privatr. S. 224, A. 10, sagt: — *Rationes distrahere* ist *decidere*, entscheiden, was die Rechnungen als Saldo ergeben müßten, wenn nicht der Vormund *quid ex bonis abstulisset.*

contra, tutelae actio quod ad speciem istam perempta est). Aus einem bei Cic. de orat. I, 36, 166 erhaltenen Bericht über einen Rechtsfall geht hervor, daß der Kläger sich bei der zur Durchführung des Anspruchs gegebenen *legis actio* einer *plus petitio* schuldig machen und daher *causa cadere* konnte. Diese *plus petitio* wird näher angegeben als ein *plus lege agendo petere, quam quantum lex in duodecim tabulis permiserat,* als ein *plus secum agi, quam quod erat in actione.* Es fragt sich, wie danach die *plus petitio* zu denken sei. Lenel[1] meint, der Kläger habe mehr als das *duplum* verlangt. Es ist dies deshalb nicht wahrscheinlich, weil in den XII Tafeln das *duplum* geradezu genannt gewesen, also ein Verstoß dagegen schwerlich vorgekommen sein wird. Aber welches Betrages *duplum* soll verlangt werden können? Die darauf bezüglichen Worte der Gesetzgebung werden vielleicht eher einer verschiedenen Deutung fähig gewesen sein. In dieser Beziehung heißt es in l. 1 § 20 h. t.: *Considerandum est in hac actione, utrum pretium rei tantum duplicetur an etiam quod pupilli intersit. et magis esse arbitror in hac actione quod intersit non venire, sed rei tantum aestimationem.* Vielleicht bestand die von Cicero erwähnte *plus petitio* darin, daß der Kläger in der *legis actio* nicht den Sachwert des Unterschlagenen, sondern etwas Umfassenderes, das Interesse, als das zu Verdoppelnde angegeben hatte. Der verdoppelte Sachwert sollte nur an die Stelle des den Sachwert möglicherweise übersteigenden Interesses treten; dennoch aber war die Klage keine *rei persequendae causa comparata,* sondern, als aus einem Delikt entsprungen, eine *poenalis.* Die Verpflichtung, Entschädigung in jenem Betrage zu leisten, erschien als eine *poena* des *perfide agere,* sie ging daher auch nicht gegen die Erben des treulosen Tutors (l. 1 § 23 h. t.: *sed in heredem ceterosque successores non dabitur, quia poenalis est).* Die Auffassung, wonach innerhalb des *duplum* zwischen dem *simplum,* als *rei persecutionem continens,* und der *poena* unterschieden wird (l. 2 § 2 D. h. t.: *Haec actio licet in duplum sit, in simplo rei persecutionem continet, non tota dupli poena est),* ist eine neuere.

Wenn die *actio rationibus distrahendis* erst *finita tutela* zugelassen wurde, so gab es ein anderes Rechtsmittel gegen einen ungetreuen Tutor, welches gegen den im Amt befindlichen Tutor gerichtet werden konnte. Das *suspectum facere tutorem* oder *suspectum postulare,* das *crimen* oder die *accusatio suspecti tutoris* ist, wie diese Ausdrücke schon zeigen, keine privatrechtliche *actio,* sondern eine kriminelle Anklage, ein Strafverfahren. Dieselbe stützte sich auf eine Bestimmung der XII Tafeln (l. 1 § 2 D. de suspectis tutoribus 26, 10: *Sciendum est suspecti crimen e lege duodecim tabularum descendere.* Diese Herkunft aus der Zwölftafelgesetzgebung wird auch durch Cic. de off. III, 15, 61 bestätigt: *Atque iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut (in) tutela XII tabulis et circumscriptio adolescentium lege (P)laetoria.* Man hat gezweifelt, ob diese Stelle auf die *accusatio suspecti tutoris* oder auf die *actio rationibus distrahendis* zu beziehen sei. Für die erstere Annahme geben aber den Ausschlag einmal die Zusammenstellung mit dem Verfahren wegen *circumscriptio adolescentium lege Plaetoria,* denn auch dieses war keine gewöhnliche Civilklage, wie die *actio rationibus distrahendis,* sondern, wie Cic. de natura deorum III, 30 sagt, ein *iudicium publicum rei privatae;* sodann der Umstand, daß der *dolus malus in tutela,* welcher durch die *XII tabulae vindicatus* war, ein viel weiterer Begriff ist, als die Unterschlagung, derentwegen die *actio rationibus distrahendis* angestellt werden konnte. Das Verfahren gegen den *suspectus tutor* war, um Ciceros Ausdruck zu ge-

[1] Edictum S. 256, A. 10.

brauchen, ein *iudicium publicum rei privatae*, jeder Bürger wurde zur Anstellung dieser *accusatio* zugelassen. *Et sciendum est*, sagt Ulpian in l. 1 § 16 D. h. t., *quasi publicam esse hanc actionem, hoc est omnibus patere.* Der Ankläger wird als *alieno nomine agens*, als *pupilli defensor* angesehen (l. 20 pr. D. de app. 49, 1, l. 1 § 14 D. quando appellandum 49, 4). Später wurden sogar Frauen, wenn auch nur in beschränkter Weise, zur Erhebung dieser *accusatio* zugelassen, doch ist darin wohl etwas dem alten Recht Unbekanntes, eine spätere Erweiterung zu sehen. Der *impubes* selbst aber war zur Erhebung dieser *accusatio* nicht fähig. Das Verfahren zeichnete sich vor dem ordentlichen civilprozessualischen Verfahren dadurch aus, daß es dabei zu keiner Ernennung von Geschworenen kommen konnte, sondern daß es von Anfang bis zu Ende vor dem Magistrat vor sich gehen mußte bezw. durch ein Dekret desselben sein Ende erreichte (l. 1 § 11 D. ad Sct. Turpill. 48, 16: *Suspecti tutoris accusatio pro tribunali tantum examinari potest, et nullus alius de huiusmodi quaestione quam Praeses pronunciare potest).* Das Verfahren wird dem entsprechend als ein *de suspecto cognoscere*, als eine *cognitio suspecti* bezeichnet. Das *ius cognitionis* bezw. das *ius removendi suspectos tutores* steht in Rom den Prätoren, in den Provinzen den Statthaltern derselben zu (l. 1 § 3 D. h. t.). Danach darf man wohl annehmen, daß den alten Prätoren, den Konsuln, dieses Recht bereits durch die XII Tafeln zugesprochen ist. Rudorff[1] behauptet, die *accusatio suspecti tutoris* habe den Obrigkeiten kraft ihrer Jurisdiktion zugestanden, nicht kraft einer speziellen *lex*, nur daß unter dieser Jurisdiktion die mit einem Tribunal verbundene Amtsgewalt der höheren Magistrate zu verstehen sei (l. 1 § 11 D. ad Sct. Turpill. 48, 16). Indessen *quae iure magistratus competunt, mandari possunt*, darüber bestand gar kein Zweifel. Aber *dubium fuit, an apud legatum proconsulis suspectus postulari possit.* Dieser Zweifel wurde völlig erst durch ein Reskript des Severus und Antoninus an den Bradua Mauricus, Prokonsul von Afrika, beseitigt, und daraus folgerte man weiter, daß auch der, welchem vom Prätor in Rom die *iurisdictio* mandiert sei, *de suspecto cognoscere* könne (l. 1 § 4 D. de suspectis tut. 26, 10). In alter Zeit mag man die *cognitio de suspectis tutoribus* als eine *lege* übertragene Befugnis für nicht mandierbar angesehen haben. Da es aber eine schon durch die Grundlage des gesamten Rechts, die Zwölftafelgesetzgebung den Prätoren übertragene Befugnis war, ja da der Prätor auf Grund einer Ediktsklausel vielleicht aus eigener Machtvollkommenheit in Fällen, in welchen er durch die Zwölftafelgesetzgebung nicht dazu ermächtigt war, Tutoren removierte, so sah man sie später als *iure magistratus* zustehend an und ließ eine spezielle Mandierung zu (l. 4 pr. D. de officio eius, cui mandata est iurisdictio: *Cognitio de suspectis tutoribus mandari potest).* Dabei blieb aber noch der Zweifel, ob in einem generellen Mandat der Jurisdiktion auch das Mandat der *cognitio de suspectis tutoribus* enthalten sei, welcher Zweifel erst durch jenes Reskript an den Bradua gehoben wurde. Alle Arten von Tutoren können als suspekt angeklagt werden. Ob dies erst auf Ausdehnung beruht und ursprünglich die *legitimi* nicht infolge solcher Anklage removiert werden konnten, kann gefragt, aber nicht ausgemacht werden. Zur Frage berechtigt die Ausdrucksweise Ulpians in l. 1 § 5 D. de suspectis 26, 10: *Nunc videamus, qui suspecti fieri possunt. et quidem omnes tutores possunt, sive testamentarii sint, sive non sint, sed alterius generis tutores. quare et si legitimus sit tutor, accusari poterit.* Gegen den als schuldig befundenen Tutor wird durch prätorisches

[1] Recht d. Vormunds. III, S. 179.

Dekret die Absetzung, Remotion ausgesprochen *(removetur a tutela)*. Es ist daher dies ganze Verfahren nur während der Dauer der Tutel, nicht nach Beendigung derselben zulässig, und es erlischt die *causa suspecti*, wenn während der Dauer des Verfahrens die Tutel beendigt wird. Grund der Remotion als *suspectus* war nach der Zwölftafelgesetzgebung wohl nur dolose Führung der Tutel, auch in den Schriften der Juristen der Kaiserzeit wird die *fraus admissa*, das *fraudulenter versari*, die *fraudulenta in rebus pupillaribus et callida conversatio* (l. 31 § 1 D. de reb. auct. iudicis 42, 5) noch immer als Hauptgrund der *suspecti accusatio* bezw. *remotio* hervorgehoben. Daß unter diesen *dolus* nicht bloß Unterschlagung fällt, sondern jede dolose Schädigung des Pupillen bei der Führung der Tutel, wird ausdrücklich ausgesprochen.[1] Auch hier aber ist man nicht bei der direkten *fraus* stehen geblieben, sondern die *lata negligentia, quia ista prope fraudem accedit*,[2] ist der *fraus* gleichgestellt und als Grund der *suspecti remotio* anerkannt. Dagegen geringere Nachlässigkeit und Dummheit können wohl Veranlassung zur Entfernung des Vormunds werden, sind aber nicht genügender Grund einer *suspecti remotio*. Wer als suspekt durch prätorisches Dekret removiert wird, erleidet Schaden an seiner *existimatio*, er wird infam; wer nur wegen *segnitia* oder Unfähigkeit beseitigt wird, der hört *integra existimatione* auf, Tutor zu sein.[3] In dem prätorischen Dekret soll daher der Grund der Remotion angegeben werden, damit es klar ist, ob der Beseitigte an seiner *existimatio* Schaden gelitten habe oder nicht. Suspekt wird ein Tutor nur *ex gestu*, durch doloses oder übermäßig nachlässiges *gerere*. Wer bloß unthätig gewesen, gar nicht geriert hat, kann wohl als Tutor beseitigt, aber nicht als suspekt removiert werden, und zwar scheint man dies früher, selbst wenn die Unterlassung der *gestio* eine dolose war, angenommen zu haben (l. 4 § 4 D. de suspectis 26, 10: *Qui nihil gesserunt, non possunt suspecti postulari, verum ob ignaviam vel negligentiam vel dolum, si dolo fecerunt, possunt removeri)*. Es kam aber eine Ansicht auf, nach welcher ein Tutor, auch *antequam incipiat gerere tutelam*, als suspekt removiert werden konnte. Dafür war nach § 5 I. de tutorib. 1, 26 Julian, *et secundum eum constitutum est*. In diesen Worten ist ziemlich deutlich kundgegeben, daß erst durch kaiserliche Konstitutionen dieser Punkt festgestellt ist. So finden wir denn auch in Konstitutionen des Kodex ausgesprochen, daß doloses Verzögern der Übernahme der *gestio* zur *suspecti remotio* führen könne (l. 2 u. 3 C. de suspectis 5, 43). Es bleibt noch die Wirkung der *remotio* zu betrachten. Nach l. 14 § 4 D. de tutelis 26, 1 (vgl. auch l. 14 § 2 D. de solut. 46, 3) sollte man annehmen, daß der *remotus ipso iure* aufhöre *tutor* zu sein. Die Konsequenz davon würde aber sein, daß, wenn ein *testamentarius tutor* removiert wäre, der *legitimus* einträte, wenn ein *legitimus*, ein *succedere* des dem Gesetz nach dann Nächstberufenen stattfände, und wenn kein dem Gesetz nach Berufener vorhanden wäre, eine obrigkeitliche Ernennung auf Grund der *lex Atilia* stattfände. Alles dieses trifft nun aber nicht zu. Vielmehr wird in allen jenen Fällen an Stelle des *remotus* vom Magistrat ein anderer Tutor gegeben,[4] aber nicht auf Grund der *lex Atilia*, sondern auf Grund eines spätern Senatuskonsults.[5] Was folgt daraus? Die Remotion des *suspectus* durch prätorisches Dekret macht jedenfalls nicht in

[1] Man vergleiche den T. D. de suspect. tut. 26, 10 passim. [2] L. 7 § 1 D. h. t.
[3] L. 3 § 18 D. h. t.
[4] L. 3 § 8 D. de leg. tut. 26, 4. L. 11 §§ 1 u. 2 D. de test. tut. 26, 2.
[5] Gai. I, 182. Ulp. XI, 23.

allen Fällen dem Amt des *remotus ipso iure* ein Ende. Wir hatten ja Grund, zu fragen, ob nach den XII Tafeln schon alle *tutores,* auch die *legitimi,* als suspekt removiert werden könnten. Das prätorische Edikt enthielt eine *clausula* über die *suspecti postulatio.*[1] Vielleicht hat diese *clausula* die Bestimmungen des *ius civile* erweitert. Die bloß auf Grund der Ediktsklausel removierten Tutoren werden *ipso iure* nicht aufgehört haben, es zu sein. Nun werden die Worte des Gaius verständlich, nach denen auch der *remotus* erst durch Ernennung des neuen Tutor nach dem Senatuskonsult *(ipso iure)* aufhören soll, Tutor zu sein. Verständlich wird jetzt auch Papinians Äußerung in l. 10 D. de suspectis 26, 10: *Decreto praetoris ut suspectus remotus periculum futuri temporis non timet: iniquum enim videtur removeri quidem a tutela vel cura, in futurum autem non esse securum.* Diese Worte haben nur Sinn bei der Annahme, daß der *decreto praetoris ut suspectus remotus ipso iure* noch *tutor* ist. Da ihn aber der Prätor praktisch beseitigt hat, so kann er billigerweise für die Zukunft auch keine Verantwortung mehr tragen.

Die sonstigen Beendigungsgründe der Tutel bedürfen in dieser historischen Erörterung keiner ausführlichen Darlegung. Abgesehen von der einer testamentarischen Ernennung beigefügten Resolutivbedingung und *dies ad quem*[2] erreicht die Tutel mit dem sie veranlassenden Bedürfnis, also mit der Impubertät des Pupillen ihr Ende.[3] Sodann macht ihr auf seiten des Tutors Tod, und da die Tutel ein dem *ius civile* im engern Sinne angehörendes Rechtsverhältnis ist, *capitis deminutio maxima* und *media* desselben ein Ende,[4] auf seiten des Pupillen ebenso Tod desselben, *capitis deminutio maxima* und *media.* Da die *legitima tutela* auf der zwischen Tutor und Pupillen bestehenden agnatischen Verwandtschaft beruhte, so machte auch *capitis diminutio minima* des Tutors, sowie eine solche des Pupillen (durch Arrogation desselben) dieser *tutela* ein Ende.[5]

Zu den alten Delationsgründen der Tutel ist in republikanischer Zeit, und nicht erst gegen Ende derselben, ein dritter Delationsgrund hinzugetreten: die obrigkeitliche Ernennung eines *tutor,* deren Aufkommen, wenn ich nicht irre, auf das Wesen und die Gestaltung der Tutel überhaupt modifizierend eingewirkt hat. Da dem alten Recht nur jene zwei Delationsgründe der Tutel, die Ernennung im Testament des Gewalthabers und die Berufung durchs Gesetz auf Grund der agnatischen Verwandtschaft mit dem zu Bevormundenden, bekannt waren, so ist ganz begreiflich, daß das Recht der *tutoris datio* in der Magistratsgewalt nicht enthalten war, weder in der *iurisdictio* noch im *imperium.*[6] Die Frage liegt nahe, wie man denn, da doch auch in alter Zeit Fälle vorkommen konnten, daß eine Frau oder ein *impubes* weder einen testamentarischen noch gesetzlichen Tutor hatten, solchem Mangel abgeholfen habe, denn unmöglich konnten doch solche Personen ganz ohne Schutz bleiben. Nach der Meinung Dirksens[7] soll vor der *lex Atilia* die Volksversammlung im Bedürfnisfall Tutoren ernannt haben. Mir scheint eine andere Vermutung näher liegend. Der Inhaber der höchsten Magistratsgewalt selbst, also der König, dann die Konsuln, dann der *praetor urbanus* war der Tutor der eines andern Tutors entbehrenden Frauen und *impuberes,* und bei Personen des Plebejerstandes

[1] L. 1 pr. D. de s. t. 26, 10. [2] L. 8 § 2 D. de test. t. 26, 2. § 3 I. qui dari t. 1, 14.
[3] L. 4 pr. D. de tutel. 27, 3. pr. I. q. m. t. f. 1, 22.
[4] L. 14 pr. — § 2 D. de tut. 26, 1. § 4 I. q. m. 1, 26.
[5] §§ 1 u. 4 I. quib. mod. t. f. 1, 22. L. 7 pr. D. de c. m. 4, 5.
[6] L. 6 § 2 D. de tutelis 26, 1. [7] Vermischte Schriften I, S. 1 ff.

mochten ihm in dieser Stellung die *tribuni plebis* beratend zur Seite stehen. Es ist wohl eine alte Anschauung, welcher Cicero in den Verr. II, 1, 56 in den Worten Ausdruck giebt: *Quibus de bonis? pupilli, cuius aetatem et solitudinem, etiamsi tutores non essent, praetor defendere debuit.* Es ist natürlich nicht daran zu denken, daß der Prätor in solchen Fällen die Vermögensverwaltung selbst geführt habe: das mußten in seinem Auftrage andere Personen thun, aber *auctoritatem* zu Geschäften, zu welchen solche erforderlich war, konnte er *interponere.* Nur in einem Falle, in welchem der Prätor eine andere Rolle zu übernehmen hatte, war das nicht möglich, nämlich wenn die vormundsbedürftige Person vor ihm einen Prozess zu führen hatte, denn das *legere agere* der Parteien hatte er ja selbst zu leiten, konnte also nicht wohl dabei als *tutor* der einen Partei auftreten. Hier mag der Prätor einen *tutor* ernannt haben, wie er es ja auch dann that, wenn zwischen dem Pupill, bezw. der Frau und deren Tutor ein Prozess in Form einer *legis actio* zu führen war.[1] Verschiedenes spricht für die Annahme, daß dieser Fall der magistratischen Tutorenernennung ein sehr alter, älter als die *lex Atilia,* war. Das Recht zu derselben wird auf kein bestimmtes Gesetz zurückgeführt; Ulpian XI, 24 sagt vielmehr, er sei *moribus* gegeben. Sodann wurde gerade dieser Tutor als *praetorius tutor* bezeichnet, zu welchem besondern Namen, wie Glück[2] mit Recht bemerkt, kein Grund vorlag, wenn man nicht annimmt, er sei zur Zeit des Aufkommens dieses Namens der einzige Tutor gewesen, der vom Prätor ernannt wurde. Als die Zahl vormundsloser Personen sich mehrte, war es nicht mehr durchführbar, den Prätor als Tutor aller derselben, wenn auch nur in Bezug auf das *auctoritatem interponere,* fungieren zu lassen. So gab denn eine *lex Atilia* dem *praetor urbanus* das Recht, in Rom in Verein mit der Majorität der *tribuni plebis* Tutoren im Bedürfnisfall zu ernennen.[3] Für die Bestimmung der Zeit der *lex Atilia* hat man folgende Anhaltspunkte. Sie kann nicht vor dem licinischen Plebiscit vom Jahre 387 a. u., welches die *praetura urbana* ins Leben rief, zustande gekommen sein, und nicht nach dem Jahre 568 a. u., dem Jahre der Entdeckung der Bachanalien, denn Liv. XXXIX, 9 berichtet von der Fecenia Hispala, deren Aussagen zu jener Entdeckung führten, sie habe sich nach dem Tode ihres Patrons von den Tribunen und dem Prätor einen Tutor erbeten (*Quin ea processerat consuetudine capta, ut post patroni mortem, quia in nullius manu erat, tutore a tribunis et praetore petito, cum testamentum faceret, unum Aebutium institueret heredem).* Da damals der *tutor Atilianus* keine ganz neue Einrichtung mehr gewesen zu sein scheint, so kann man immerhin die *lex Atilia* mit ziemlicher Sicherheit noch etwas weiter zurücklegen. Gewöhnlich verlegt man sie in das Jahr 443 a. u., in welchem ein L. Atilius Regulus *tribunus plebis* war, eine allerdings keineswegs sichere Ansetzung; doch darf man aus der Bestimmung, wonach der *praetor urbanus* nur in Übereinstimmung mit der Majorität der *tribuni plebis* Tutoren solle ernennen können, schließen, daß die Zeit der Beendigung der ständischen Kämpfe nicht so weit hinter dem Zustandekommen des Gesetzes zurück lag; es mag schon im 5. Jahrhundert der Stadt zustande gekommen sein. Für die Provinzen haben das Recht der Tutorenernennung für denselben Bedürfnisfall den Statthaltern derselben die *lex Titia* und *Iulia* gegeben. Daß hier an zwei Gesetze zu denken sei, wird mit Recht schon nach der Bezeichnung *Iulia et Titia* angenommen. Für die Zeit, in welche das

[1] Gai. I, 184. Ulp. XI, 24.
[2] Ausführl. Erläut. d. Pandekten XXIX, S. 403.
[3] Gai. I, 185. Ulp. XI, 18.

ältere Gesetz, die *lex Titia,* zu verlegen, ist man nicht ganz ohne Anhalt, denn aus einem Bericht des Diodor. Sic.[1] ergiebt sich, daß die sicilischen Prätoren schon vor L. Asellius gewohnt waren, den Frauen und Pupillen in Ermangelung von Agnaten Tutoren zu bestellen (*τῶν γὰρ ἄλλων στρατηγῶν εἰωθότων διδόναι προστάτας τοῖς ὀρφανοῖς καὶ γυναιξὶν ἐρήμοις συγγενῶν, οὗτος ἑαυτὸν τούτων ἀνέδειξε φροντιστήν*); was doch nur zufolge der *lex Titia* geschehen sein kann. Nach dem Vorgange des Pighius verlegt Rudorff[2] die *lex Titia* in das Jahr 526 a. u., in welchem Jahr ein Q. Titius *tribunus plebis* war und zuerst Prätoren *cum imperio* in die Provinzen, namentlich in die im Jahre 513 erworbene Provinz Sicilien, geschickt wurden. Die *lex Iulia,* wahrscheinlich eine des Augustus, mag bei der Teilung der Provinzen in senatorische und kaiserliche das *ius tutoris dandi* auch den neuen Statthaltern der kaiserlichen Provinzen beigelegt haben. Eine naheliegende Frage ist es, ob in republikanischer Zeit irgend welchen Beamten römischer oder von Rom abhängiger Städte das *ius tutoris dandi* zugestanden habe. Mommsen[3] hat darüber geäußert, es unterliege keinem Zweifel, daß die Vorsteher der römischen Gemeinden nicht das Recht gehabt hätten, für Frauen und Unmündige ihres Bezirks Vormünder zu bestellen *(dare),* sondern höchstens nur das, solche dem bestellenden Staatsbeamten vorzuschlagen. Möglich sei es, daß auch hierin den Municipien ein Vorzugsrecht vor den Kolonieen zugestanden habe, aber es sei nicht wahrscheinlich. Bei dieser Annahme kommen wir aber zunächst in Verlegenheit in Bezug auf die italischen Municipien und Kolonieen: denn durch die *lex Atilia* ist dem *praetor urbanus* im Verein mit der Majorität der *tribuni plebis* nur für die Stadt Rom das Recht beigelegt, Tutoren zu bestellen, wie sich denn ja die Funktionen der Tribunen überhaupt nur auf die Stadt Rom, höchstens bis zur Prorogationsgrenze, bezogen: *Lex Atilia Romae tantum locum habet,* sagt Ulpian XI, 18, und, womöglich, noch bestimmter Theoph. paraphr. gr. ad pr. J. I, 20: — *μέχρι γὰρ Ῥώμης, καὶ οὐ περαιτέρω προβαινει·* — Also hatten diese Personen nicht das Recht, Tutoren für die italischen Municipien und Kolonieen zu bestellen. Wenn ferner später den Magistraten der Städte mit dem künstlichen *ius Latii* das Recht der Tutorenbestellung zustand, nach der Lex. Salp. c. XXIX, so scheint es mir doch unwahrscheinlich, daß es diesen zuerst erteilt sei, nicht aber den Magistraten der latinischen Kolonieen, welche die Vorbilder jener waren, zugestanden habe. Meines Erachtens muß man für die hier vorliegende Frage unterscheiden zwischen den italischen *municipia civium Romanorum,* den latinischen Kolonieen bezw. den späteren Städten latinischen Rechts einerseits und den unterthänigen Peregrinengemeinden der Provinzen andererseits. Den ersteren gesteht das römische Staatsrecht eine *res publica,* ein dem seinigen nachgebildetes öffentliches Gemeinwesen zu: die Kolonie wird geradezu als eine *publica persona* bezeichnet, sie hat als solche in verschiedenen Beziehungen Teil an dem Wesen der *res publica populi Romani.* Die unterthänigen Peregrinengemeinden der Provinzen aber *privatorum loco habentur* nach dem Ausspruch des Gaius in seinem Kommentar zum *edictum provinciale* (l. 16 D. de v. s. 50, 16). Wie daher wohl jenen *publicae personae,* ebenso wie dem *populus Romanus* selbst, nicht aber den *privatorum loco* gehaltenen Provinzialgemeinden *praedibus praediisque* kaviert wurde, ebenso zeigt sich eine Konsequenz jenes Unterschieds

[1] Excerpt. Peiresc. ed. Valesius p. 397.
[2] Röm. Rechtsg. I, S. 71. Recht d. Vormundschaft I, S. 341. A. M. Huschke, Gaius S. 31, 32.
[3] Stadtrechte S. 437 ff.

auf dem Gebiet des Vormundschaftsrechts. Für die Provinzialgemeinden trifft MOMMSENS Behauptung zu, daß ihre Magistrate gar kein selbständiges *ius tutoris dandi* hatten. Dagegen müssen die Magistrate der italischen Municipien und (latinischen) Kolonieen, wie die späteren Städte mit *ius Latii*, das Recht, im Bedürfnisfall Tutoren *ex inquisitione* zu bestellen, gehabt haben, auch weiß nach c. XXIX die Lex Salp. nichts von einer Bürgschaftsleistung der von den Magistraten zu bestellenden Tutoren, es heißt nur: *causa cognita — tutorem dato*. Die Magistrate dieser Städte haben also auch darin dem *praetor urbanus* und den Provinzialmagistraten gleichgestanden, daß sie von den von ihnen zu ernennenden Tutoren keine Kautionsleistung zu verlangen brauchten, während die Municipalmagistrate der Provinzen, auch nachdem sie ein gewisses unselbständiges *ius tutoris dandi* erlangt hatten, die von ihnen ernannten Tutoren immer zur Kautionsleistung anhalten mußten.[1] Daraus, daß das Stadtrecht von Salpensa die Stipulation *rem pupilli salvam fore* nicht erwähnt, kann man also nicht etwa entnehmen, daß diese Kaution damals noch nicht bekannt gewesen sei. — Die obrigkeitlich angeordnete Tutel ist nach der Auffassung der Römer eine exceptionelle, ganz subsidiär eintretende, der *ex lege Atilia* bestellte Tutor wird daher auch mit dem besondern Namen *Atilianus tutor* den testamentarisch oder gesetzlich berufenen Tutoren entgegengestellt, insbesondere der gesetzliche Tutor wird jenem gegenüber in dem Salpensanischen Stadtrecht c. 29 als *iustus tutor* bezeichnet. Doch soll er, und das entspricht gewiß der *lex Atilia*, in rechtmäßiger Weise bestellt, *tam iustus tutor* sein, *quamsi — agnatus proximus civis Romanus tutor esset*. Nur demjenigen, *cui nullus omnino tutor est*,[2] der keinen testamentarischen oder gesetzlichen Tutor hat, kann durch die Obrigkeit ein Tutor bestellt werden. Auch in der Lex Salp. wird das hervorgehoben und mehrfach betont, daß der obrigkeitlich bestellte nur so gültig Tutor sein könne, *quo ne ab iusto tutore tutela abeat*. Es ist das einfache Konsequenz davon, daß der *tutor personae datus* ist, d. h. zur Ergänzung der unselbständigen Persönlichkeit im allgemeinen gegeben wird, also *tutorem habenti tutor dari non potest*. Wohl aber ist es, doch vielleicht erst nach einer Auslegung der *lex Atilia*, möglich, daß einem, der einstweilen keinen Tutor hat, nach jenem Gesetz obrigkeitlich ein Tutor bestellt wird, der dann aufhört es zu sein, wenn der zu Bevormundende aus einem der obrigkeitlichen Bestellung vorgehenden Delationsgrunde einen Tutor erhält. Es kann also, wenn im Testament ein *tutor sub conditione* oder *ex die certo* ernannt ist, während des Schwebens der *conditio* oder des *dies* obrigkeitlich ein Tutor bestellt werden, ebenso,[3] wenn zwar im Testament *pure* ein Tutor ernannt, aber das Testament, weil noch kein Erbe daraus angetreten, noch nicht in Kraft getreten ist. Daß an Stelle eines an der Ausübung seines Amts verhinderten *tutor*, z. B. eines abwesenden *tutor*, Tutoren, namentlich Spezialtutoren für Vornahme einzelner Geschäfte, z. B. *dotis constituendae gratia*, von der Obrigkeit bestellt werden konnten, lag nicht in deren allgemeinem *ius tutores dandi;* es bedurfte, da darin eine Abweichung von dem Satz: *tutorem habenti tutor dari non potest*, lag, einer besondern Ermächtigung durch eine Rechtsquelle, und da in dieser Beziehung nur die *lex Iulia de maritandis ordinibus* und Senatuskonsulte genannt werden (Gai.

[1] § 4 I. de Atiliano tutore 1, 22. § 2 I. de satisdatione 1, 24. L. 1 §§ 5. 7. 11—13. 15—17, l. 2 D. de mag. conv. 27, 8. L. 5 D. de confirmando tut. 26, 3. L. 46 § 6 D. de adm. t. 26, 7.

[2] pr. I. de Atil. t. 1, 20. [3] L. 11 pr., l. 12 pr. D. de testament. tut. 26, 2.

I, §§ 173—184; Ulp. XI, 20—23), so ist wohl anzunehmen, daß derartige Ermächtigungen nicht vor der Kaiserzeit vorgekommen sind. — Bestellt werden kann ein Tutor von dem betreffenden Magistrat für einen solchen Vormundsbedürftigen, der in dem Bezirk, für welchen der Magistrat das *ius tutores dandi* hat, seine *origo,* das Bürgerrecht hat. Ob auch für den dort nur sein Domizil Habenden? Mommsen[1] verneint das gegenüber Rudorff[2] und Savigny[3], gestützt auf Salp. c. XXIX und l. 10 D. de tutel. 26, 1. Aber daraus, daß der Gemeindeobrigkeit nur das Recht zugestanden wird, für einen *municeps* ihrer Gemeinde einen Tutor zu bestellen, kann kein Schluß gezogen werden auf das Recht der höheren römischen Beamten, insbesondere das Recht der Provinzialstatthalter, in Bezug auf welche die l. 1 § 2 D. de tutorib. et curat. 26, 5: *Quod autem permittitur tutorem dare provinciae praesidi, eis tantum permittitur, qui sunt eiusdem provinciae vel ibidem domicilium habent* beweist, daß in der Kaiserzeit wenigstens den Provinzialstatthaltern das Recht der Tutorenbestellung in dem weitern Umfang zustand, was aber allerdings auf späterer Ausdehnung beruhen mag. — Ernannt werden zum *tutor* konnte nur jemand, welcher dem Imperium bezw. der *iurisdictio* des betreffenden Beamten unterworfen war, also, wenn es sich um den Provinzialstatthalter handelte, in der betreffenden Provinz seine *origo* oder sein Domizil hatte (l. 5 C. qui dare tutores 5, 34). Es hatte das seinen guten Grund, denn der ernennende Beamte mußte die rechtliche Macht haben, eventuell gegen die die Übernahme der Vormundschaft Verweigernden die seinem Amt zu Gebote stehenden Zwangsmittel anzuwenden. Aber seit wann ist ein solcher Zwang zulässig, seit wann die Tutel zu einem nicht willkürlich ablehnbaren *munus* geworden? In den Institutionen § 3 de Atiliano tutore 1, 20 wird gesagt, daß *supra scriptis legibus* (nämlich *lege Atilia* und *lege Iulia et Titia — neque de compellendis tutoribus ad tutelae administrationem quidquam cavetur.* Wäre die Tutel gleich ganz den öffentlichen Bürgerpflichten, wie etwa dem Amt eines *iudex,* gleichgestellt, so hätte von einer Ablehnung nicht die Rede sein können.[4] Aber die Tutel wird doch selbst von den Juristen der Kaiserzeit vorwiegend als ein *munus privatum,* d. h. als ein zunächst das Wohl eines Individuum zum Ziel habendes *munus* betrachtet, sie wird von den *munera civilia* unterschieden,[5] ja es heißt geradezu: *tutela non est reipublicae munus.*[6] Andererseits konnte nicht übersehen werden, daß das Gemeinwesen ein Interesse an Bestellung und Führung der Tutelen habe, daß die Tutel indirekt dem Gemeinwohl diene, und von solchem Gesichtspunkt konnte man die Tutel auch als ein *publicum munus,* eine *publica causa* bezeichnen. Darin, daß die *lex Atilia* und die *lex Iulia et Titia* die betreffenden Beamten ermächtigten, im Bedürfnisfall Tutoren zu ernennen, war das Interesse, welches der Staat an dem Amte hatte, genugsam ausgedrückt. Haben auch diese Gesetze nichts über eine Pflicht zur Übernahme des Amts von seiten des Ernannten ausgesprochen, so mußte, wenn häufiger Ablehnungen vorkamen, die Frage doch auftauchen, ob dem ernennenden Beamten nicht das Recht zustehe, den Ernannten zur Übernahme der Tutorenstellung zu zwingen. Die Institutionen

[1] Stadtrechte S. 439, A. 139. [2] Recht d. Vormunds. I, S. 370 f.
[3] Syst. 8, 341 flg. [4] L. 17 § 4 D. de excus. 27, 1.
[5] Vat. Fr. 181 (vgl. 170. 197. 221). 247. L. 8 § 1, l. 12 § 1 D. de vacatione 50, 5. L. 4 (3) D. de iure immunitatis 50, 6.
[6] Wenn die Stelle weiter sagt: *sed civile,* so ist *civile* = *municipale,* städtisch zu verstehen, wie der Fortgang zeigt: *nec provinciale (sc. munus) videtur tutelam administrare.*

scheinen stillschweigend anzudeuten, daß bei der Übertragung der Tutorenernennung an die Konsuln u. s. w. der Zwang zur Übernahme der Tutel eingeführt sei, und es mag sich so verhalten, daß damals zuerst gesetzlich ausdrücklich etwas über die Rechtspflicht zur Übernahme bestimmt ist. Aber es ist kaum denkbar, daß nicht schon vorher *in praxi* durch die Magistrate ein solcher Zwang ausgeübt ist, wenigstens in Bezug auf die von ihnen ernannten Tutoren.

Daß der obrigkeitliche Vormund nicht *ex officio*, sondern auf Ansuchen (*tutorem petere*, *postulare*) bestellt wurde, gründet sich wohl schon auf die *lex Atilia*, denn schon von der Fecenia Hispala erzählt Livius, daß sie sich von Tribunen und Prätor einen Tutor erbeten habe (Liv. XXXIX, 9: — *tutore a tribunis et praetore petito*), und es darf mit Mommsen angenommen werden, daß die einschlagenden Bestimmungen von Salp. XXIX Übertragungen aus dem Atilischen Gesetze in das Latinische Recht sind. Danach war also für den Pupillen, der noch nicht selbst in der Lage war, sich einen Tutor zu erbitten, jeder, der überhaupt postulationsfähig war, befugt, einen solchen zu erbitten. Die Schol. Sinait. XX zeigen aber, daß nach der Lex Titia der Pupill sich selbst einen Tutor erbitten konnte. Auch das wird schon auf das alte Recht zurückgehen, daß der auf Ernennung eines Tutor Antragende immer zugleich eine bestimmte Person zu diesem Amt vorzuschlagen hat (*tutorem nominare*). Auf die *petitio* bezw. *nominatio* folgt dann die *causae cognitio* oder *inquisitio* der zur Ernennung befugten Behörde. Es ist also vor allem zu untersuchen, ob wirklich das Bedürfnis einer Ernennung vorliege, und sodann die Tauglichkeit des Nominierten zu prüfen. Daß der zu Ernennende oder der Pupill bei der Untersuchung bezw. Ernennung gegenwärtig sei, war nicht nötig, wenigstens nach l. 5 D. de tut. 26, 5: *Illud semper constitit, praesidem posse tutorem dare tam absentem quam praesentem et tam praesenti quam absenti* (vgl. l. 19 C. de adm. tut. 5, 37). Nach den Schol. Sinait. XIV wird aber eine *constitutio Fratrum* in Bezug genommen, welche sagte, daß einem Abwesenden, auch nicht, wenn er durch einen Prokurator vertreten, dem Gewohnheitsrecht oder Gesetz nach ein Tutor bestellt werden könne. Vielleicht galt der erstere, von Gaius im Kommentar zum Provinzialedikt ausgesprochene Satz nur für die Provinzen. Nach den Schol. Sinait. braucht auch der Prokonsul die Tutorenernennung nicht an einem bestimmten Ort vorzunehmen; er kann sie *ubicunque* vornehmen, auch in einer andern Provinz, welcher er nicht vorsteht. Das dann Folgende ist nur lückenhaft erhalten. Doch zeigen die Worte: *ὁ δὲ* praetor, daß es beim Prätor nicht so war; dieser mußte, schon weil er an die Mitwirkung der Tribunen gebunden war, die Ernennung in Rom vornehmen. Das *ex inquisitione* ernennende Dekret muß *pro tribunali* erfolgen (l. 7 § 1 D. de confirm. tutore 26, 3). Es muß aber nach Schol. Sinait. XIV. auch Fälle gegeben haben, in welchen nach summarischer Kognition *de plano* der Tutor gegeben wurde. Die Ernennung kann übrigens an jedem Tage geschehen (l. 8 § 2 D. de tutoribus 26, 5). *Sub conditione* bezw. mit mit einem *dies a quo* kann die obrigkeitliche *tutoris datio* nicht geschehen.[1] Der Grund davon liegt wohl nahe. Nur wenn kein anderer *tutor* da ist, also wenn ein unmittelbares, gegenwärtiges Bedürfnis vorliegt, soll überhaupt diese Ernennung vor sich gehen, dann aber soll sie auch dem Bedürfnis mit objektiver Sicherheit und sofort

[1] L. 77 D. de r. i. 50, 17. L. 6 § 1 D. de tut. 26, 1.

abhelfen: denn eine andere *in subsidium* eintretende Abhilfe giebt es dann nicht mehr.

Wenn die Tutel in der spätern Zeit als ein *munus* (*privatum* oder *publicum*) bezeichnet wird, so wird damit die Übernahme derselben als eine Verpflichtung dem Staat oder der Stadt gegenüber bezeichnet, eine Verpflichtung, welche von der etwa zwischen Tutor und Pupillen zustande kommenden *obligatio* wohl zu unterscheiden ist. Jene ist eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung dem Staat bezw. der Stadt gegenüber, welche unmittelbar mit der Berufung zur Tutel entsteht, diese eine privatrechtliche zwischen Tutor und Pupillen, welche, wie demnächst zu zeigen, nie unmittelbar aus der Berufung zur Tutel entspringt. Der Zwang, der gegen den säumigen Vormund zur Erfüllung jener öffentlich-rechtlichen Verpflichtung ausgeübt wird, steht daher nicht dem Pupillen, sondern dem Organ des Gemeinwesens, dem Magistrat, zu: *extra ordinem* wird der Tutor zur Erfüllung seiner öffentlich-rechtlichen Verpflichtung angehalten, durch Zwangsmittel, wie sie auch bei anderen *munera* vorkommen, also Verweis, *multae dictio, pignoris capio.*[1] Es liegt also eine Vermischung der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung und der privatrechtlichen Obligation vor, wenn gesagt wird, jene verwirkliche sich in direktester Weise dadurch, daß der rechtlich Berufene, wenn seine etwa beigebrachten Exkusationsgründe nachher verworfen würden, für die Versäumnisse der Zwischenzeit gleich mit der *actio tutelae* haftbar gemacht werden könne.[2]

Meines Erachtens ist die privatrechtliche Obligation zwischen Tutor und Pupillen erst infolge der Einführung der obrigkeitlich bestellten Tutel aufgekommen. Daß sie nicht ursprünglich mit dem *officium* der Tutel verbunden war, geht aus mehrfachen Anzeichen hervor. Sie entspringt nicht unmittelbar aus der Tutel selbst, sondern erst aus der in Ausübung der *tutela* vorgenommenen *gestio;* es ist ein Gebilde, welches sich erst an die Tutel angesetzt hat, was ferner dadurch bestätigt wird, daß die aus dieser Obligation entspringende *actio*, die *actio tutelae*, allem Anschein nach, wenn auch alt, doch jünger ist als die *actio rationibus distrahendis*, welche ihrerseits, wie wir sahen, eine aus dem *perfide agere*, der Verletzung des zwischen Tutor und Pupillen bestehenden *officium*, entspringende Klage ist. Bis zum Aufkommen der obrigkeitlichen Bestellung von Tutoren hatte das *officium tutoris* seine natürliche Grundlage gehabt entweder in der zwischen dem Vater des Pupillen und dem von ihm im Testament Berufenen bestandenen verwandtschaftlichen, schwägerschaftlichen oder freundschaftlichen Verbindung, bezw. in dem dadurch motivierten Vertrauen des Vaters, oder in der zwischen Tutor und Pupillen bestehenden agnatischen Familienverbindung. Das auf solcher natürlichen Grundlage beruhende enge *officium* ließ eine besondere *obligatio* zwischen Tutor und Pupillen als unmöglich, wenigstens als überflüssig erscheinen. Das änderte sich seit der obrigkeitlichen Bestellung von Tutoren. Bei diesen von der Obrigkeit ernannten Tutoren beruhte ihre Tutorenstellung nicht auf einem sie mit dem Pupillen verknüpfenden natürlichen Bande, sondern auf einem obrigkeitlichen Akt. Dem Vater und der Familie des Pupillen ganz fremde Persönlichkeiten konnten durch den magistratischen Akt zur Tutorenstellung berufen werden. Das *officium* an sich verlor dadurch an

[1] So Hartmann, Die Obligation S. 142. Gegen ihn Pernice, Parerga II, S. 27.

[2] L. 7 § 3 D. de susp. tut. 26, 10. L. 9 D. de muner. 50, 4. L. 2, 3 C. de suspectis 5, 43.

Bedeutung, man mußte sich nach einem Ersatz für das, was jene an Bedeutung verlor, umsehen, und diesen fand man in einer durch die Vermögensverwaltung, die *gestio* des Tutor zwischen ihm und dem Pupillen begründeten *obligatio*. Wenn wir annehmen, daß diese *obligatio* erst infolge der Einführung der obrigkeitlichen Tutel aufgekommen sei, so kann sie darum doch eine alte sein. Eine genauere Festsetzung des Zeitpunkts ist natürlich nicht möglich; sie kann aber schon gegen Ende des 5. oder in der ersten Hälfte des 6. Jahrhunderts aufgekommen sei. Die *obligatio tutelae* hat zwar das mit der gewöhnlichen *obligatio negotiorum gestorum* gemein, daß sie nicht aus einem Kontrakt entspringt, aber sie empfängt dadurch, daß die *gestio* in der Absicht geschieht, dadurch das vormundschaftliche *officium* auszuüben, ihr eigentümliches, sie von dieser wesentlich unterscheidendes Gepräge. Die daraus entspringende *actio tutelae* gehört zu den *iudicia de fide mala*;[1] eine Treulosigkeit in dieser Obligation wird, weil darin eine Verletzung des heiligen *officium tutelae* liegt, härter geahndet, die Kondemnation ist für den Tutor mit der Infamie verbunden.[2] Andererseits bringt der Umstand, daß er zwar fremdes Vermögen, aber doch *domini loco* verwaltet, einen eigentümlichen Inhalt der Obligation und eine Milderung seiner Haftung zuwege. Der Hauptgesichtspunkt, welcher den Tutor bei der Verwaltung des Pupillenvermögens leiten soll, ist der, dasselbe möglichst zu erhalten. Was die Vermehrung anlangt, so muß er das Risiko von Spekulationen vermeiden und ist auch nicht zu einer, einen besondern Aufwand von Kraft und Zeit erheischenden Erwerbsthätigkeit für den Pupillen verpflichtet.[3] Das sind Direktiven, die gewiß schon seit alter Zeit als für die Verwaltung des Tutor maßgebend betrachtet sind. Da er aber *domini loco* verwaltet, so soll er für die *diligentia* haften, *quam in suis rebus adhibere solet.*[4] Die Gewalt des Tutor und somit auch seine Vermögensverwaltung erstreckt sich auf die gesamte *familia pecuniaque* des Pupillen. Soll die Vermögensverwaltung wirklich eine zweckentsprechende und vernünftige sein, so muß sie von einheitlichen Gesichtspunkten geleitet, sie muß als ein Einheitliches, als ein Ganzes aufgefaßt werden. Der altrömischen Auffassung entspricht es gewiß nicht, daß durch jede einzelne Administrationshandlung des Tutors eine besondere *obligatio* hervorgebracht werde: vielmehr wird durch die Übernahme der *gestio* eine einzige, alle einzelnen Handlungen und Unterlassungen des Tutors umfassende *obligatio* hervorgebracht, aus welcher die *actio tutelae*, damit sie die gesamte, ein Ganzes bildende Administration umfasse, erst *finita tutela* angestellt werden kann.[5] Sie geht denn auch vor allem auf Rechnungslegung[6] über die gesamte Vermögensverwaltung von Beginn der *gestio* bis zur Beendigung der Tutel. Es wird daher die *tutelae actio* zu den *generalia iudicia* gerechnet (l. 38 pr. D. pro socio 17, 2).

Das *contrarium tutelae iudicium* gehört nicht hierher: es ist, wie bei anderer Gelegenheit gezeigt werden wird, eine der *contrariae actiones*, welche erst dem *ius honorarium* angehören. —

Schon in alter Zeit war es möglich, daß mehrere Personen, sei es durch Testament oder durch die *lex*, zu derselben Tutel berufen waren. Ihr *officium*

[1] Cic. de natura deor. III, 30. p. Q. Roscio comoedo c. 6. p. A. Caecina c. 3.
[2] L. 1 D. de his q. n. i. 3, 2. Lex Iul. mun. Z. 111.
[3] Rücksichtlich der Belege für diese Sätze ist auf die Pandektenlehrbücher zu verweisen.
[4] L. 1 pr. D. de tutel. 27, 3.
[5] L. 1 § 24, l. 4 pr. l. 9 pr. §§ 4. 5 D. de tutelae 27, 3.
[6] L. 1 § 3 D. eod. tit. L. 9 C. arbitr. tut. 5, 51.

ist als ein *individuum* anzusehen und das *periculum* der Verwaltung als *commune*.[1] Wenn einer von ihnen allein die Verwaltung geführt hatte, so wird wohl immer zunächst dieser, welcher die *gestio* wirklich geführt, wegen derselben in Anspruch genommen sein, der Pupill konnte sich aber eventuell auch an den andern, vorausgesetzt, daß er auch wenigstens irgendwie die *gestio* übernommen, halten: sie hafteten *in solidum*. Eine Teilung der Administration unter den Tutoren durch die Obrigkeit war dem *ius civile* noch unbekannt. Eine weitere Frage ist, ob beim Vorhandensein mehrerer *tutores* zu den betreffenden Rechtsgeschäften des Pupillen alle *auctoritatem interponere* mußten, oder ob die *auctoritas* eines von ihnen genügte? Es wird wohl in der Regel die *auctoritas* eines einzigen Tutor schon genügt haben, wenigstens bei nicht solennen Akten. Ob aber auch, wenn einer der andern widersprach? Das scheint nach l. 7 § 3 D. de curatoribus furioso 27, 10 zu verneinen zu sein. Ein besonderes Recht genossen aber die *tutores legitimi*. Von ihnen heißt es bei Cic. pro Flacco 34: *In manum, inquit, convenerat. Nunc audio. sed quaero, usu an coemptione? Usu non potuit. nihil enim potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui. coemptione? Omnibus ergo auctoribus.* Dieser Äußerung nach kann es immer noch zweifelhaft sein, was unter dem *de tutela legitima deminui* verstanden sei, was alles darunter begriffen sei, ob jede Veräußerung, jede Verpflichtung des Pupillen? Nach l. 5 C. de auctoritate praestanda 5, 59 muß man doch annehmen, daß zu jedem Geschäft, zu welchem überhaupt *tutoris auctoritas* erforderlich, nicht die *auctoritas* eines *tutor legitimus* hinreichte, sondern *omnes consentire compellebantur*. Nach derselben Verordnung ist wohl anzunehmen, daß zu den die Tutel aufhebenden Geschäften, wie der Arrogation, überhaupt die *auctoritas* sämtlicher Tutoren, auch der *testamentarii*, von jeher erforderlich war. Was von den *legitimi* galt, scheint später auf einen Teil der *a magistratibus dati* übertragen zu sein.[2]

2. *Tutela mulierum.*

§ 23. Neben der *tutela pupillorum* kennt das römische Recht (gewiß seit uralter Zeit) eine *tutela mulierum*. Um sie verständlich zu machen, muß auf die ganze Stellung der Frauen hingewiesen werden. Nach altrömischer Auffassung ist es nur möglich, entweder selbst einer Familiengewalt, sei es *potestas* oder *manus* oder *tutela*, fähig zu sein, oder in einer solchen zu stehen. Die Frau kann nicht Haupt einer *familia* sein, sie ist keiner Familiengewalt, weder einer *patria potestas* noch einer *manus* noch einer *tutela* fähig. Für sie bleibt nur das andere möglich, selbst in einer jener Gewalten zu stehen, also zunächst entweder in einer *patria potestas* oder in einer *manus* oder in einer Alterstutel. Danach scheint es nun doch nicht notwendig zu sein, daß, wenn eine weder *in potestate* noch *in manu* stehende Frau das als Grenze der Alterstutel gesteckte Alter überschritten hat, sie nun auch in Zukunft in einer *tutela* stehen müsse. Allein solche Notwendigkeit liegt doch vor.[3] Da sie nicht Haupt einer *familia* sein kann, so wird ihr Wille auch nie fähig, selbständig ihre sächliche *familia* zu

[1] L. 46 § 1 D. de administr. 26, 7. L. 6 D. de fideius. et nom. 27, 7. L. 55 pr. D. de adm. tut. 26, 7.

[2] Ulp. fr. 11, 27.

[3] Liv. XXXIV, 2: *Maiores nostri nullam ne privatam quidem rem agere feminas sine auctore voluerunt; in manu esse parentum, fratrum, virorum.*

beherrschen, wenn sie auch über die *pecunia* im Gegensatz zur *familia* freie Verfügung erlangt. Für die Disposition über die *familia*, soweit ihr die Fähigkeit dazu nicht gänzlich abgesprochen ist, bedarf sie stets des Beistandes eines *tutor*, die *potestas* des *tutor muliebris* erstreckt sich nur auf die *familia* der Frau, nicht auf deren *pecunia*. Aber nach jeder Richtung wird auch dadurch noch nicht das Wesen dieser Tutel verständlich. Die Frau war nach römischer Auffassung auf das Leben innerhalb der *familia* angewiesen. Nach außen, in die Öffentlichkeit soll sie sowohl in staatsrechtlicher Beziehung, wie auch in Bezug auf den privatrechtlichen Verkehr so wenig als möglich hervortreten. Sie kann nicht in der Volksversammlung erscheinen und keine Magistratur bekleiden,[1] ist überhaupt von allen *officia civilia vel publica*, wie dem Amt eines *iudex*, ausgeschlossen,[2] kann auch nicht die Funktion eines Solennitätszeugen bei formellen Privatrechtsgeschäften übernehmen, sie kann nur in eigenen Angelegenheiten, aber nicht für andere, vor dem Magistrat Anträge stellen (*postulare*), was vielleicht zunächst nur durch Sitte untersagt war,[3] kann nicht prozessualische Stellvertreterin werden,[4] keine *actio popularis* anstellen.[5] Da sie so, soweit es mit ihren eigenen Interessen verträglich war, von der Teilnahme selbst am privatrechtlichen Verkehr ausgeschlossen war, so konnte man auch nicht erwarten, daß eine Frau in rechtlichen Dingen bewandert sei, die Frauen gehörten zu den Personenklassen, denen die *ignorantia iuris* verziehen wurde.[6] Gerade die *forensium rerum ignorantia* wird von Ulpian als einer der Gründe der Frauentutel hervorgehoben (Ulp. XI, 1), sie macht den Beistand eines *tutor* zu Rechtsgeschäften, zu deren gehöriger Vornahme eine gewisse Rechtskenntnis erforderlich ist, notwendig. Sonst haben die späteren Römer die der Frauentutel zu Grunde liegenden Gedanken nicht sehr tief erfaßt, denn die, wie Gaius sagt, gewöhnlich angegebene *animi levitas* oder *sexus infirmitas* klärt allerdings die Sache nur in einzelnen Beziehungen auf. Gerade in Bezug auf die Frauentutel hat man behauptet, daß sie nur ein Recht der *tutores legitimi* gewesen, nur im Interesse ihrer Intestaterbanwartschaft bestanden habe. Und allerdings hat sich gerade diese Tutel bei den Römern in einer Weise entwickelt, daß schon Gaius den Gedanken äußern konnte, wenigstens die *tutela legitima* über Frauen bestehe nur um der Tutoren willen, *quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent.*[7] Aber er hat bei diesem Urteil die Frauentutel nur in ihrer spätern Gestalt vor Augen. Daß dieselbe ursprünglich doch wohl zunächst um der Frauen selbst willen bestand, geht schon aus der Möglichkeit der Ausschließung der *legitimi tutores* durch Ernennung eines Tutors im Testament des Inhabers der *patria potestas* oder *manus* hervor, sowie namentlich daraus, daß die *lex Atilia* die obrigkeitliche Ernennung von Tutoren nicht bloß für Pupillen, sondern auch für Frauen, welche keinen andern Tutor hatten, für notwendig hielt und anordnete. Vor allem ist aber darauf hinzuweisen, daß Masurius Sabinus nach Gell. V, 13 auch die *tutela muliebris* unter den *officia* anführt, über deren Rangordnung er handelt. So dürfen wir annehmen, daß die Frauentutel ursprünglich der Alterstutel ähnlicher war, als später. Darin hat sich aber die Frauentutel

[1] Gell. V, 19. Val. Max. III, 8, 6.
[2] L. 2 D. de r. i. 50, 17. L. 1 § 1 D. ad S. V. 16, 1. L. 12 § 2 D. de iud. 5, 1.
[3] L. 1 § 5 D. de post. 3, 1.
[4] L. 54 pr. D. de pr. 3, 3. L. 4 u. 18 C. de pr. 2, 12 (13). Paul. I, 2, 2 u. a. St.
[5] L. 6 D. de pop. a. 47, 23.
[6] L. 9 pr. D. de i. e. f. i. 22, 6. L. 2 § 7 D. de i. f. 49, 14. [7] Gai. I, 192.

wohl von jeher von der Alterstutel unterschieden, daß die unter Tutel stehenden Frauen selbst oder durch von ihnen Beauftragte die Verwaltung ihres Vermögens führten und die in ihren Angelegenheiten notwendigen Geschäfte abschlossen, so daß die Thätigkeit ihrer Tutoren nur in der Erteilung der *auctoritas* zu den Geschäften bestand, zu welchen dieselbe erforderlich war. Die *tutoris auctoritas* war nicht erforderlich zur Veräußerung einer zur *pecunia* gehörenden *res nec mancipi*, wohl aber zur Eigentumsübertragung von den zur *familia* (im Gegensatze der *pecunia*) gehörenden *res mancipi*,[1] sie war also nicht erforderlich zur bloßen Übertragung der *possessio* von *res mancipi* mit der Wirkung des Rechts der Fruchtziehung,[2] wohl aber mußte auch die *possessio* einer *res mancipi tutore auctore* übertragen werden, damit der Empfänger dieselbe usukapieren konnte.[3] Es war ferner *tutoris auctoritas* erforderlich zur Errichtung eines Testaments,[4] sofern die Frau überhaupt das *testamenti faciendi ius* hatte, denn in der Testamentserrichtung lag eine Verfügung über die *familia*, auf welche die Gewalt des Tutor sich erstreckte. Auch zur Begebung in die *manus* eines Mannes durch *confarreatio* oder *coemtio* war *auctoritas tutoris* nötig,[5] sofern dadurch das gesamte aktive Vermögen der Frau auf den Inhaber der *manus* überging. Fraglich ist ferner, ob eine Frau, welche unter Tutel stand, ohne *auctoritas* der Tutoren *usu* in die *manus* ihres Ehemannes gelangen konnte.

Früher habe ich[6] mich mit Ciceros Äußerung, pro Flacco 34: — *Usu non potuit (in manum convenire), nihil enim potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui* dahin abfinden zu können geglaubt, daß die Tutoren der Frau die Möglichkeit gehabt hätten, die Mündel zur Beobachtung des *trinoctium* zu zwingen und dadurch die Vollendung des *usus* zu verhindern. Von dieser Auffassung bin ich zurückgekommen. Wie eine Frau zwar *sine tutore auctore* die *possessio* einer *res mancipi* veräußern, aber nur, wenn die Übergabe *tutore auctore* geschehen war, eine Usukapion der Sache von seiten des Empfängers vor sich gehen konnte, so konnte eine Frau auch *sine tutore auctore* wohl eine Ehe abschließen, aber es war andererseits eine Begründung der *manus* durch *usus* nur möglich, wenn die Abschließung der Ehe *tutore auctore* erfolgt war. Wie diese Annahme innerlich und durch die Analogie besser begründet ist, als meine frühere, so stimmt sie auch besser zu Ciceros Ausdrucksweise. Auch zum Zweck einer *dotis constitutio*[7] bedarf die Frau der *tutoris auctoritas*, einerlei, in welcher Art diese *constitutio* geschieht, ob durch *dictio* oder *promissio* oder *datio*. Den Grund davon kann ich nur darin sehen, daß die *dotis constitutio* kein gewöhnliches, dem täglichen Verkehr angehörendes Vermögensrechtsgeschäft, sondern von wesentlicher Bedeutung für das ganze eheliche und Familienleben der Frau war und es dabei auch darauf ankam, daß ihre Rechte für den Fall der Auflösung der Ehe gehörig wahrgenommen wurden.

Es bedurfte ferner eine Frau zur Vornahme einer *legis actio* oder der Eingehung eines *iudicium legitimum*[8] der *tutoris auctoritas*. Da das *lege agere* in dem Aussprechen bestimmter Wortformeln bestand, bezw. der Vornahme gewisser Formalhandlungen, bei welchen der geringste Formverstoß den Verlust des Prozesses nach sich ziehen konnte, so sah man für das *lege agere* der Frauen, bei welchen eine gewisse *ignorantia iuris* und *forensium rerum* vorausgesetzt wurde,

[1] Gai. I, 192. II, 80. Ulp. XI, 27. [2] Vat. fr. 1. [3] Gai. II, 47. [4] Gai. I, 192.
[5] Cic. pro Flacco 34. Gai. I, 195. Ulp. XI, 22. [6] Die Formen d. röm. Ehe S. 76 ff.
[7] Cic. pro Flacco 35. Gai. I, 178. 180. [8] Gai. I, 184. Ulp. XI, 24. 27.

die *auctoritas tutoris* als notwendig an. Jedes auf Grund einer *legis actio* niedergesetzte *iudicium* war aber ein *legitimum*, und so wurde dasselbe Erfordernis für diese Fortsetzung und Durchführung der *legis actio* aufgestellt. Nach Aufhebung der *legis actiones* hielten daher manche Erteilung von *tutoris auctoritas* für Eingehung eines *iudicium legitimum* von seiten einer Frau nicht mehr für nötig (Gai. I, 184). Aus dem Erfordernis der *tutoris auctoritas* für die Vornahme einer *legis actio* folgt, daß auch eine *in iure cessio* von seiten einer Frau *sine tutoris auctoritate* nicht geschehen kann (Vat. fr. 45), denn *in iure cessio* ist *legis actio*. Einen Sklaven freilassen kann eine Frau *sine tutore auctore* nicht, und zwar weder *vindicta* noch in formloser Weise, wie *inter amicos* oder *epistola* (Ulp. I, 17, Dosith. 15). Dies zeigt, daß der Grund des allgemeinen Satzes nicht in der Form der Manumission liegt. Er liegt vielmehr darin, daß der Sklave zu den *res mancipi* gehört und das Aufgeben des Eigentums an einer *res mancipi tutore auctore* nicht geschehen kann. Wir finden sodann in den Quellen den allgemeinen Satz, daß eine Frau *sine tutore auctore* nichts bindend versprechen, sich nicht obligieren könne.[1] Zur Erklärung dieses Satzes können wir uns nicht darauf berufen, daß die Gewalt des Frauentutors sich nur auf die *familia*, nicht auf die *pecunia* erstreckt habe, denn Übernahme einer Obligation enthält zunächst weder eine Disposition über ein zur *familia*, noch eine solche über ein zur *pecunia* gehörendes Vermögensstück. Der Grund dieses Satzes liegt vielmehr in der von den Römern den Frauen zugeschriebenen *infirmitas consilii*, der *animi levitas*. Die Römer meinen, eine Frau, die sich möglichst auf das Leben in der Familie beschränken und aus dem Treiben des Verkehrslebens fernhalten soll, sei demgemäß auch natürlich nicht so durchdrungen von der Notwendigkeit des Haltens in gültiger Weise übernommener Verpflichtungen; sie werde häufig annehmen, daß sie erst durch das Weggeben des Rechtes selbst, nicht schon durch das Versprechen des Weggebens unwiderruflich gebunden sei, und werde daher leichtsinniger ein Versprechen geben, als es vom Manne zu erwarten sei. Daher soll sie nur, wenn sie *tutore auctore* versprochen, gebunden sein. Daß eine Frau eine Erbschaft nicht *sine tutore auctore* soll antreten können,[2] ist nur eine Anwendung des eben besprochenen Satzes, denn durch *aditio hereditatis* kann sie sich möglicherweise obligieren, sie tritt in die Erbschaftsschulden ein. Wir wollen an den besprochenen Satz gleich die Angabe von ein paar anderen in den Quellen mitgeteilten knüpfen. Eine Frau kann wohl *sine tutore auctore* eine Zahlung gültig in Empfang nehmen,[3] nicht aber kann sie ohne wirklichen Empfang des Geschuldeten den Stipulationsschuldner durch *acceptilatio* ohne *auctoritas* des Tutors befreien. Die Erklärung, welche Gaius II, 85 von dem ersten Satze giebt, *quia res nec mancipi — a se dimittere mulieres etiam sine tutoris auctoritate possunt*, ist falsch, denn Forderungsrechte fallen nicht unter die Einteilung der *res* in *res mancipi* und *nec mancipi*. Wäre sie richtig, so müßte die Frau ihr Forderungsrecht auch durch *acceptilatio* aufgeben können, was Gaius ja selbst verneint. Der wahre Grund des Unterschieds zwischen dem Empfang der *solutio* und dem *liberare* durch *acceptilatio* ist aus den folgenden Worten des Gaius zu entnehmen: *quamquam hoc ita est si accipiat pecuniam; at si non accipiat, sed habere se dicat et per acceptilationem velit debitorem sine tutoris auctoritate liberare, non potest.* Bei reellem

[1] Cic. pro Caecina 25. Gai. I, 192. III, 91. 108. Ulp. XI, 27.
[2] Gai. I, 176. Ulp. XI, 22. [3] Gai. II, 83. 85.

Empfang des Geschuldeten der Frau die Entlassung des Gläubigers aus der Obligation zu gestatten, ist ungefährlich. Anders steht es mit der Entlassung durch den bloßen Formalakt der Acceptilation. Eine Frau wird sich leichter zu solchem Akt bringen lassen, weil sie in ihrer *animi levitas* und *forensium rerum ignorantia* sich die rechtliche Bedeutung und Wirkung nicht so zum Bewußtsein bringen wird, wie ein Mann. — Ulpian spricht endlich XI, 27 noch den allgemeinen Satz aus, *tutoris auctoritas* sei den Frauen auch notwendig für die Vornahme eines *civile negotium*. Hier ist unter *civile negotium* ein dem *ius civile* im engern Sinn (im Gegensatz des *ius gentium*) angehörendes solennes Geschäft zu verstehen. Da man wegen der *forensium rerum ignorantia* der Frauen nicht annehmen darf, daß sie in den vom *ius civile* geforderten Solennitäten genügend bewandert sind, so sollen sie solches Geschäft überhaupt nicht ohne *tutoris auctoritas* vornehmen können. Hier und da mögen auch einzelne Gesetze oder Senatuskonsulte die *auctoritas tutoris* für gewisse Akte die Frauen verlangt haben. Auf solche besondere Bestimmung geht es vielleicht zurück, daß *auctoritas tutoris* den Frauen nötig sein soll, *si libertae suae permittant in contubernio alieni servi morari* (Ulp. XI, 27).

Da den Frauentutoren die Verwaltung des Vermögens ihres Mündels nicht oblag, so ist, auch nachdem bei der Alterstutel eine aus der *gestio* entspringende *obligatio* angenommen war, eine entsprechende *obligatio* zwischen dem *tutor mulieris* und der Frau nicht angenommen, und damit fiel auch die Grundlage für die *actio tutelae* fort. Auch von einer Anwendung der *accusatio suspecti tutoris* auf den *tutor mulieris* scheint nie die Rede gewesen zu sein.

Die Entstehungsgründe dieser Tutel waren dieselben, wie die der Alterstutel: testamentarische Ernennung von seiten des Inhabers der Gewalt über die vormundsbedürftige Frau,[1] Berufung des nächsten Agnaten, eventuell der Gentilen durch das Gesetz,[2] und später nach der *lex Atilia* bezw. der *lex Titia* und *Julia* Ernennung durch die betreffenden Obrigkeiten.[3] Doch greifen hier einige Besonderheiten Platz, deren Darstellung zugleich Gelegenheit geben wird, zu zeigen, wie schon in verhältnismäßig früher Zeit eine Tendenz nach Abschwächung der Frauentutel sich geltend machte. Befand sich eine Frau nicht in *patria potestate*, sondern in der *manus* eines Ehemanns, so stand dem Inhaber der *manus* das Recht zu, der Frau in seinem Testament einen Tutor zu ernennen. Hier nun kam ein Satz auf, welcher unverkennbar den Zweck hatte, der Witwe die Tutel weniger lästig zu machen. Der Inhaber der *manus* konnte nämlich der Frau nicht bloß eine bestimmte Person zum Tutor, sondern er konnte ihr auch durch testamentarische Bestimmung das Recht geben, sich selbst den Tutor zu wählen (*tutoris optio, ius optandi tutoris*).[4] Der Zweck einer Erleichterung der Tutel durch die Einräumung des Wahlrechts geht daraus hervor, daß nur der Witwe vom Inhaber der *manus*, nicht aber der unverheirateten Tochter vom Inhaber der *patria potestas* jenes *ius optandi tutoris* eingeräumt werden konnte. Wie die Möglichkeit aufkam, die Ehefrau von der *manus* ihres Ehemannes frei zu erhalten, so taucht im Zusammenhange damit auch das Bestreben auf, die Witwe nicht von der Tutel zu befreien, wohl aber ihr gegenüber derselben eine freiere Stellung zu verschaffen. Daß ein besonderes Gesetz diese *tutela optiva* eingeführt habe, davon findet sich keine Spur.

---

[1] Gai. I, 144. 145. 148. [2] Gai. I, 157. 171. Ulp. 11, 8.
[3] Liv. 39, 9. Ulp. 11, 18. [4] Gai. I, 150 ff.

Gajus sagt: *recepta est tutoris optio.* Damit deutet er wohl auf den Einfluß der Juristen hin, und vergleicht man damit den Ausspruch Ciceros pro Murena XII, 27: *Mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt: hi (sc. iure consulti) invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur,* von welchem unzweifelhaft die *tutores optivi* mit umfaßt werden, so kann man nicht zweifeln, daß die *tutela optiva* ein Institut ist, welches dem mächtigen Einfluß der alten römischen Jurisprudenz seine Entstehung verdankt. Die Anerkennung der Ehe ohne *manus* als eines *iustum matrimonium* kann nach unserer früher entwickelten Auffassung etwa seit dem Ende des 5. Jahrhunderts der Stadt geschehen sein. Älter wird auch die Einführung der *tutela optiva* nicht sein. Sehen wir nun, wie weit uns die Erwähnungen derselben zurückführen.

Aus Liv. XXXIX, 19 wissen wir, daß unter den der Fecenia Hispala um das Jahr 568 a. u. durch Senatuskonsult eingeräumten Privilegien auch die *tutoris optio* sich befand, *quasi ei vir testamento dedisset.* Damals also muß die testamentarische Einräumung des *ius optandi tutoris* durch den Ehemann schon etwas offiziell fest Anerkanntes gewesen sein. Eine noch etwas weiter zurückreichende Erwähnung der *tutelae optio* findet sich in dem Truculentus des Plautus IV, 4, 6 (v. 859), welche Stelle sehr korrupt überliefert ist,[1] aber so gelesen werden muß: *Video eccum, qui amíns tutorem méd optavit suís bonis.*

Die Anspielung auf die *tutoris optio* kann danach nicht zweifelhaft sein. Die Vergleichung liegt in dem Wählen des Tutors, der Witz besteht aber in den Gegensätzen, welche zwischen dem *tutorem optare* des Rechts und dem *tutorem optare* unserer Stelle bestehen. Bei jenem wählt die Frau sich einen Tutor, bei diesem soll ein Mann sich ein Frauenzimmer zum Tutor gewählt haben; bei jenem hat der Tutor nur zu gewissen Akten seine *auctoritas* zu erteilen, bei diesem hat der Mann dem zum Tutor gewählten Frauenzimmer seine ganze Habe überlassen (v. 5: *Vidi audivi, quam penes est mea omnis res et liberi*).

Wenn zur Zeit der Aufführung des Truculentus schon derartige Anspielungen auf die *tutela optiva* in einer Komödie gemacht und verstanden werden konnten, so muß dieselbe schon etwas im römischen Leben Eingebürgertes gewesen sein. Unbedenklich kann sie danach bis zum Anfang des 6. oder das Ende des 5. Jahrhunderts der Stadt hinabgerückt werden.

Unter allen Umständen gewährte das *ius optandi tutoris* der Frau den Vorteil, daß sie sich zum *tutor* ein Individuum aussuchen konnte, auf dessen Willfährigkeit und Nachgiebigkeit sie rechnen zu können glaubte. Tutor wird der Betreffende nicht schon in dem Moment, wo das Testament im allgemeinen in Wirksamkeit tritt, also bei Antretung der Erbschaft, sondern in dem Moment, wo die Frau die Wahl getroffen bezw. dem Gewählten kundgegeben hat. Die Rechnung auf die Willfährigkeit des Gewählten kann aber täuschen. Auch darauf hat die Jurisprudenz bei der Schaffung des Instituts Rücksicht genommen:

---

[1] Überliefert ist die Stelle so: *Video eccum qui manstutorem me adoptauis (mea doptauis B) bonis.* Vgl. die Ausgabe von Fr. Schöll (Lipsiae 1881) S. 136. Die obige richtige Lesung findet sich bei Schöll, welcher seine Vorgänger in Bezug auf die einzelnen Verbesserungen anführt. Die Hauptkorruptel ist offenbar dadurch entstanden, daß das vor *mans* durch Übersehen ausgefallene *a* etwa am Rand einer Handschrift als ausgefallen bemerkt und von da an falscher Stelle eingeschoben ist. Auch heute freilich fehlt es nicht an solchen, welche das *manstutorem* festhalten und darauf die Annahme gründen, der Frauentutor sei in ältester Zeit *manustutor* genannt. So Voigt, Die XII Tafeln II, S. 411.

es kann die *optio* im Testament als eine *plena* oder eine *angusta* eingeräumt werden. Ist der Frau schlechthin die *optio* eingeräumt, unter Anwendung der Formel: *Titiae uxori meae tutoris optionem do*, so hat sie die *optio* als *plena*, sie kann unbeschränkt immer wieder einen neuen Tutor wählen. Es kann aber auch, da der Mann vielleicht eine zu weit gehende Wankelmütigkeit seiner Frau befürchtet, die *optio* mit einer Beschränkung eingeräumt sein, so daß die Frau nur einmal oder vielleicht zweimal soll wählen dürfen. Ein Zweifel entsteht nun aber, wie diese Unterscheidung sich zu der andern von Gaius erwähnten verhalte, wonach es der Frau freistehen soll, den *tutor* entweder *in omnes res*, für die gesamte Vermögensverwaltung, oder *in unam forte vel duas*, nur für ein oder vielleicht zwei einzelne Geschäfte, zu wählen. Bringen wir diese Unterscheidung zunächst bei der *plena optio* zur Anwendung, so fragt sich, ob die Frau, auch wenn sie einen *tutor in omnes res* gewählt hatte, diesen beliebig abdanken und einen zweiten wählen konnte, oder ob sie diesenfalls nur nach Wegfall dieses erstgewählten, etwa durch den Tod, einen zweiten wählen konnte. Meines Erachtens muß man sich für das erstere entscheiden. Wäre das Wahlrecht der Frau auf den selten eintretenden Fall des Todes oder sonstigen Wegfalls des ersten Tutors beschränkt, so hätte es offenbar keine große Bedeutung. Bei der *angusta optio* aber muß die Frau, wenn sie bei der letzten möglichen Wahl den *tutor in omnes res* gewählt hat, denselben behalten. Hat sie aber den *tutor in unam forte vel duas res* gewählt, so hört er mit der Erledigung der betreffenden Geschäfte von selbst auf *tutor* zu sein, und es muß also, falls der Frau kein Wahlrecht mehr zusteht, jetzt der *legitimus tutor*, oder, falls ein solcher nicht mehr vorhanden ist, obrigkeitliche Bestellung eines *tutor* eintreten. Daß die *optio* nur *in unam forte vel duas res* geschehen konnte, ist gewiß nicht ursprüngliches, seit dem ersten Aufkommen der *tutela optiva* geltendes Recht: es widerspricht dem Satz, daß *tutor personae, non rei vel causae datur*; es kann erst zulässig geworden sein, seitdem, namentlich auf Grund von Senatuskonsulten, Tutoren auch für einzelne Rechtsakte bestellt wurden. Daß ein solcher *in unam vel forte duas res* gewählter *tutor* noch bedeutungsloser sein mußte, als der *in omnes res* gewählte, liegt auf der Hand; denn natürlich mußte die Frau, bezw. der von ihr mit der beständigen Vermögensverwaltung Beauftragte, besser in der Lage sein, zu beurteilen, ob das einzelne in Frage kommende Geschäft vorteilhaft und zweckmäßig sei, als der *tutor*, welcher gar keine Übersicht über das Ganze der Vermögensverwaltung hatte.

Gehen wir zur gesetzlichen Tutel über, so werden wir dabei anderen Erscheinungen begegnen, in welchen eine noch stärkere Abschwächung der Frauentutel zu finden ist. Zunächst aber möge darauf hingewiesen werden, daß die in Ermangelung von Agnaten eintretende Tutel der Gentilen sich bei der Frauentutel so lange, als es überhaupt *gentes* gab, erhalten haben muß; denn nicht nur wird von Cic. pro domo 13, 35 die Wirkung des Austritts des Clodius aus seiner *gens* mit den Worten bezeichnet: *iure Quiritium legitimo tutelarum et hereditatium relicto*, sondern auch in der Grabrede auf die Turia I, 21 f. wird eine gesetzliche Tutel der Gentilen als möglich anerkannt in den Worten: *nec sub conditionem tutelae legitimae venturam, quoius per [legem in te ius non] esset: neque enim familia(e) gens ulla probari poterat.* Zu der gesetzlichen Tutel gehört auch die des *quasi patronus* über eine emancipierte Frau; doch machte man hier demnächst einen Unterschied, je nachdem die *manumissio* aus dem *in mancipio esse* von dem *parens*, welcher sich Remancipation hatte versprechen

lassen, oder von dem *extraneus,* welchem das betreffende *liberum caput* mancipiert war, vorgenommen war.[1] Die Tutel des *parens manumissor* rechnete man, weil ihr das natürliche Vaterverhältnis zu Grunde lag, zur *legitima tutela,*[2] dagegen die des *extraneus manumissor* wurde davon als sogenannte *fiduciaria tutela* unterschieden. Die *fiduciaria tutela* über Frauen wurde wohl schon in der spätern Zeit der Republik als eine Scheintutel aufgefaßt. Wie das vorübergehende *in mancipio esse,* aus welchem der Verabredung gemäß der *extraneus* die ihm mancipierte Frau zu manumittieren hatte, als eine *imaginaria servilis condicio* betrachtet wurde, so fing man auch an, die Tutel des *manumissor* aus diesem imaginären Verhältnis als eine imaginäre anzusehen, zuerst wahrscheinlich bei Frauen, welche der Ehemann nach der Scheidung durch Remancipation an den *extraneus* aus der Manus entlassen hatte, dann auch bei Töchtern, welche der Vater durch Mancipation aus der väterlichen Gewalt entlassen hatte. Der imaginäre *fiduciarius tutor* hatte seine *auctoritas* nur *dicis causa* zu interponieren,[3] die *auctoritatis interpositio* wurde hier zu einer bloßen Formalität, reell war solche Frau von einer Geschlechtstutel frei. Den *optivus tutor* und den *fiduciarius tutor* hatte Cicero bei seiner Äußerung pro Murena c. 12 vor Augen: *hi invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur.* Daß die Abschwächung der Geschlechtstutel schon in der republikanischen Zeit weitergegangen, daß auch die namentlich im Testament gegebenen und die von den Magistraten bestellten Tutoren damals schon machtlose Tutoren gewesen seien, läßt sich nicht beweisen. Wären sie es gewesen, so hätte kein Grund für die Jurisprudenz bestanden, die *coemtio tutelae evitandae gratia* zu erfinden, als einen Weg für Frauen, um sich von lästiger Tutel zu befreien. Diese *coemtio fiduciaria tutelae evitandae gratia* bezog sich jedenfalls auch auf die *tutores testamentarii* und *a magistratu dati,* denn sie wird keineswegs auf die *legitimi* beschränkt und bestand in Geltung, auch nachdem die *tutela legitima* der Agnaten über Frauen durch die *lex Claudia* aufgehoben war. Aufgebracht ist sie aber wohl kaum im Hinblick auf die *tutores legitimi,* denn diesen gegenüber wird sie wohl immer nur anwendbar gewesen sein, wenn sie aus freiem Willen ihre *auctoritas* zu solcher *coemtio* erteilten, während die testamentarisch und obrigkeitlich bestellten Tutoren vielleicht schon in republikanischer Zeit zur Erteilung ihrer *auctoritas* zu der Begebung der Frau in die *manus* eines Mannes durch den Prätor gezwungen wurden. Die spätere Geschichte des Absterbens der Geschlechtstutel gehört nicht in die Darstellung des alten *ius civile.*

Die Ausartung der Frauentutel zeigt anch die schon dieser Zeit angehörende *in iure cessio tutelae.* Es wird an anderer Stelle bemerkt werden, daß dieser Fall wohl zu den jüngsten Anwendungen der *in iure cessio* gehört. Er unterscheidet sich, wie die *in iure cessio* eines *ususfructus,* darin von den übrigen Anwendungsfällen, daß dadurch nicht eine völlige Übertragung des Rechts, sondern nur die Einräumung eines Rechts am fortbestehenden Recht erfolgt. Das Recht am Inhalt eines Rechts gehört aber überhaupt wohl zu zu den jüngeren Rechtsfiguren. Was das Anwendungsgebiet der *in iure cessio tutelae* anlangt, so wissen wir, daß die *pupillorum tutela* überhaupt nicht *in iure*

[1] Gai. I, 115. 166a. 195a. Ulp. XI, 5.

[2] Gai. I, 172. 175. L. 3 § 10 D. de legit. tut. 26, 4. § 6 I. quib. m. 1, 12. Tit. I. de leg. p. t. 1, 18.

[3] Gai. I, 190.

cediert werden kann. Wenn Gaius I, 168 als Grund dafür angiebt, daß diese Tutel nicht *onerosa* sei, weil sie mit erreichter Pubertät des Mündels beendigt werde, so zeigt das nur, daß er für die geschichtliche Entwickelung der *feminarum tutela* kein Verständnis hatte. Wenn er nicht um einen Grund verlegen gewesen wäre, hätte es ihm doch nicht in den Sinn kommen können, zu behaupten, daß die Pupillentutel weniger lästig sei, als die Frauentutel. Aber auch bei der Frauentutel hat die *in iure cessio* nur ein beschränktes Anwendungsgebiet, denn wir wissen, daß der testamentarische Tutor einer Frau seine Tutel, und ebenso, daß der *Atilianus tutor* einer solchen seine Tutel nicht einem andern *in iure* cedieren kann (Ulp. XI, 17. Schol. Sinait. XVIII). Auch die *tutores fiduciarii* konnten nach der von Gaius I, 172 gebilligten Annahme einiger die Tutel nicht einem andern *in iure* cedieren. So bleiben denn nur die von Gaius I, 168 genannten *tutores legitimi,* zu denen auch der Patron und der *parens manumissor* gehören. Solange die Frauentutel ebenso wie die Tutel über Pupillen als ein heiliges *officium* angesehen wurde, wird auch die *legitima tutela* nicht haben *in iure* cediert werden können. Erst als einerseits diese Tutel selbst gelockert zu werden anfing, andererseits die *tutela legitima* nicht mehr als eine Pflicht, sondern lediglich als ein zum Vorteil der *legitimi* bestehendes Recht aufgefaßt wurde, ließ man für die *tutela legitima* die *in iure cessio* zu.[1] Für die *testamentaria tutela* und die des Atilianus konnte sie auch jetzt nicht zugelassen werden, da diese auf dem Vertrauen beruhten, welches der Testator und die Obrigkeit gerade der von ihnen ausgewählten Persönlichkeit durch die Ernennung erwiesen hatten. Bezüglich der *fiduciarii* konnte die Anwendbarkeit zweifelhaft sein. Rechnete man sie zu den *legitimi,* wozu sie ursprünglich gehörten, so mußte man die Zulässigkeit der in *in iure cessio* der *tutela fiduciaria* bejahen. Gaius sagt, einige hätten sie verneint, *cum ipsi se oneri subiecerint.* Dann hätte man sie aber konsequenterweise auch für den *parens manumissor* verneinen müssen. Ein besserer Grund für die Verneinung scheint mir darin zu liegen, daß der *tutor fiduciarius* nur *dicis causa auctoritatem interponit,* seine Tutel also ohne allen realen Inhalt ist. Bei solcher inhaltslosen Tutel noch eine *in iure cessio* zuzulassen, wäre lächerlich gewesen. — Fragen wir nun nach dem diesem Anwendungsfall der *in iure cessio* zu Grunde liegenden Gedanken, so giebt für die Ermittelung desselben die Beschränkung der *in iure cessio* auf die *tutela legitima* einen Anhaltspunkt. Die als bloßes Recht aufgefaßte *tutela legitima* konnte als Last, welche der *tutor* von sich abzuwälzen geneigt sein mußte, empfunden werden, wenn sie über eine vermögenslose Frau bestand, so daß die Ausübung derselben für den *tutor* kein eigenes Interesse bot. Die Jurisprudenz, welche sich dazu hergegeben, Tutoren zu schaffen, welche keine reelle Gewalt hatten, haben in der *in iure cessio tutelae* für den *legitimus tutor,* welcher nicht *abdicare se tutela* konnte, ein Mittel aufgestellt, um sich der Last einer für ihn wertlosen Tutel, soweit möglich, zu entschlagen. Daß die *in iure cessio* für den *legitimus tutor* praktisch ein ähnliches Resultat herbeiführen soll, wie das *se abdicare* für den *testamentarius,* deutet Ulpian durch die Zusammenstellung an XI, 17: *in iure cedere autem tutelam testamento datus non potest: nam et legitimus in iure cedere potest, abdicare se non potest.* Es giebt aber auch *tutores legitimi,* welche ihre Tutel nicht *in iure* cedieren können: ein *filiusfamilias tutor* kann, da er der *legis actio* nicht fähig ist, seine *tutela legitima* keinem andern cedieren. Auch bezüglich der Personen, denen

[1] Gai. I, 168 ff. Ulp. XI, 6 ff.

die Tutel cediert werden soll, bestehen einmal die Beschränkungen, welche durch den Begriff der *in iure cessio* gegeben sind, sodann aber die, daß der *legitimus* die Tutel nicht einem andern *legitimus* cedieren kann. Niemand kann zugleich *tutor legitimus* und *cessicius* sein (Schol. Sinait. XVII), wohl darum, weil, wenn mehrere zugleich zu einer *tutela legitima* berufen sind, jeder zugleich zur Kontrolle des andern berufen ist, welche Kontrolle wegfallen würde, wenn in einer Person die Qualität eines *legitimus* und eines *cessicius* vereinigt sein könnte. Da die *tutela cessicia* nur das Recht der Ausübung der fortbestehenden Tutel des Cedenten ist, so erlischt sie natürlich, wenn die Tutel des Cedenten durch Tod oder *capitis deminutio* desselben untergeht. Die *cessio* giebt ferner dem *tutor cessicius* nur ein höchstpersönliches Recht der Ausübung der Tutel des Cedenten; stirbt der *cessicius* oder erleidet er eine *capitis deminutio*, so wird dadurch die Tutel des Cedenten von dem daran bestehenden Recht jenes frei, oder, wie Gaius und Ulpian es ausdrücken, *revertitur, redit tutela ad eum tutorem, qui cessit.* Auch das Weitercedieren ist dem *cessicius* nicht gestattet. Doch hat hier die *in iure cessio* wenigstens die negative Kraft, daß sie der *tutela cessicia* ein Ende macht.

Zum Abschluß dieser Darstellung der Frauentutel, wie sie sich innerhalb des alten Civilrechts gestaltet, ist noch anzuführen, daß die Vestalischen Jungfrauen, wie von jedem Familienabhängigkeitsverhältnis, so auch von der *tutela feminarum* frei waren, ein Satz, welcher von Gai. I, 144 sq. auf die XII Tafeln zurückgeführt wird.

C. Die civilrechtlichen *curae.*

§ 24. Nicht normale Eigenschaften und Entwickelungsstadien des Menschen waren es, welche nach altem Recht den Eintritt einer *cura* veranlaßten, sondern abnorme: Geisteskrankheit und den Vermögensstand ruinierende Verschwendung. Es ist wohl einmal behauptet worden, die *cura* sei ein wesentlich prätorisches Institut.[1] Das ist natürlich falsch, denn die ältesten Anwendungsfälle der *cura* und der ursprüngliche Begriff derselben gehören entschieden dem Civilrecht an. Schon Ulpian unterscheidet XII, 1: *Curatores aut legitimi sunt, id est qui ex lege duodecim tabularum dantur, aut honorarii, id est qui a praetore constituuntur.* Zunächst also ist durch die XII Tafeln der *furiosus* unter eine *cura* gestellt. Sie bestimmten: *Si furiosus escit, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto.*[2] Mit dieser Bestimmung hat man die von Fest. p. 162 M. überlieferten Worte *„ast ei custos nec escit"* in Verbindung gebracht, und zwar hat Schöll[3] dieselben nach dem Vorgange von Marcilius nach *furiosus escit* vor *agnatum* u. s. w. eingeschoben; ob mit Recht, kann mit Bruns bezweifelt werden. Die gesetzliche *cura* der Agnaten, eventuell der Gentilen, kann allerdings erst eintreten, wenn der oder die Geisteskranke sich in keiner andern Familiengewalt, also *patria potestas* oder *manus* oder Tutel, sei es Alters- oder Frauentutel, befinden. Schwerlich ist aber der Inhaber einer solchen *potestas* über den Geisteskranken als *custos* desselben im Gesetz bezeichnet worden, vielmehr wird mit diesem Wort der demselben beizugebende Wächter bezeichnet

[1] So Schweppe in seinem jur. Mag. I, Nr. 7.
[2] Rhet. ad Herenn. I, 13, 23. Cic. de Invent. II, 50, 148. Tusc. Disp. III, 5, 11.
[3] Leg. XII tab. rel. p. 109. Gegen ihn Bruns, Fontes[6] p. 23.

sein, welcher dafür zu sorgen hatte, daß er gegen sich selbst und andere kein Unheil anrichte.[1] Mit dem Ausdruck *furiosus* bezeichnet das Gesetz den durch die Geisteskrankheit völlig geistig Umnachteten, der juristisch durchaus handlungsunfähig ist. Den Agnaten, eventuell den Gentilen, wird eine *potestas* über ihn zugeschrieben. Es fragt sich, worin sich diese *potestas*, welche in unseren Rechtsquellen als *cura* bezeichnet wird, von der *tutela* unterscheide. Zunächst erstreckt sie sich natürlich auf seine Person; es heißt: *in eo pecuniaque eius potestas esto,* der *curator furiosi* hat also Recht und Pflicht, den *furiosus* unter der nötigen Bewachung zu halten, nötigenfalls ihn eingeschlossen und gefesselt zu halten. Vielleicht enthielten die XII Tafeln darüber noch eine besondere Bestimmung, von welcher ein Rest in den überlieferten Worten *„ast ei custos non escit"* erhalten ist. — Weiter soll sich die *potestas* des Kurator nur auf die *pecunia,* nicht auf die *familia* erstrecken, während die *potestas* des Tutors sich stets auf die *familia,* entweder, wie die des *tutor pupillorum,* auf die *familia pecuniaque* oder, wie die des *tutor feminarum,* nur auf die *familia,* nicht auf die *pecunia* erstreckte. Der *curator furiosi* wird demnach ursprünglich nur das Recht gehabt haben, *res nec mancipi* des *furiosus* zu veräußern, nicht *res mancipi* desselben. Da weder der *furiosus* selbst noch sein *curator* während der Geisteskrankheit des erstern die Bestandteile der *familia* im engern Sinne (das sind die *res mancipi*) veräußern konnten, so trifft hier recht eigentlich ein Wort Iherings[2]) zu, hier kann man in der That von einem Vermögen im Zustande der Erstarrung sprechen. Für die Agnaten des *furiosus* war das allerdings insofern von Vorteil, als keine *res mancipi,* welche im Eigentum des *furiosus* stand, durch Veräußerung aus dessen Vermögen herauskommen konnte. Das Vermögen selbst aber konnte unter dieser Unveräußerlichkeit seiner Hauptbestandteile nur leiden. Als daher der Gegensatz zwischen der *familia* und *pecunia* ein schwächerer zu werden begonnen hatte, ist dem *curator furiosi* das Recht auch zur Veräußerung von *res mancipi* eingeräumt, seine Befugnisse gehen in dieser Richtung ebensoweit, wie die des *tutor pupillorum.* Wie sich aber in anderer Beziehung die ursprüngliche Beschränkung der *potestas* des Kurators auf die *pecunia* auch später als wirksam erwiesen hat, wird erst zu zeigen sein, nachdem auch die anderen Fälle civilrechtlicher *curae* betrachtet sind.

Auf welche Rechtsquelle die magistratische Interdiktion des *prodigus* und die Anordnung der *cura* der Agnaten bezw. Gentilen über ihn zurückgeht, kann Gegenstand des Zweifels sein. Obwohl unsere juristischen Quellen die *cura prodigi* ausdrücklich auf die XII Tafeln zurückführen, so meint doch Schöll,[3] daß dieselben keine ausdrückliche Bestimmung über den *prodigus* enthalten hätten. Auch hier liege einer der mehrfach vorkommenden Fälle vor, daß, was erst später durch die *interpretatio* der *prudentes* hinzugekommen sei, von den Juristen der Kaiserzeit den XII Tafeln selbst zugeschrieben werde. Nun scheinen aber die Aussprüche der Juristen selbst sich zu widersprechen, sie führen das für den *prodigus* geltende Recht auf die XII Tafeln, aber auch auf *mores* zurück; ja Ulpian sagt unmittelbar nebeneinander in l. 1 pr. D. de curatoribus furioso et al. e. m. dandis 27, 10: *Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est.* Schon Rein[4]

[1] Vgl. l. 13 § 1 u. l. 14 D. de officio pr. 1, 18.
[2] Geist des röm. R. III, 1[2], S. 323, A. 441a.
[3] Legis XII tab. rel. p. 13. [4] Privatr. u. Civilpr. d. Römer S. 546.

sucht das durch die Annahme zu vereinigen, daß die XII Tafeln ihre Bestimmung aus dem uralten Gewohnheitsrecht aufgenommen hätten, und auch Ubbelohde[1] bezeichnet es als etwas Bekanntes, daß die XII Tafeln ihre Bestimmungen über die *cura prodigi* im Anschluß an altes Gewohnheitsrecht getroffen hätten. Dernburg[2] stellt dieser Auffassung die Fragen gegenüber, woher die späteren Römer die Quellen der Bestimmungen der XII Tafeln gekannt haben sollten, und ob nicht die meisten ihrer Bestimmungen vorher Gewohnheitsrecht gewesen wären? Mir scheinen diese Zweifel so die wahrscheinlichste Lösung zu finden. Bei Anführung der alten Interdiktionsformel sagt Paulus sent. III, 4[a], 7 ausdrücklich: *Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo.* Dazu stimmt die Äußerung Ciceros de senect. 7, 22: — *quemadmodum nostro more male rem gerentibus patriis bonis interdici solet;* und ebenso beziehen sich die Worte Ulpians in l. 1 pr. D. de cur. 27, 10: *quod moribus quidem ab initio introductum est* auf die unmittelbar vorhergehenden: *prodigo interdicitur bonorum suorum administratio.* Andererseits ist aus Ulp. XII, 2: *Lex duodecim tabularum — prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione iubet esse agnatorum* nur zu entnehmen, daß die XII Tafeln direkt etwas über die *curatio,* in welcher der Interdicierte stehen soll, verfügt haben; ebenso aus § 3 I de curat. 1, 23: — *prodigi — in curatione sunt adgnatorum ex lege duodecim tabularum,* sowie aus l. 13 D. de curat. 27, 10: *Saepe ad alium e lege duodecim tabularum curatio furiosi aut prodigi pertinet* u. s. w. Danach ist mir wahrscheinlich, daß die XII Tafeln das Interdicieren von *prodigi* als gewohnheitsrechtlich feststehend vorfanden und darüber direkt nichts verfügten, sondern nur bestimmten (weil darüber irgend welche Zweifel bestehen mochten), daß der vom Prätor wegen Verschwendung Interdicierte in der *cura* seiner Agnaten bezw. seiner Gentilen stehen solle. Weil sie direkt nichts über die Interdiktion verfügten, aber sie doch als die Voraussetzung des Eintretens der *cura* erwähnten, so konnten die späteren Juristen daraus entnehmen, daß die Interdiktion von Verschwendern schon vor der Zwölftafelgesetzgebung gewohnheitsrechtlich feststand. Andererseits waren die Späteren auch berechtigt, die Interdiktion selbst, weil sie in den XII Tafeln als Voraussetzung der *cura* erwähnt und damit indirekt anerkannt war, auf die Zwölftafelgesetzgebung zurückzuführen. Auf dieser Auffassung wird der nicht selten vorkommende Ausdruck *„lege bonis interdici"* beruhen. — Das für diese älteste, auf Gewohnheitsrecht bezw. auf den XII Tafeln beruhende Interdiktion geltende Recht können wir aus der von Paulus a. a. O. mitgeteilten Formel entnehmen. Sie lautet: *Quando tibi (l. Titi) bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico.* Voraussetzung also der Interdiktion ist das *nequitia disperdere,* das in gewissenloser Liederlichkeit erfolgende Zugrunderichten des Vermögens, aber nicht etwa jedes beliebigen Vermögens, sondern der *bona paterna avitaque,* des vom Großvater und Vater durch Intestaterbgang überkommenen Familienvermögens, welches unversehrt auf die Nachkommen weiter zu vererben als durch Sitte der Römer auferlegte Pflicht erscheint. Dieses gewissenlose Vergeuden des ererbten Familienvermögens muß so weit gehen, daß die Gefahr völliger Verarmung für die Kinder des Verschwenders in Sicht steht. Wieweit danach die Vergeudung jenes Vermögens schon fortgeschritten sein müsse, das zu bestimmen, hing vielleicht von der obrigkeitlichen Er-

[1] Grünhut, Ztschr. Bd. 4, S. 672. [2] Pandekten I, § 57, A. 4.

wägung des konkreten Falles ab. Möglich aber, daß darüber gewohnheitsrechtlich etwas feststand, daß vielleicht schon ein bestimmter Teil des Vermögens vergeudet sein mußte. Daß schon die Veräußerung eines Grundstücks, welches vom Großvater und Vater ererbt war, solche weitgehende Maßregel rechtfertigte, ist nicht glaublich. Sie mochte für schmachvoll angesehen werden[1] und den Tadel der Censoren hervorrufen.[2] Wenn aber der ererbte Vermögensstand nicht in der vorher angegebenen Weise dadurch erschüttert wurde, so war eine prätorische Interdiktion nicht gerechtfertigt. Da in der Interdiktionsformel ausdrücklich die Kinder des Verschwenders erwähnt werden, so liegt die Frage nahe, ob auch ein kinderloser Mann zu Gunsten seiner Agnaten bezw. Gentilen interdiciert werden konnte. Das ist, eben wegen jener ausdrücklichen Erwähnung der Kinder, ursprünglich wohl nicht zulässig gewesen. Aber was Valerius Maximus 3, 5, 2 über die Interdiktion des Q. Fabius, des Sohnes des Fabius Maximus Allobrogicus, berichtet: *Q. Pompejus praetor urbanus paternis bonis interdixit. Dolenter enim homines ferebant, pecuniam, quae Fabiae gentis splendori servire debebat, flagitiis disiici*, läßt doch zweifeln, ob man daran festgehalten.

Die Interdiktion selbst enthielt ein Doppeltes. Zunächst wird der Verschwender interdiciert *ea re*, d. h. bezüglich des vorher genannten Vermögens, der *bona paterna avitaque*. Die Worte sind unentbehrlich, und es ist nicht recht verständlich, warum man etwas Anderes hat an die Stelle setzen wollen. Nach der im Vordersatze gegebenen Motivierung kann sich die Interdiktion nur auf die *bona paterna avitaque* beziehen, und daß dem so war, zeigen auch andere Stellen, wie Valerius Maximus a. a. O.: — *paternis bonis interdixit* und Cic. de senectute 7, 22: *quemadmodum nostro more male rem gerentibus patriis bonis interdici solet*. Fehlten nun die Worte *ea re* in der Interdiktionsformel, so würde damit die Beziehung derselben auf die *bona paterna avitaque* getilgt sein. Durch das prätorische Dekret wird also dem Verschwender jede *deminutio*, jede Verringerung des bezeichneten Vermögens durch Rechtsgeschäfte untersagt. Ob damit auch Eingehung von Obligationen untersagt war? Wohl nur soweit, als in dem betreffenden Kontrakt selbst schon die *causa* der Veräußerung liegt. Verkaufte also der Interdicierte eine zu jenem Vermögen gehörige Sache ohne Zustimmung seines Kurator, so war auch der Kaufkontrakt, die *causa* der Eigentumstradition, wirkungslos. Ob aber nach jener alten Interdiktionsformel der Interdicierte schlechthin unfähig war, *promittendo obligari*, auch wenn die Obligierung, wie die durch Stipulation, nicht einmal den Beginn der Veräußerung enthielt, scheint mir noch nicht ausgemacht. — Das Dekret interdicierte ihm aber ferner *commercio*. Schon durch das Verbot, über die *bona paterna avitaque* zu verfügen, wurde man weiter geführt. Ein Testament, welches bloß über das sonstige Vermögen des Verschwenders, nicht aber über die *bona paterna avitaque* verfügt hätte, war nach dem Satze *„nemo ex parte testatus, ex parte intestatus decedere potest“* unmöglich. Sollte also der Interdicierte über die *bona paterna* auch nicht testamentarisch verfügen können, so mußte ihm die Testierfähigkeit überhaupt entzogen werden. Das *commercio interdictum esse* war aber

[1] Quint. I. O. VI, 3, 44: *omnes — illas (sc. possessiones) Brutus vendiderat; et tum paterna emancupare praedia turpius habebatur.*

[2] Ascon. in Cic. in tog. cand. p. 75: *Antonium censores senatu moverunt causasque subscripserunt, quod propter aeris alieni magnitudinem praedia manciparit bonaque sua in potestate non habeat.*

von weiter reichender Bedeutung: es entzog dem *interdictus* die Möglichkeit, an einer Mancipation, sei es als Hauptpartei, sei es auch nur als Solennitätszeuge, sich zu beteiligen. Diesem Inhalt der Interdiktion liegt ein anderer Gedanke zu Grunde, als der der Sorge der Bewahrung des Vermögens des *interdictus* vor dem Ruin, denn derselbe wird dadurch auch verhindert, an Erwerbsakten in der Form der Mancipation[1] teilzunehmen, sowie daran, die Funktion eines Zeugen bei Mancipationsakten zu übernehmen,[2] welche Zeugnisleistung doch für ihn selbst gar keine vermögensrechtliche Bedeutung hat. Das *commercio interdici* hat auch die Bedeutung einer Art Ehrenstrafe für den Verschwender, die ihn als Folge seines gewissenlosen Gebarens treffen soll. Dieselbe ist der Art seines Verhaltens angepaßt. Wer die vermögensrechtlichen Geschäfte mißbraucht, um sein vom Vater ererbtes Vermögen zu vergeuden, soll, solange er sich nicht bessert, für unwürdig erklärt werden, an der wichtigsten Form des vermögensrechtlichen Verkehrs sich zu beteiligen. —

Neben dem *lege interdicere* kam demnächst eine rein prätorische, eine honorarische Interdiktion von *prodigi* auf, über welche in anderem Zusammenhange zu handeln ist. Ob auch die *cura minoris*, soweit sie sich auf die *lex Plaetoria* stützt, unter der civilrechtlichen *cura* abzuhandeln ist? Während z. B. Vangerow[3] sie für rein civilrechtlichen Ursprungs erklärt, leugnet diesen Ursprung Ubbelohde. Vermutlich habe die *lex Plaetoria*, wenn sie eine Bestimmung über die *cura minorum* enthalten, deren Ausführung dem Edikte überwiesen; vielleicht sei sogar die sogenannte *cura ex lege Plaetoria* gar nicht unmittelbar durch das Gesetz angeordnet, sondern mit Rücksicht auf dasselbe selbständig durch das Edikt angeordnet worden. Der Grund, aus welchem Ubbelohde die *cura minorum ex lege Plaetoria* auf das Edikt stützen will, liegt in der Stelle Ulpians, fr. XII, S. 1 ff. Ulpian sagt hier, die *curatores* seien entweder *legitimi* oder *honorarii; legitimi* seien die *qui ex lege duodecim tabularum dantur, honorarii* die, welche *a praetore constituuntur*. Man könnte nun meinen, wenn auch der nach Anweisung der *lex Plaetoria* bestellte Kurator vom Prätor bestellt sei, so sei er doch auf Grund der *lex* bestellt und daher als ein civilrechtlicher Kurator anzusehen. Allein es ist zu berücksichtigen, daß, wenn es sich um Anordnung einer civilrechtlichen *cura* gehandelt, doch wohl von der *lex Plaetoria* diese *cura* zunächst den Agnaten des *minor* zugewiesen wäre, wie im Falle des *furiosus* und des *prodigus lege interdictus*. Davon ist aber in Wahrheit nicht die Rede. Es ist also doch wohl anzunehmen, daß die *lex Plaetoria* den Prätor nicht bevollmächtigt hat, einen Kurator zu ernennen, sondern ihn nur aufgefordert, von seiner eigenen amtlichen Macht, Kuratoren zu ernennen,

[1] L. 18 § 3 D. de castr. pec. 49, 17 liefert schwerlich einen Gegenbeweis, wie Fitting, D. cast. pec. S. 107, A. 8, glaubt; sie spricht nicht speziell von der Mancipation und nicht speziell von dem *lege interdicere*. Vgl. Ubbelohde, a. a. O. S. 676, A. 18.

[2] Aus dem *commercio interdictum esse* leitet Ulpian XX, 13 die Unfähigkeit zum *familiam mancipare* her. Wenn derselbe Ulpian in l. 18 D. qui test. f. p. 28, 1 von dem *lege bonis interdictus* sagt: *merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi potest, cum neque testamenti factionem habeat*, so leitet er auch diese Unfähigkeit zum *testis* aus der Unfähigkeit zur Teilnahme am *mancipare* her, und man kann daraus weiter schließen, daß der *lege interdictus* auch nicht fähig war, *familiae emtor* und *libripens* zu sein. Von der Unfähigkeit, irgendwie am *familiam mancipare* teilzunehmen, kann man aber auf andere Anwendungsfälle der Mancipation schließen, wie denn ja *commercium* im technischen Sinne die Fähigkeit zur Teilnahme an einer Mancipation ist.

[3] Pandekten I, S. 488.

Gebrauch zu machen. Auf dasselbe Resultat werden wir geführt werden, wenn wir demnächst die Befugnisse der *curatores legitimi* mit denen der *honorarii* verglichen haben werden.

Daß die *lex Plaetoria* zuerst an die Altersgrenze von 25 Jahren rechtliche Wirkungen geknüpft, diese Altersstufe also zuerst in das Recht eingeführt hat, wird mit Recht angenommen. Es ergiebt sich aus l. 2 C. Th. de donat. 8, 12: *„donec is — — annos Laetoriae legis egressus legitimam compleverit aetatem“*, zusammengehalten mit Plaut. Pseudolus I, 3, 69 ff., wo auf sie als *lex quinavicenaria* Bezug genommen wird, und mit der in den Rechtsquellen vorkommenden Bezeichnung des Alters von 25 Jahren als *legitima aetas*. Es muß auffallen, daß die *lex Plaetoria* den von ihr angeordneten Schutz der Minderjährigen bis zu dem bezeichneten Alter ausgedehnt hat. Es steht das in einem merkwürdigen Gegensatz dazu, daß nach dem alten Recht die volle juristische Handlungsfähigkeit schon mit der erreichten *pubertas* eintritt. Die *lex Plaetoria* fällt vor das Jahr 562, in welchem der *Pseudolus* des Plautus, wo dieselbe I, 3, 69 als *lex quinavicenaria* erwähnt wird, aufgeführt wurde. Wahrscheinlich wird sie aber nicht viel weiter zurückgehen, denn gerade diese Zeit scheint für die Abfassung eines solchen Gesetzes sehr geeignet. Der zweite punische Krieg war beendigt. Die alte strenge Sitte beherrschte das Leben nicht mehr allein, neue hellenistische Sitte oder Sittenlosigkeit war schon in Rom tief eingedrungen und bewirkte unaufhaltsam eine völlige Umwälzung im römischen Leben. Auch im vermögensrechtlichen Verkehr machte sich der vergiftende Einfluß dieser neuen Sitte mehr und mehr geltend. Es mag jetzt viel häufiger vorgekommen sein, daß die Unerfahrenheit und der Leichtsinn junger Männer mißbraucht wurden, um sie zu übervorteilen. Daß nun die *lex Plaetoria* den besondern Schutz gegen solche *circumscriptio* sehr weit, bis zum 25. Jahre, ausdehnte, hatte auch wohl seinen Grund in Zeitverhältnissen, welche allerdings nicht von ganz vorübergehender, sondern dauernder Art waren. In den Zeiten, in welchen Rom fortwährend Kriege führte, ja durch langdauernde Kriege, wie den zweiten punischen, in Anspruch genommen war, mußen die jungen Römer, sobald sie in das kriegsdienstpflichtige Alter getreten waren, die nun folgenden Jahre ihres Lebens dem Soldatenleben widmen, fortwährend wurden sie wieder dem bürgerlichen Leben und seinen friedlichen Beschäftigungen entrissen. Vielleicht hat damals schon die Vorschrift bestanden, daß vor der Übernahme eines bürgerlichen Amtes, insbesondere der Quästur, mindestens zehn Dienstjahre geleistet sein mußten; und, sollte sie auch noch nicht bestanden haben, so werden infolge der vielen, fortwährend aufeinander folgenden Kriege die jungen Römer Jahr um Jahr wieder zu den Legionen ausgehoben sein. So mochten denn junge Männer, welche das 20. Jahr erreicht oder überschritten hatten, bereits ganz erfahrene Soldaten, aber infolge der fortwährenden kriegerischen Beschäftigung in den Geschäften des bürgerlichen Verkehrs noch recht unerfahren sein. Diese Verhältnisse muß man sich meines Erachtens vor Augen halten, um die Erstreckung des Schutzes gegen *circumscriptio adulescentium* bis zum 25. Jahre gerechtfertigt zu finden. —

Obwohl nun die Bestimmungen der *lex Plaetoria* zum geringsten Teil sich auf die etwa für *adolescentes* anzuordnende *cura* beziehen, sollen sie doch hier im Zusammenhange erörtert werden. Anknüpfen wollen wir dabei an eine Bestimmung der *lex Iulia municipalis* l. 111 und 112, nach welcher im Verzeichnis der Ehrlosen, welche unfähig sein sollen, Dekurionen in den Städten zu

werden, auch aufgeführt wird: *queive lege | Plaetoria ob eamve rem quod adversus eam legem fecit fecerit, condemnatus est erit.* Hier sind zwei voneinander verschiedene Rechtsmittel erwähnt. Einmal ist die Rede von dem *qui lege Plaetoria condemnatus est.* Die Worte gehen auf dasselbe Rechtsmittel, welches Cicero de nat. Deor. III, 30 mit den Worten anführt: *inde iudicium publicum rei priratae lege Plaetoria,* auf welches er ferner de offic. III, 15 Bezug nimmt: *Atque iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut — — circumscriptio adolescentium lege Plaetoria.* Dieses Rechtsmittel war in der *lex Plaetoria* selbst angeordnet, wie sich nach der Ausdrucksweise aller drei Stellen nicht bezweifeln läßt; es war ein *iudicium rei privatae,* sofern es sich dabei um die Übervorteilung von *adolescentes* beim Abschluß vermögensrechtlicher Geschäfte handelte. Als ein *publicum iudicium* wird es wohl deshalb bezeichnet, weil ähnlich, wie bei der *accusatio suspecti tutoris,* mit welcher es Cic. de off. III, 15 zusammengestellt ist, die Klage, welche wohl auf eine Geldstrafe ging, jedem Bürger zustand. Da es also nicht zu den *iudicia publica* im strengen Sinne gehörte, so ist die Kondemnation in diesem *iudicium* in dem Katalog der Ehrlosen der *lex Iulia municipalis* noch neben der Kondemnation in einem *publicum iudicium* aufgeführt. Mit den Worten *„ob eamve rem, quod adversus eam legem fecit fecerit"* ist noch ein anderes *iudicium* bezeichnet, welches, weil es im Gegensatz zum *iudicium lege Plaetoria* nur als eines bezeichnet wird, welches stattfinde, *quod adversus eam legem fecit fecerit,* als nicht durch die *lex Plaetoria* unmittelbar angeordnet anzusehen ist. Das durch die *lex Plaetoria* selbst aufgestellte *iudicium* setzte wohl wirkliche *fraus,* Übervorteilung des Minderjährigen unter Anwendung betrügerischer Mittel, voraus. Die *lex* hatte aber wahrscheinlich noch etwas Weiteres untersagt. Während es unter Majorennen gestattet ist, beim Abschluß von Geschäften gegeneinander Schlauheit anzuwenden und *se invicem circumscribere,* sich, wenn nur eigentlich betrügerische Mittel vermieden werden, einander zu übervorteilen, hatte dieses die *lex Plaetoria* Minderjährigen gegenüber untersagt: es soll der Majorenne sich seiner größern Lebenserfahrung und Bewandertheit in den rechtlich nicht untersagten Verkehrskünsten nicht bedienen, um auch nur in diesem Sinne den Minderjährigen absichtlich zu übervorteilen. Das betreffende Verbot war aber in der *lex Plaetoria* nicht mit einer *sanctio* ausgestattet, sie war in dieser Beziehung eine *imperfecta.* Da nun der Legisaktionenprozeß, welcher zur Zeit des Zustandekommens der *lex Plaetoria* noch in Geltung war, keine Exzeptionen kannte,[1] so wird die Jurisprudenz dem übervorteilten Minderjährigen eine Klage auf Rückgängigmachung des vollzogenen Geschäfts zugesprochen haben. Da auch eine solche Übervorteilung eines *minor* als Zeichen einer niedrigen Gesinnung galt, so sollte auch die Verurteilung in diesem *iudicium* die Infamie nach sich ziehen. An dieses *iudicium* knüpft sich die weitere Rechtsentwickelung. Zunächst gewährte nach Aufkommen des Formularprozesses und der Exzeptionen der Prätor dem *minor viginti quinque annis circumscriptus* eine *exceptio* auf Grund der *lex Plaetoria.* Irrtümlich sagt Savigny,[2] durch Aufstellung der allgemeinen *exceptio doli* sei die besondere *exceptio* der Minderjährigen entbehrlich geworden und außer Gebrauch gekommen, denn in der Aufstellung jener *exceptio* habe eine Ausdehnung der

[1] Über die Bedeutung der bei Plautus Rudens V, 3, 24 erwähnten *sponsio* vgl. meinen Civilpr. z. Z. der Legisaktionen S. 352.

[2] Vermischte Schriften II, S. 340.

exceptio legis Plaetoriae auf alle Römer überhaupt, ohne Unterschied ihres Alters. gelegen. Die *exceptio* setzt wirklichen Betrug, Anwendung von auch unter Majorennen unerlaubten betrügerischen Mitteln voraus, dagegen die *exceptio legis Plaetoriae* setzt nur absichtliches *circumscribere,* wie es unter Majorennen rechtlich nicht unerlaubt ist, voraus. Die *exceptio legis Plaetoriae* hatte also neben der *exceptio doli* vollkommen Platz. Überholt aber und deshalb überflüssig wurde sie durch ein anderes Rechtsmittel, die *in integrum restitutio propter minorem aetatem:* diese setzt nicht einmal absichtliche Übervorteilung von seiten der andern Partei voraus, sie wird schon gewährt, wenn der *minor* nur *in re deceptus* oder *circumscriptus* ist, also benachteiligt ist durch das Geschäft, auch ohne daß die Absicht der andern Partei dahin ging. Ob die *lex Plaetoria* übrigens bei ihrem Verbot der *circumscriptio adolescentium* bestimmte Geschäfte oder Geschäftskategorieen genannt hat, wie es wahrscheinlich ist, oder sich allgemeiner Ausdrücke bediente, muß beim Mangel ausreichender Nachrichten dahingestellt bleiben.

Auch die *cura minorum* soll in ihren ersten Anfängen auf die *lex Plaetoria* zurückgehen. Darüber heißt es in der Stelle des Capitolinus M. Aur. 10: *de curatoribus vero, quum ante nonnisi ex lege Plaetoria vel propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis.* Meines Erachtens ist diese Stelle so zu verstehen, daß nach der *lex Plaetoria* den *minores vigintiquinque annis* wegen besondern Leichtsinns *(lascivia)* oder wegen mangelhafter Entwickelung in intellektueller Beziehung *(dementia)* ein Kurator von Obrigkeits wegen bestellt werden konnte, während nach der Bestimmung des Markus jeder Minderjährige ohne Angabe solcher speziellen Gründe einen Kurator für die Verwaltung seines Vermögens empfangen konnte. Es ist also bei der *cura propter lasciviam vel dementiam* nicht an die gewöhnliche *cura prodigi* und die *furiosi* zu denken. Gegen jene schon von manchen früheren verteidigte Erklärung hat man eingewandt, daß die danach angenommene Vorschrift der *lex Plaetoria* mit den übrigen uns bekannten Bestimmungen dieser *lex* außer allem Zusammenhange stehen würde. Mir scheint dieser Zusammenhang keineswegs zu fehlen: wie der Minderjährige gegen Betrügereien und *circumscriptiones* von seiten anderer, so soll er auch durch Bestellung eines Kurator gegen die Gefahren eigenen übermäßigen Leichtsinns und besonderer geistiger Zurückgebliebenheit geschützt werden. Daß die technischen Ausdrücke *furiosi* und *prodigi,* bezw. *furor* und *nequitia* hier nicht, sondern mildere gebraucht sind, weist darauf hin, daß es sich hier nicht um die wirkliche *cura furiosi* und *prodigi* handelt.

Fragen wir noch, wie sich diese *cura honoraria* über *minores* von den alten *curae legitimae* unterschied, so wird die Antwort dahin lauten müssen, daß den letzteren weitergehende Befugnisse zukamen. Bezüglich des *curator furiosi* ist früher gezeigt, daß dessen *potestas* sich ursprünglich nur auf die *pecunia,* nicht auf die *familia* bezog. So wird es auch bei dem gleichartigen *curator prodigi* gewesen sein: auch dieser wird ursprünglich wohl zur Veräußerung von *res nec mancipi,* aber nicht zur Veräußerung von *res mancipi* befugt gewesen sein. Als der ursprünglich tiefer gehende Gegensatz zwischen *res mancipi* und *nec mancipi* zwar nicht ganz aufgehoben wurde, aber an wirtschaftlicher Bedeutung sehr abnahm und ganz zurücktrat, sind die Befugnisse dieser *legitimi curatores* erweitert worden: es wurde ihnen überhaupt das Recht, Sachen des Mündels zu veräußern, zugestanden. Wenn Gai. II, 62 sagt: *Accidit aliquando,*

ut — — qui dominus non sit, alienare possit und mit Bezug darauf II, 64: *Ex diverso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum,* so scheint er damit dem *legitimus curator furiosi* eine besondere, nicht jedem *curator* einer Person zukommende Befugnis zuschreiben zu wollen. Ganz damit übereinstimmend lassen die Worte Ulpians in l. 57 (56) § 4 D. de furtis 47, 2: — *sed et circa curatorem furiosi eadem dicenda sunt, qui adeo personam domini sustinet, ut etiam tradendo rem furiosi alienare existimetur* annehmen, daß das vom *curator furiosi* mit besonderem Nachdruck Gesagte nicht von jedem Personenkurator gelten soll. L. 157 pr. D. de reg. i. 50, 17: *Ad ea, quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si vel dominis vel his, qui vice dominorum sunt, veluti tutoribus et curatoribus obtemperaverint,* welche von *curatores* im allgemeinen zu sprechen scheint, ist aus einem weitern Zusammenhang gelöst. Diesen Zusammenhang zeigt l. 11 §§ 6 u. 7 D. quod vi aut clam 43, 24, welche, wie l. 157 pr. cit., aus dem 71. Buch von Ulpians Ediktskommentar entlehnt ist. § 7 enthält wörtlich das in l. 157 pr. cit. Stehende, aber der vorhergehende § 6: *Si tutoris iussu vel curatoris factum sit, cum placeat, quod Cassius probat, ex dolo tutoris vel curatoris pupillum vel furiosum non teneri* u. s. w. zeigt, daß mit dem *tutor* hier nur der *curator furiosi* zusammengestellt ist. Von dem *curator* eines Minderjährigen werden wir nicht sagen können, daß er *vice domini* sei. Zwar kann der *minor curatorem habens* nicht ohne den Konsens des Tutor veräußern,[1] aber der Kurator konnte gewiß auch nicht ohne den Willen des *minor,* der keineswegs handlungsunfähig war, veräußern. So wird man den Unterschied zwischen den *curatores legitimi* und dem *curator honorarius* eines Minderjährigen dahin bestimmen können, daß die ersteren *vice dominorum* waren und namentlich statt derselben veräußern konnten, der letztere nicht *vice domini* war, so daß er wohl eine Veräußerung des *minor* durch Verweigerung seines Konsenses verhindern, dieselbe aber anstatt des *minor* ohne dessen Willen nicht vornehmen, sondern nur den Veräußerungsakt des *minor* durch Erteilung seines Konsenses wirksam machen konnte. — Auch die Vermögensverwaltung des *curator furiosi* bezw. *prodigi* brachte wohl ursprünglich, ebenso wie die des *tutor,* keine Obligation zwischen dem *curator* und dem Bevormundeten hervor. Als aber eine solche angenommen wurde, machte sich doch zwischen ihr und der zwischen dem Tutor und dem Pupillen ein bemerkenswerter Unterschied geltend. Die Gewalt des Tutors erstreckte sich auf die *familia pecuniaque* des Pupillen, welche eine Einheit bildete, so daß auch die Obligation aus der *gestio* des Tutors als eine einheitliche aufgefaßt wurde, aus welcher die *actio* erst *finita tutela* angestellt werden konnte. Die *potestas* der civilrechtlichen Kuratoren aber, insbesondere die des *curator furiosi,* erstreckte sich ursprünglich nur auf die *pecunia.* Die *pecunia* aber war, wie bei der Darstellung der Geschichte des Erbrechts zu zeigen sein wird, etwas von der *familia* Loslösbares; sie bildete, sofern sie nicht als Bestandteil der einheitlichen *familia pecuniaque* in Betracht kam, keine Einheit, sondern eine Mehrheit von Objekten. Die Verwaltung der *pecunia* brachte demnach auch nicht eine notwendig einheitliche Obligation hervor. Die einzelnen Gestionsakte konnten als eine Mehrheit von Ansprüchen und Verpflichtungen hervorbringend angesehen werden, so daß nicht erst nach Beendigung der *cura,* sondern sofort[2] schon während

[1] L. 3 C. de in integr. r. 2, 21.

[2] Vgl. l. 1 § 3 D. de contr. tut. et utili act. 27, 4.

Bestehens derselben mit der *curationis actio* geklagt werden konnte. Auf die gegen den Kurator möglichen *actiones* wird erst in späterem Zusammenhange einzugehen sein.

Zweite Abteilung.

Das Sachenrecht.

I. Der Besitz.[1]

§ 25. Nach einem Ausspruch des Nerva filius (l. 1 § 1 D. de adq. p. 41, 2) hat das Eigentum an Sachen *ex naturali possessione* begonnen. Derselbe hat verschiedene Deutung und Wertschätzung erfahren. Es soll danach denkbar sein, daß es einmal überhaupt kein Eigentum ohne Besitz gab,[2] nach anderer Deutung[3] damit gesagt sein, der Besitz sei anfangendes Eigentum. Die einfachste Deutung ist doch wohl die, daß ursprünglich Eigentum nur vermittelst der *naturalis possessio*, natürlicher Besitzergreifung erworben sei. Als eine unrichtige philosophische Spekulation betrachtet Nervas Ausspruch Böcking,[4] während andere[5] darin eine historische Bemerkung, wenn auch nicht von hervorragender Bedeutung, sehen. Nicht gerade eine historische Nachricht, aber eine historische Hypothese ist darin zu sehen, welche allgemein von den römischen Juristen geteilt zu sein scheint, wie sie denn jedenfalls von Paulus in stillschweigender Billigung angeführt wird. Die Umgebung, in welcher unsere Rechtsquellen die Lehre vom Besitz abhandeln, deutet darauf hin, daß Nerva mit jenem Ausspruch einer allgemeinen Auffassung der römischen Juristen Ausdruck gab. In den Digesten ist der Titel, in welchem sich die ausführlichste Darstellung der Besitzmaterie befindet, der Titel *de adquirenda vel amittenda possessione* zwischen die Titel *de acquirendo rerum dominio* und *de usurpationibus et usucapionibus* eingeschoben, in dem Kodex der Titel *de adquirenda et retinenda possessione* zwischen die Titel *de usucapione transformanda* und *de praescriptione longi temporis*. In Paulus' *sententiae receptae* ist die Besitzlehre in dem Titel *de usucapione* (V, 2) abgehandelt. Dieser Titel steht zwischen den Titeln *de liberali causa* (V, 1) und *de his, quae per turbam fiunt* (V, 3). Da nun Paulus in dem 54. Buche seines Ediktskommentars, welches die größten Fragmente zu dem Digestentitel *de adquirenda vel amittenda possessione* geliefert hat, auch *de his quae per turbam fiunt* gehandelt zu haben scheint, so ist es wahrscheinlich, daß er auch in dem Ediktskommentar die Besitzlehre bei der Usukapion dargestellt hat, während doch gerade im Ediktskommentar diese Darstellung passender im Zusammenhang mit den possessorischen Interdicten gegeben wäre. Es zeigt dies nicht etwa, daß der Besitz an jener Stelle

[1] Die Grenzen des *ius civile* in Bezug auf den Besitz ganz streng innezuhalten, erscheint als unthunlich, unthunlicher, als in Bezug auf irgend ein anderes Institut.

[2] Brinz, Pandekten I², S. 496.

[3] Gans, System des Röm. Civilrechts (Berlin 1827) S. 211. 215.

[4] Pandekt. d. röm. Privatrechts I², S. 448.

[5] Rudorff in d. Ztschr. f. gesch. Rechtswissensch. VII, S. 100 f. Bekker, Besitz S. 105.

nur von den römischen Juristen untergebracht sei (Böcking a. a. O.), sondern wie fest in der Vorstellung derselben der historische Zusammenhang des Besitzes mit dem Erwerb des Eigentums durch Okkupation, Tradition, Usukapion wurzelte.

Auf das gleiche Resultat führt uns die vielbesprochene Einteilung der *possessio* in eine *civilis* und *naturalis*. Es haben sich viele das Verständnis dieser Einteilung dadurch erschwert, daß sie den Schutz des Besitzes durch die Interdikte hineinzogen. Meines Erachtens ist die Einteilung gemacht ohne Rücksicht auf gerade diese Wirkung des Besitzes, sie ist wohl gemacht in einer Zeit, als zwar diese Wirkung schon bestand, aber doch noch nicht so im anderes zurückschiebenden Vordergrunde der Erwägungen stand, wie bei den Juristen der Kaiserzeit: sie scheint bereits überkommen zu sein von den *veteres*, den Juristen der Zeit der Republik. *Possessio* hat dabei die diesen Juristen überhaupt noch geläufigere weitere, die bloße Detention mit umfassende Bedeutung. *Possessio civilis* ist der Besitz, der vom Civilrecht als solcher anerkannt ist, bezw. nach Civilrecht Wirkungen haben kann, *possessio naturalis* der Besitz, bei welchem das nicht der Fall ist. Diese Nichtanerkennung durch das *ius civile* kann sich zeigen in Bezug auf die Person, in Bezug auf das Objekt des Besitzes, in Bezug auf die *causa* desselben. So war ein Sklave, ein *filiusfamilias* wohl einer *naturalis*, nicht aber einer *civilis possessio* fähig,[1] die durch ihre Handlungen zu erwerbende *civilis possessio* steht dem Gewalthaber zu. Ferner besitzt. wer eine bewegliche Sache zum Teil einer andern beweglichen Sache gemacht hat und das ganze besitzt, den Teil nicht *civiliter*,[2] ebensowenig ist an einer *res extra commercium civilis possessio* denkbar. Was die *causa* angeht, so ist *civilis possessio* nur derjenige Besitz, welcher auf Grund einer *civilis causa*, einer nach Civilrecht den Erwerb der Sache mit *animus domini* ermöglichenden *causa* erworben ist. Für die *civilis possessio* trifft zu der Ausspruch des Paulus in l. 3 § 21 D. de ac. vel a. p. 41, 2: *Genera possessionum tot sunt, quot et causae adquirendi eius quod nostrum non sit, velut pro emptore: pro donato: pro legato: pro dote: pro herede: pro noxae dedito: pro suo, sicut in his, quae terra marique vel ex hostibus capimus vel quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus.* Nicht zuzugeben ist es, daß *possessio civilis* identisch mit Usukapionsbesitz sei. Einerseits ist auch die *possessio*, vermittelst welcher sofort Eigentum erworben wird, *civilis;* andererseits kann auch eine solche, welche nicht zur Usukapion führen kann, doch die Wirkung haben, daß der Besitzer das Eigentum der Früchte erwirbt, und soweit eine *civilis* sein. So heißt es in Fr. Vat. § 1 von dem, welcher von einer Frau wissentlich ohne *auctoritas* ihres Tutors eine *res mancipi* kauft, daß er zwar nicht ein *bonae fidei emtor* sei, aber doch nicht bloß *pro possessore*, sondern *pro emtore* besitze, da er doch mit dem Willen der Eigentümerin die Früchte erwerbe, auch die Frau *sine tutore auctore* die *possessio* veräußern könne. Auch der Käufer einer *res furtiva* ist nicht Usukapionsbesitzer, aber daß er *pro emtore* und somit *civiliter* besitzt, wird man nicht bestreiten können, da er Eigentümer der Früchte der *res furtiva* wird (l. 48 §§ 5 und 6 D. de furtis 47, 2; l. 48 § 1 D. de adq. r. d. 41, 1). — Eine *naturalis possessio* dagegen haben zunächst alle Personen, welche das faktische Haben der Sache aus einer *causa*, welche nicht auf den Erwerb der Sache gerichtet ist, erlangt haben: also Depositare, Kommodatare, Pächter und Mieter, Usufruktuare, Pfandgläubiger, Prekaristen. Wenn

[1] L. 24 D. de a. v. a. p. 41, 2. L. 38 §§ 7 u. 8 D. de v. obl. 45, 1.
[2] L. 7 §§ 1 u. 2. D. ad exhib. 10, 4.

Q. Mucius von Paulus hart angelassen wurde, weil er unter seine *genera possessionum* auch den Fall rechnete, *si quando iussu magistratus rei servandae causa possidemus*, so verkannte der letztere, daß Q. Mucius bei jener Äußerung *possessio* im weitern, die Detention mitumfassenden Sinne nahm. Aber auch Fälle des Usukapionsbesitzes giebt es, auf welche man schwerlich die Bezeichnung einer *civilis possessio* angewandt haben wird. Wenn der Prätor dem, welchem der Nachbar die ihm auferlegte *cautio damni infecti* nicht leistete, *secundo decreto possidere permittit*, so ist diese *possessio* zwar Usukapionsbesitz, aber sie gründet sich nicht auf eine, wenn auch nur unvollkommene, civile, sondern eine prätorische *causa*. Auch in anderen Fällen, in welchen jemand *auctore praetore, auctore iudice possidet*, wird wohl von einem *ex iusta causa* oder *iuste possidere* gesprochen, nicht aber der Ausdruck *civiliter possidere* gebraucht (l. 11 D. de ad. v. a. p. 41, 2; l. 28 D. de nox. act. 9, 4). Eine *naturalis possessio* wird aber auch dem zugeschrieben, welcher aus einer völlig nichtigen *civilis causa*, also *pro possessore* besitzt, wie der beschenkte Ehegatte.[1] Nur als *naturalis possessio* endlich kann man den Besitz dessen bezeichnen, der ihn *vi* oder *clam* erlangt hat.

Ebenfalls auf die *possessio* im weitern, die Detention mit umfassenden Sinne bezieht sich die schon auf die *veteres* zurückgeführte,[2] also auch in republikanische Zeit zurückreichende Regel: *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest. Causa possessionis* kann das Besitzverhältnis bezeichnen, wie *causa ususfructus* das Verhältnis des *ususfructus* (l. 52 D. de adq. vel a. p. 41, 2). In unserer Regel aber bedeutet *causa* den Erwerbsgrund des Besitzes. Dieser verleiht demselben seinen dauernden Charakter, bis etwa durch Eintritt einer neuen *causa* demselben ein neuer Charakter gegeben wird. Nicht aber vermag der bloße, wenn auch ausgesprochene, Wille des Besitzers den ihm durch die *causa*, aus welcher er denselben erworben, gegebenen Charakter zu ändern: die *causa* bestimmt vielmehr den Willen. Wer also als Pächter oder als Depositar eine Sache inne hat, der vermag durch das bloße Fassen und Kundgeben des *animus sibi possidendi* seinem Besitz keinen andern Charakter zu geben. Als *conductor*, als Depositar kann er dem Rechte nach nur namens des *locator*, des Deponenten besitzen wollen: erst die gewaltsame Abweisung des Verpächters vom Grundstück, das *loco movere* der deponierten Sache würde eine neue *causa* sein, welche dem Besitze einen andern Charakter gäbe. Ausdrücklich wird gesagt, daß sich die Regel nicht bloß auf die *possessio civilis*, sondern auch auf die *naturalis* beziehe, l. 2 § 1 D. pro herede 41, 5: *Quod volgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intellegatur. Et propterea responsum est neque colonum neque eum, apud quem res deposita aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse.* Trotzdem finden sich verschiedene Äußerungen der klassischen Juristen, nach welchen von einer Anwendung der Regel auf eine fragliche Umwandlung der Detention in juristischen Besitz schon deshalb nicht soll die Rede sein können, weil das *tenere* oder *in possessione esse* kein *possidere* sei.[3] Auch hier vergaßen die Juristen wohl, daß die *veteres* das *possidere* in umfassenderem Sinne verstanden.

Wenn auch die Ausdrücke *civilis* und *naturalis possessio* erst später aufgekommen sein mögen, so dürfen wir doch annehmen, daß den Römern schon vor Einführung irgend welcher possessorischer Interdikte der Gegensatz einer

[1] L. 26 pr. D. de don. int. v. e. u. 24, 1. L. 1 §§ 9 u. 10 D. de vi 43, 16.
[2] L. 3 § 19 D. h. t. [3] Vgl. l. 3 § 20 D. h. tit.

in gewissen Fällen zum Eigentumserwerb notwendigen, mit dem Eigentum nicht zusammenfallenden *possessio*, welche nur aus einer auf Eigentumserwerb gerichteten *causa* erworben werden konnte, und einer andern *possessio*, der faktischen Innehabung einer Sache, welche aus einer nur auf Überlassung faktischer Innehabung einer Sache gerichteten *causa* erworben werden konnte, bekannt war. Wenn auch den Rechtskundigen dieser Zeit Eigentum und Besitz nicht zusammenfiel, so waren doch in der prozessualischen Durchführung Eigentum und Besitz noch nicht geschieden. Der Besitzstreit war noch mit dem Eigentumsstreit unlöslich verbunden und in demselben befangen. Bei dem Eigentumsstreit in der Form des *sacramento agere* verbindet jede Partei mit der Aufstellung der Eigentumsbehauptung eine Besitzanmaßung, auf Grund des behaupteten Eigentums versucht sie Besitz der Sache geltend zu machen. Diese beiderseitige Besitzanmaßung, welche einen Konflikt der Parteien herbeiführen müßte, sistiert der Prätor und spricht einer von ihnen für die Dauer des Prozesses die Vindicien zu. Dieses Verfahren kann sich nur gebildet und in voller Blüte gestanden haben, solange es keine vom Eigentumsstreit geschiedene *controversia de possessione*, keinen Schutz des Besitzes als solchen gab. Die für die Geschichte des Besitzes bedeutsamste Frage ist nun die, aus welchen Gründen und wann der Schutz der *possessio* durch die Interdikte aufgekommen ist, denn erst seit dieser Zeit war die Möglichkeit einer Ausbildung der Besitzlehre, wie sie uns in den erhaltenen Quellen des römischen Rechts vorliegt, gegeben.

Rücksichtlich jener Frage stehen sich zwei Hauptansichten einander gegenüber. Nach der einen sollen die possessorischen Interdikte ursprünglich vom Prätor zum Schutze des Besitzes von Stücken des *ager publicas* eingeführt und erst später auf den Schutz des Besitzes von Privatgrundstücken angewandt sein. Nach der andern Ansicht soll der Zweck der Einführung insbesondere des *interdictum uti possidetis* die Regulierung der Parteirollen für den Eigentumsstreit gewesen sein, wobei dann noch in verschiedener Weise die Entstehung des Interdikts aus der Vindicienerteilung bei der *legis actio sacramento in rem* hergeleitet wird. Was zunächst die erste Ansicht betrifft, so stellt man sich das Verhältnis nach Niebuhrs Vorgange so vor. Man habe, sagt der letzte Verteidiger dieser Ansicht,[1] den Bürgern die Bebauung der ungeteilt gebliebenen Flächen des *ager publicus* zu eigenem Nutzen gegen gewisse Abgaben gestattet, die Rechtsform für dieses Verhältnis sei die des *precarium* gewesen, bei welchem, wie bei jedem *precarium*, die Konzession durch den Verleihenden (hier den Staat) auch stillschweigend habe geschehen können, ja diese stillschweigende Konzession sei namentlich in der spätern Zeit beim *ager publicus* durchaus das übliche gewesen. Das Verhältnis des Prekaristen zu dem von ihm okkupierten Stück des Gemeinlandes werde nun in unzähligen Stellen *possessio* genannt, und als Rechtsmittel zum Schutze der Besitzer am Gemeinland sei vom Prätor das *interdictum uti possidetis* eingeführt. Dasselbe sei die der Sakramentsvindikation (der Vindikation des Allods) nachgebildete Klage zur Verteidigung des Lehnbesitzes, bei deren Gestaltung man die Formalitäten der ächten Vindikation wo möglich noch übertrumpft habe. Als äußere Quellenzeugnisse für diese Auffassung werden angeführt die von Festus (v. possessio p. 233) mitgeteilte Äußerung des C. Aelius Gallus und Cicero de lege agraria III, 3, 11. Auch das *interdictum de vi* soll ursprünglich ein Rechtsmittel der *possessores* am

[1] Dernburg, Entwickelung u. Begriff des jurist. Besitzes des röm. Rechts S. 6 ff.

Gemeinland gewesen sein, welches dem *interdictum uti possidetis* unterstützend zur Seite getreten sei. Daß es den Possessionen am Gemeinland zugehörte, soll durch die *Lex agraria* vom J. 643 Z. 14 erwiesen sein. Gehen wir von der Prüfung dieser äußeren Zeugnisse aus, so sagt Aelius Gallus nur, daß der, *qui dicit se possidere*, seinen Besitz nicht mit der *legitima actio* geltend machen könne, da er nicht *ex iure Quiritium possessionem suam vocare* könne, vielmehr seine Zuflucht zum *interdictum uti possidetis* nehmen müsse. Es wird zugestanden, daß in dieser Stelle nicht ausdrücklich von der Possession am Gemeinlande geredet werde. Allein, sagt Dernburg, zweifellos war doch die Possession am Gemeinlande noch zur Zeit von Aelius Gallus die wichtigste Possession neben dem quiritischen Eigentum. Wenn Aelius Gallus sage, daß man *possessionem* nicht *ex iure Quiritium suam vocare* könne, so begreife er darunter notwendig die Possessionen am *ager publicus*; daher sei durch die Stelle bewiesen, daß das *interdictum uti possidetis* dem Schutze des Besitzes am *ager publicus* diente. Auf dieselbe Weise könnte man beweisen, daß der Depositar, der Pächter das *interdictum uti possidetis* habe. Auch diese Personen haben eine Art *possessio*, welche sie unzweifelhaft nicht *ex iure Quiritium suam vocare* können. Aelius Gallus denkt aber nur an die durch das *interdictum uti possidetis* geschützte *possessio*. Daß eine solche dem Besitzer von Gemeinland zukam, kann unmöglich durch die Stelle bewiesen werden. Auch daß fortwährend die Besitzer und der Besitz von Stücken des Gemeinlands mit den Ausdrücken *possessores*, *possessio* bezeichnet werden, giebt keinen Beweis dafür, daß dieser Besitz durch das *interdictum uti possidetis* geschützt war, denn einmal verstand der republikanische Sprachgebrauch unter *possessio* noch nicht vorzugsweise die *possessio ad interdicta*, sondern nahm das Wort noch häufiger in dem die Detention mit umfassenden weitern Sinne, sodann wird ja auch noch in der Kaiserzeit, wie schon Savigny[1] gezeigt hat, das Wort häufig für nicht nach strengem Civilrecht gültige Verhältnisse gebraucht (z. B. *possessio ususfructus, bonorum possessio* u. v. a.). Daraus also, daß der Besitzer von Gemeinland *possessor* genannt wird, folgt mit Sicherheit nur das Negative, daß solchem Besitzer kein Eigentum *ex iure Quiritium* zukam.

Die oben citierte Stelle Ciceros, de lege agraria III, 3, 11 hat namentlich schon Rudorff als einen sichern Beweis der Anwendbarkeit der possessorischen Interdikte auf die Staatsdomänen angesehen. Um die Irrigkeit dieser Auffassung zu zeigen, muß etwas näher auf den Zusammenhang der Stelle eingegangen werden. Dieselbe behandelt das Ackergesetz des Rullus, welches sich auf die Grundstücke der von Sulla Proskribierten bezog, welche die *Lex Cornelia* publiziert hatte. Von diesen war einzelnes assigniert u. s. w., anderes eigenmächtig in Besitz genommen. Rullus wollte nun im 40. Kapitel seines Ackergesetzes bestimmen: *Quae post C. Marium Cn. Papirium consules agri, aedificia, lacus, stagna, loca, possessiones publice data, assignata, donata, vendita, concessa, possessa sunt, ea omnia eo iure sint, ut quae optimo iure privata sint.* In der Bekämpfung des Rullus sucht Cicero, wie er es ja häufig seinen Gegnern gegenüber thut, denselben lächerlich zu machen, er macht sich auch über die Fassung des Gesetzvorschlags lustig. Schon nach Aufzählung der *agri, aedificia, lacus* u. s. w. flicht er die höhnenden Worte ein: *caelum et mare praetermisit: cetera complexus est.* Und in ähnlicher Weise bemerkt er nach Anführung des Passus: *quae — data, donata, concessa, vendita — Patior, audio. quid deinde?*

[1] Das Recht des Besitzes. 7. Aufl., S. 199 ff.

Possessa. Haec tribunus plebis promulgare ausus est, ut, quod quisque post Marium et Carbonem consules possidet, id eo iure teneret, quo qui optimo privatum? etiamne si vi ejecit? etiamne si clam, si precario venit in possessionem? Ergo hac lege ius civile, causae possessionum, praetorum interdicta tollentur. Cicero will zeigen, zu welchen wahnsinnigen Ungeheuerlichkeiten diese unbestimmte Fassung des Gesetzvorschlags, wenn man das Wort *possessa* so allgemein, wie es laute, verstehe, führen würde. Den Worten des Gesetzes nach, meint Cicero, würde auch, wenn jemand den Besitz irgend eines Grundstücks *vi* oder *clam* oder *precario* nach dem bezeichneten Zeitpunkt erlangt habe, solcher vitiöse Besitz in quiritisches Eigentum (*optimo iure*) verwandelt werden. Da Cicero bei dieser wörtlichen Auslegung des Gesetzespassus gar nicht bloß von Gemeinländereien spricht, so kann man die Stelle gewiß nicht als einen Beweis dafür ansehen, daß ihm, Cicero, die Anwendung der possessorischen Interdikte auf die Staatsdomänen eine ausgemachte Sache war. — Ebensowenig beweist die angeführte Stelle der *Lex agraria* die Anwendung des *interdictum de vi* auf die Possessionen am Gemeinland, denn diese bezieht sich, wie Rudorff ganz richtig annimmt,[1] auf frühere Possessionen von Gemeinland, welche in Privateigentum verwandelt sind, und bestimmt, daß den Besitzern dieser nunmehrigen Privatäcker im Falle gewaltsamer Dejektion das *interdictum de vi* zustehen solle, was wohl nur deshalb bemerkt wird, weil die sämtlichen Ansprüche auf Erlangung oder Wiedererlangung des Besitzes solcher Äcker vor dem 15. März des Jahres 644 angemeldet werden sollten.

Es würde ein Gefühl der Unbefriedigung zurückbleiben, wenn wir uns begnügen wollten, die angeblichen Zeugnisse für die Anwendbarkeit der possessorischen Interdikte auf den Besitz der Gemeindeäcker beseitigt zu haben: es bedarf einer positiven Darlegung, wie der Besitz von Stücken des *ager publicus* rechtlich aufgefaßt wurde. Der rechtmäßige Besitz von Staatsländereien beruht meines Erachtens nicht auf einem *precarium*. Das *precarium* ist eine Übereinkunft zwischen dem Konzedenten und dem *precario rogans*, welche auch stillschweigend erfolgen kann: immer bildet das *precario dare* einerseits und das *precario accipere* andererseits eine Übereinkunft. Der rechtmäßige Besitz von Staatsländereien dagegen beruht auf zwei einseitigen Akten, der *concessio* von seiten des den Staat vertretenden Magistrats, welche jedenfalls in der großen Mehrzahl der Fälle nicht in Bezug auf eine einzelne Person vorgenommen wird, sondern in einer allgemeinen Anordnung besteht, durch welche einer gewissen Klasse von Personen gestattet wird, Stücke des betreffenden Territoriums einstweilen in Besitz zu nehmen, und der Inbesitznahme von seiten des zu der betreffenden Personenklasse gehörenden Einzelnen. Diese Besitznahme wird nicht mit dem die eine Seite eines Vertrags bezeichnenden Wort *accipere*, sondern mit dem für einseitige Besitzergreifungen technischen Ausdruck *occupare* bezeichnet.[2] Römischer Sitte gemäß erfolgte jene allgemeine *concessio*, wie wir durch Appian (I, 7; I, 18) erfahren, durch ein Edikt, sie war also eine ausdrückliche. Es läßt sich nicht bezweifeln, daß vielfach Okkupationen von Staatsländereien auch ohne solche ausdrückliche *concessio* erfolgt sind, sei es ohne Vorwissen, sei es unter Konnivenz der Magistrate; aber solche Okkupationen waren widerrechtliche, und die vielen Klagen in alter Zeit über die *iniusti*

[1] Ztschr. f. gesch. Rechtswissensch. X, S. 63 ff.

[2] Fest. p. 241. Hygin. de cond. ag. p. 115, 6. Sic. Flacc. de cond. ag. p. 137, 19. Andere Belege bei Schwegler, Röm. Gesch. II, S. 422, A. 1.

possessores agri publici bezogen sich nicht bloß auf die Unbilligkeit, daß nur den Vornehmen solche Okkupationen gestattet wurden, sondern auch auf die formelle Widerrechtlichkeit, daß sie ohne ausdrückliche *concessio* vorgenommen wurden. Auch Cicero, de lege agraria III, 3, 12 hebt die Widerrechtlichkeit solcher ohne *concessio* erfolgten Okkupationen hervor, indem er zum Gesetz des Rullus, welches neben den *concessa* schlechthin die *possessa* aufführte, bemerkt: *Non mediocris res, neque parvum sub hoc verbo furtum, Quirites, latet. Sunt enim multi agri lege Cornelia publicati nec cuiquam assignati neque venditi, qui a paucis hominibus impudentissime possidentur.* — Worin bestand nun die Wirkung der ausdrücklicher *concessio* der kompetenten Magistrate gemäß geschehenden Okkupationen? Die gewöhnliche Auffassung des Verhältnisses ist die, daß zwar die öffentlichen Ländereien dem Eigentumsrecht der Privaten ganz entzogen, aber die Possession derselben *in commercio* gewesen sei. Wäre das wirklich so gewesen, dann wäre auch die Folgerung ganz konsequent, daß solche Possession ebenso wie die von Privatgrundstücken behandelt und durch die possessorischen Interdikte geschützt sei. Der *ager publicus* war aber, solange er das war, überhaupt außerhalb des privatrechtlichen *commercium*, nur die *agri quaestorii* waren, vorbehaltlich des Obereigentums des Staats, *in commercio*, sie waren durch den Verkauf von seiten des Staats ins Privateigentum des Käufers, wenn auch nicht *ex iure Quiritium*, gekommen. Nicht dagegen kommen die Staatsäcker dadurch, daß der Staat einzelnen Bürgern die Okkupation gestattet, ins Kommercium, auch nicht der Possession nach. Nicht als ein Privatmann, sondern als Bürger, als einer aus dem *populus*, erhält der Betreffende den Besitz des Staatslandes, durch den einzelnen aus dem Volke nutzt das Volk selbst. Der *populus* kann sein Land zu verschiedenen Zwecken bestimmt haben: er kann es zur Vornahme regelmäßig wiederkehrender, unmittelbarer Staatsaktionen, wie das *comitium*, den *campus Martius*, er kann es zur *promiscue* vorzunehmenden Benutzung aller Volksangehörigen bestimmt haben, wie z. B. die öffentlichen Straßen und Wege (wobei hier davon abgesehen werden kann, daß die eine oder andere dieser Bestimmungen schwerer oder leichter aufgehoben, bezw. das betreffende Stück öffentlichen Landes schwerer oder leichter in das Kommercium gebracht werden konnte); er kann es endlich bestimmen zum exklusiven Gebrauch durch einzelne aus dem *populus*. Zeigen doch die *actiones populares*, daß es römischer Anschauung nicht widersprach, ein öffentliches Interesse durch einen beliebigen einzelnen aus dem *populus* geltend machen zu lassen. Und auch dabei entschied unter mehreren an sich Berechtigten die Prävention, wie beim *ager publicus* die Okkupation. Von der hier entwickelten Auffassung aus erklärt es sich auch, wie in alter Zeit die Patrizier allein auf die Okkupationen des *ager publicus* Anspruch erheben konnten. Sie allein bildeten den ältesten *populus*, und wenn man in Bezug auf den *ager publicus* an dieser Auffassung des *populus* festhielt (was allerdings nach der Einführung der Servianischen Verfassung und angesichts des Umstandes, daß die späteren Bestandteile des *ager publicus* hauptsächlich mit durch das Blut der Plebejer erworben waren, eine schreiende Ungerechtigkeit war), so war es formell ganz rechtmäßig, daß man nur Patrizier zu den Okkupationen des Gemeinlandes zuließ und Plebejer, weil sie außerhalb des *populus* standen, *propter plebitatem* aus dem Besitz des Gemeinlandes austrieb. Was nun der einzelne Bürger als *pars populi* vom Gemeinlande besaß, konnte nicht als private, durch die possessorischen Interdikte zu schützende *possessio* angesehen werden. Wenn jener Besitz faktisch

wie eine privatrechtliche *possessio* behandelt wurde, wenn er durch Vererbung, Verkauf, Schenkung, Dotalbestellung u. s. w. in andere Hände überging, so hatte dies nur faktische, keine rechtliche Bedeutung. Obrigkeitlicher Schutz des Besitzes rechtmäßig okkupierten Gemeinlandes wird stattgefunden haben, und es ist auch innerlich durchaus wahrscheinlich, daß dieser Schutz durch Interdikte erfolgte, denn diese waren auch sonst zum Schutz des ordnungsmäßigen Zustandes von *res publicae* bestimmt. Daraus ergiebt sich aber keineswegs irgend eine Wahrscheinlichkeit der Anwendbarkeit der possessorischen Interdikte auf die Possessionen des *ager publicus*. Der Besitzer des *ager publicus* besitzt denselben nicht *pro privato*, sondern aus einer *publica causa* als *pars populi*. Vom *interdictum uti possidetis* wird es geradezu ausgesprochen, daß es zum Schutz eines privatrechtlichen Verhältnisses, einer *privata causa* diene, l. 14 D. de iniuriis 47, 10: *Sane si maris proprium ius ad aliquem pertineat, uti possidetis interdictum ei competit, si prohibeatur ius suum exercere, quoniam ad privatam iam causam pertinet, non ad publicam haec res, utpote cum de iure fruendo agatur, quod ex privata causa contingat, non ex publica, ad privatas enim causas accommodata interdicta* (nämlich *haec*, vgl. Schmidt, Interdiktenverfahren S. 130, A. 15) *sunt, non ad publicas*. Das zum Schutze des Besitzes von *ager publicus* bestimmte Interdikt war aber auch nicht das in den Digesten (43, 9) noch erhaltene *interdictum de loco publico fruendo*, wie Puchta, Böcking u. a. annehmen, denn dieses war zum Schutz der Publikanen, welche die Erhebung der *vectigalia* von den öffentlichen Ländereien gepachtet hatten, bestimmt. Aber man kann auch gar nicht erwarten, das etwaige Interdikt, welches zum Schutze der Possession von Staatsländereien diente, noch in unseren Rechtsquellen erwähnt zu finden, denn die Staatsländereien hatten sich, seitdem Domitian den Rest derselben, die *subseciva*, verschenkt, wenigstens in Italien, völlig verloren. Wie es gestaltet gewesen sein mag, könnte nur Gegenstand der Vermutung sein.[1]

Nach einer andern heute vorherrschenden Ansicht sollen die *interdicta retinendae possessionis* zum Zweck der Ordnung der Beweislast und der Parteirollen im Eigentumsprozesse eingeführt sein. Unzweideutige Beweise dafür sollen die Äußerungen Gaius' IV, 148 und Ulpians in l. 1 §§ 2 u. 3 D. uti possidetis 43, 17 bieten. Die beiden Juristen sagen an diesen Stellen, die *interdicta retinendae possessionis*, bezw. das *uti possidetis* seien zu jenem Zweck bereitet, aufgestellt (*comparata* u. dgl.). Allein diese Äußerungen beziehen sich nicht auf die erste historische Einführung jener Interdikte, sondern auf die Aufstellung in dem noch in praktischer Geltung befindlichen Edikt, welches namentlich Ulpian kommentiert, im Hadrianischen Edikt. Daß damit kein Aufschluß gewährt werden sollte über den Grund der ersten historischen Einführung der Interdikte, kann, glaube ich, mit vollem Fug behauptet werden. Manche

[1] Gegen Dernburgs Auffassung hat sich auch Ihering, Der Besitzwille S. 124, A. 1, ausgesprochen. Derselbe hat auch mit Recht darauf hingewiesen, daß das Wort *fundus* keinen Teil des *ager publicus* bezeichnen kann. *Fundus*, sagt er, ist das durch die Einheit des Betriebs gebildete landwirtschaftliche Individuum, der römische Bauernhof. Vgl. dazu namentl. l. 60 u. 211 D. de v. s. 10, 16. Die Flächen des *ager publicus* sind gar nicht in einzelne Grundstücke, welche rechtlich Sachen für sich wären, eingeteilt. Die von den Privaten, welche Stücke desselben okkupiert hatten, angebrachten Grenzzeichen schufen, bevor nicht das Okkupierte durch Staatsgesetz in Privateigentum verwandelt war, keine Sachen für sich, sie schieden das Okkupierte nicht als Sache für sich aus dem Ganzen des *ager publicus* aus. Das *uti possidetis* wäre in Anwendung auf den *ager publicus* also nur vorstellbar mit der Formel: *Uti possidetis eum locum* u. s. w., welche gewiß nicht die älteste ist.

Vertreter der eben besprochenen Auffassung haben die *interdicta retinendae possessionis* geradezu aus der Vindicienerteilung bei der alten Sakramentsvindikation herleiten wollen. Es ist nun schon von verschiedenen Seiten auf Grund des Gajanischen Berichtes über die *legis actio sacramento in rem* dargelegt worden, daß die Vindicienerteilung nicht etwa den gegenwärtigen Besitzer als solchen anerkannte, sondern daß sie eine der Parteien für die übrige Dauer des Eigentumsprozesses zum Besitzer machte. Diese Vindicienerteilung geschah, nachdem das eigentliche *sacramento agere* mit der Stellung der *praedes sacramenti* völlig beendigt war (Gai. IV, 16: — *deinde eadem sequebantur, quae cum in personam agerctur; postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat*). In diesem Moment eine materielle Untersuchung anzustellen, welche der Parteien Besitzer sei, hätte das Verfahren auf das Störendste unterbrechen und hinausschieben können, eine Möglichkeit, welche Gaius' Darstellung nicht zuläßt. Nach dieser scheint es, daß der Prätor (abgesehen vom Freiheitsprozeß und etwa einem Prozeß *cum populo*) der einen Partei so gut wie der andern die Vindicien erteilen konnte *(secundum alterum eorum vindicias dicebat)*. Erklärte sich die eine zur Stellung von *praedes* bereit, die andere nicht, so erhielt natürlich jene den Vorzug. Boten sie beide *praedes,* so mag hier, wie in anderen Fällen, das Los entschieden haben. Der Vorteil, welchen die *vindiciae* verschafften, glich sich durch die größere Gefahr, welche der Zwischenbesitzer beim Verlust des Prozesses lief (er mußte unter allen Umständen den doppelten Wert der inzwischen gezogenen Früchte ersetzen), aus. Genug, es hat gewiß kein Successionsverhältnis zwischen der Vindicienerteilung und den *interdicta retinendae possessionis* in der Weise stattgefunden, daß die Behandlung der Frage *„uter possessor"* aus dem Verlaufe der *rei vindicatio* ausgeschieden und einem Separatverfahren überwiesen wäre. Bei dem alten Vindikationsverfahren gab es überhaupt noch nicht die Frage, *uter possessor sit,* das alte Recht kannte keinen Streit über den Besitz als solchen, sondern wer Eigentum behauptete, der wollte auch auf Grund dieser Behauptung Besitz ergreifen. Der Fortschritt bestand darin, daß ein Streit und ein Verfahren über die Frage *„uter possessor"* geschaffen wurde. Ganz gewiß hat nicht bloß die größere Reife juristischer Reflexion diesen Fortschritt herbeigeführt, es waren praktische Motive des Rechtslebens, welche dahin drängten. Innerhalb der Grenzen des kleinen alten *ager Romanus* hatte man mit der alten Sakramentsvindikation auskommen können: die Magistrate waren noch nicht so mit Geschäften überhäuft, die Entfernungen der Grundstücke von der *urbs* nicht so bedeutend, die Streitigkeiten über Grundstücke nicht so zahlreich und verwickelt, daß nicht ausreichend rasch die Entscheidung derselben erfolgen konnte, ohne das Bedürfnis nach einem vorläufigen Besitzschutz zu einem dringenden zu machen. Die Verhältnisse änderten sich aber: die römische Herrschaft und damit der *ager Romanus* dehnten sich immer mehr aus, die Zahl der *tribus* wurde ansehnlich vergrößert. Dies führte, wie von Gellius N. A. XX, 10 berichtet wird, zu einer Abänderung des alten Vindikationsverfahrens. Der Prätor begab sich nicht mehr mit den Parteien zum Grundstück, an die Stelle des *in iure manum conserere* ließ man das *ex iure manum consertum vocare* nebst dem, was sich daran anschloß, treten. Aber das genügte nicht, die Bevölkerung der neuen *tribus* mochte nicht gleich so durch alte Zusammengehörigkeit miteinander verbunden sein, wie die der alten, die Zeit mußte hier erst wieder ihr langsames Werk thun. Vorläufig mochten hier schneller die Grundstücke ihre Besitzer wechseln, wie in den alten Tribus,

es kamen dann auch die Zeiten, in denen wohlhabende Freigelassene häufiger Grundbesitz erwarben. Diese zusammenwirkenden Umstände mögen häufiger Eigentumsprozesse herbeigeführt haben, für welche nicht so sicher rasche Entscheidung erwartet werden konnte, als in alter Zeit. Die Entfernungen von Rom waren bedeutender, die erforderlichen Beweise schwieriger und nicht so rasch zu beschaffen; der größere Zudrang der Rechtsuchenden wird häufiger zur Folge gehabt haben, daß bis zur *prolatio rerum* nicht alle angemeldeten Sachen instruiert und erledigt sein konnten, die nicht zur Verhandlung gekommenen bis zur Wiederkehr der Geschäftszeit (*res redeuntes*) warten mußten. Andererseits werden in Gegenden, in welchen die benachbarten Grundbesitzer noch nicht durch alte Zusammengehörigkeit, Freundschaften, Verwandtschaft u. s. w. miteinander verbunden waren, sondern nicht selten neue Emporkömmlinge aus niederem Stande widerrechtlich ihren Besitz zu vergrößern suchten, die Eigentumsstreitigkeiten leicht einen bedenklichern, in Thätlichkeiten ausartenden Charakter angenommen haben. Dies waren die Zeiten, in welchen eine besondere Behandlung der Frage *„uter possessor“* ein praktisches Bedürfnis wurde. Daß der Schutz des Besitzes durch prätorische Interdikte erfolgte, hatte den Vorteil, daß die Besitzprozesse zu den *iudicia extraordinaria* gehörten, d. h. denen, welche unabhängig von den bestimmten Sitzungsperioden jederzeit stattfanden. Eine gesonderte Behandlung der Besitzfrage und der Schutz des Besitzes als solchen werden nicht in einer Zeit aufgekommen sein, wo der alte patrizische Geschlechterstaat und das unter dem Einfluß rein patrizischer Jurisprudenz erwachsene Recht noch in ungebrochener Kraft dastanden; sie zeigen einen andern Stil, als die altaristokratische Sakramentsvindikation und das durch sie geschützte Eigentum *ex iure Quiritium:* es ist der Stil des fortschreitenden Ideen huldigenden Plebejertums, der sich in ihnen kundgiebt. Wir werden die Einführung des *interdictum uti possidetis* in die Zeit zu verlegen haben, in welche die fortschreitende Vermehrung der Tribuszahl fiel, in welcher ein Neuerer, wie Appius Claudius Caecus, die Freigelassenen sogar in die *tribus rusticae* aufnehmen wollte, und auch plebejische Juristen auf die Fortbildung des Rechts einen Einfluß zu üben begannen, also in das 5. Jahrhundert der Stadt und wohl eher noch in die zweite, als die erste Hälfte desselben. Selbstverständlich kann, da äußere Zeugnisse so gut wie ganz mangeln, die Zeitbestimmung nur eine ungefähre sein. Vom Interdiktum *utrubi* wissen wir aus einer Anspielung im Plautinischen Stichus,[1] daß es im Jahre 554 schon so bekannt war, daß jene Anspielung vom Publikum allgemein verstanden werden konnte; und man hat wohl nicht mit Unrecht angenommen, daß das *uti possidetis* älter war, als jenes.[2] Es hat also nicht das geringste Bedenken, das Aufkommen desselben ein Jahrhundert früher zu versetzen; ja mancher könnte daher geneigt sein, es eher noch etwas höher hinaufzurücken. Auch die von Aelius Gallus mitgeteilte ältere Formel des Interdiktum *uti possidetis* widerstrebt der hier angenommenen Zeitbestimmung nicht. Während alle späteren Formeln von Klagen, Interdikten, auch Rechtsgeschäften, wenigstens in ihren ordentlichen Hauptbestandteilen, einen einzigen Satz ausmachen, zerfällt die ältere Formel des Interdiktum *uti possidetis* in zwei selbständige Sätze: *Uti possidetis eum fundum — — —, ita possideatis. Adversus ea vim fieri veto.*[3] Sie teilt diese Eigentümlichkeit mit einer andern altertümlichen, bei Gai. III, 174 erhaltenen Formel, der der *imaginaria solutio per aes et libram.*

[1] V, 4, 14. [2] Vgl. auch Ihering, a. a. O. S. 126. [3] Fest. v. Possessio p. 233.

Fraglich bleibt dann noch das Altersverhältnis der *interdicta recuperandae* und der *retinendae possessionis*. Wir begegnen einer Ansicht,[1] nach welcher das Interdiktum *de vi* älter ist als das *uti possidetis;* als äußerer Beleg dafür soll gelten, daß das letztere im Edikt seinen Platz hinter dem erstern gefunden habe. Für die Anordnung der Materien im Edikt wird die frühere oder spätere Entstehung der betreffenden Bestimmungen zwar hier und da bestimmend gewesen sein, für die Annahme aber, daß die chronologische Anordnung allgemeiner durchgeführt sei, mangelt es an aller Grundlage. Man wird daher auf die erwiesene frühere oder spätere Einführung von Aktionen, Interdikten u. s. w. die Annahme chronologischer Anordnung im Edikt stützen, nicht aber umgekehrt auf die Anordnung des Edikts die Annahme der frühern oder spätern Einführung der betreffenden Rechtsmittel stützen können. Eine andere Ansicht[2] betrachtet das *interdictum de vi* als das jüngere, dazu bestimmt, daß der mit Gewalt Dejicierte das, was er vermöge der rekuperatorischen Funktion des *uti possidetis* früher schon erlangen konnte, nämlich die Besitzrestitution, einfacher und rascher erreichen könne. — Meinerseits muß ich mich auf die Seite derer stellen, welche die *interdicta recuperandae possessionis*, insbesondere das *interdictum de vi*, für älter halten, als die *interdicta retinendae possessionis*. Mir scheint, daß die Art der Wiedererlangung des gewaltsam entzogenen Besitzes, wie sie vermöge der sogenannten rekuperatorischen Funktion der letzteren Interdikte erlangt werden konnte, nicht die ist, zu welcher die Rechtsbildung zuerst greifen wird. Das *interdictum retinendae possessionis* geht auch in der rekuperatorischen Funktion nicht auf ein *restituere*, sondern auf ein Verbot, den, dem der Besitz fehlerhaft entzogen war, an dem *ingredi in possessionem*, an dem Mitsichführen, dem *ducere* der beweglichen Sache zu hindern. Der Ausspruch des Venuleius *libro primo interdictorum* in l. 52 § 2 D. de adq. vel amitt. poss. 41, 2: *Species inducendi in possessionem alicuius rei est prohibere ingredienti vim fieri: statim enim cedere adversarium et vacuam relinquere possessionem iubet, quod multo plus est quam restituere* paßt, mag er auch nicht mit Bezug auf das *interdictum uti possidetis* gethan sein, doch vollständig auf die sogenannte rekuperatorische Funktion desselben. Solche Folge fehlerhafter Besitzentziehung erscheint künstlicher und mehr als ein Produkt verfeinerter juristischer Reflexion, als die Pflicht zum *restituere*. Das Nächstliegende ist es meines Erachtens, daß die Rechtsordnung, bezw. deren Organe, dem, der einem andern den Besitz fehlerhaft entzogen hat, die Pflicht zum *restituere* gegen den letztern auferlegen. Wie jene rekuperatorische Funktion der *interdicta retinendae possessionis* sich entwickelt habe, wird später zu zeigen sein.

Es sprechen aber noch andere Erwägungen dafür, die *interdicta recuperandae possessionis* für die älteren zu halten. Ein noch nicht verfeinertes Rechtsgefühl wird eher reagieren gegen handgreifliche Verletzungen, die die Leidenschaft des davon Betroffenen stark aufzuregen geeignet sind, als gegen geringfügigere oder etwa erst drohende. Von diesem Gesichtspunkt aus würden Organe der Rechtsordnung eher einschreiten bei einer gegenüber dem Besitzer einer Sache durchgeführten physischen Gewaltthätigkeit, einer Dejektion, als zu

[1] Witte, *Interdictum uti possidetis* S. 44; Bekker, Aktionen II, Kap. 17, A. 23. Vgl. auch dessen Recht d. Besitzes S. 93.

[2] Dernburg, a. a. O. S. 33.

dem Zweck, bevorstehende Besitzstörungen zu hindern und einen bloßen Besitzstreit zu schlichten. Die *interdicta recuperandae possessionis* setzen nun alle solche eklatante Verletzungen voraus, welche den Affekt des Verletzten zu erregen geeignet sind. Für die gewaltsame Besitzentziehung braucht dies nicht besonders nachgewiesen zu werden, aber auch das *precario possidere* und das *clam possidere* sind ganz verwandten Stils. Man hat dies in Bezug auf das erstere geleugnet. Nach Bruns[1] fällt das *interdictum de precario* gar nicht unter das Grundprinzip aller Besitzklagen, Verletzung des Besitzes wider den Willen des Besitzers. Der Besitzer gebe den Besitz freiwillig her, die Verweigerung der Rückgabe verletze daher nicht seinen Besitz, sondern nur die übernommene Pflicht der Rückgabe.[2] Andere, welche mit Bruns darin nicht übereinstimmen, daß nach republikanischer Anschauung aus dem *precario dare* und *precario accipere* eine Verpflichtung zur Rückgabe entspringe, lassen doch den Prekaristen einfach *ex praesenti possessione* haften.[3] Der Grund des *interdictum de precario* ist die Verrückung der räumlichen Verhältnisse, die sich vollzogen hat wie geschehen.[4] Meines Erachtens entsprechen diese Auffassungen den Quellen nicht. Diese fassen das *precarium* als eine *causa* nicht bloß der Hingabe bezw. des Empfangs, sondern als dauernde *causa* des Besitzens oder Habens des Prekaristen auf; er besitzt *ex precario* (l. 22 D. 43, 26), sie sprechen von einem *manere, durare, tenere, prorogare, redintegrare precarium.* Diese *causa* besteht in einer vom Geber dem Empfänger erwiesenen Liberalität, einem *beneficium;* und diese Liberalität erschöpft sich nicht etwa mit der Hingabe, so daß von da an, wie beim Kommodat, eine Verpflichtung zu der Überlassung an den Prekaristen bestände, sondern sie dauert fort, dauernd hat der Prekarist den Besitz nur vermöge Liberalität des Gebers. Diese kann in jedem Moment beliebig zurückgenommen werden, der Geber kann durch Widerruf *precarium solvere,* durch den Widerruf ist *soluta causa precarii.* Bis zum *solvere precarium* ist die *possessio* des Prekaristen eine *iusta:* es ist ein ungesunder Gedanke, die *possessio* desselben dem *precario dans* gegenüber gleich von Anfang an als eine *iniusta* anzusehen, weil diesem gleich von Anfang an das *interdictum de precario* zustehe. Richtig ist nur, daß der Geber in jedem Moment durch Widerruf das *precarium solvere* kann, und diesen Widerruf erklärt er eben durch Begehren des Interdikts gegenüber dem Prekaristen. Solange er aber nicht widerruft, hat der Prekarist mit seinem Willen den Besitz, also *iuste.* Hält der Prekarist *soluto precario* den Besitz fest, so liegt darin ein Mißbrauch des ihm erwiesenen *beneficium.* Das Restitutionsbegehren beim *interdictum de precario* stützt sich nicht auf das bloße *habere* des Gegners, sondern auf das *precario habere,* und unter diesem *precario* kann hier nicht die fortdauernde Liberalität, sondern nur das nach erfolgtem Widerruf mit Mißbrauch der Liberalität stattfindende Besitzen, also ein *iniuste* oder *vitiose* Besitzen verstanden werden. Es hat also das *precario habes* des *interdictum de precario* ganz dieselbe Bedeutung, wie in der festen Verbindung *nec vi nec clam nec precario* des *interdictum de vi* und der *interdicta retinendae possessionis.* Dafür, daß das *interdictum de precario* aus der vertragsmäßigen Einräumung entspringe, hat man sich noch auf l. 8 § 7 D. de precario bezogen. Wenn aber hier die Annahme, daß das *interdictum post annum* (nämlich von der Hingabe gerechnet) nicht mehr statthaben könne, als eine absurde bezeichnet wird, weil

[1] Die Besitzklagen S. 180 ff. [2] A. a. O. S. 183.
[3] Bekker, Das Recht des Besitzes. S. 130. [4] Windscheid, Pandekten I⁷, § 160, A. 17.

das *precarium* nicht selten *in longum tempus* koncediert werde, so liegt darin ja gerade ausgesprochen, daß vor der *soluta causa precarii* von dem Interdikt nicht die Rede sein, also natürlich auch keine Verjährung desselben Platz greifen könne.

Daß es jemals ein *interdictum de clandestina possessione* gegeben habe, ist nicht allgemein anerkannt. Dafür hat man zunächst angeführt Cic. de lege agr. III, 3, 11: — *haec tribunus plebis promulgare ausus est, ut quod quisque post Marium et Carbonem consules possidet,. id eo iure teneret quo qui optimo privatum! Etiamne si vi eiecit? etiamne si clam, si precario venit in possessionem? ergo hac lege ius civile, causae possessionum, praetorum interdicta tollentur.* Daß unter den *interdicta* jedenfalls das *interdictum de vi* und das *interdictum de precario* mitverstanden sind, wird sich nicht ableugnen lassen. In Bezug auf das *clam venisse in possessionem* könnte man an die sogenannte *exceptio vitiosae possessionis* insbesondere im *interdictum uti possidetis* denken. Näher liegt es, daß auch dabei an ein den anderen beiden Interdikten gleichstehendes Interdikt auf Restitution eines *clam* in Besitz genommenen Grundstücks gedacht sei. Überhaupt spricht die feste Zusammenstellung des *vi, clam* und *precario* dafür, daß es (wenigstens in älterer Zeit) auch für den mittleren Fall ein eigenes Interdikt der bezeichneten Art gegeben habe. Deutlicher noch spricht dafür, daß es ein Interdikt gegen den *clam possidens* gegeben habe, die von Ulpian in Bezug genommene Äußerung Julians in l. 7 § 5 D. communi dividundo 10, 3: *Iulianus scribit, si alter possessor provocet, alter dicat eum vi possidere, non debere hoc iudicium dari nec post annum quidem, quia placuit etiam post annum in eum qui vi deiecit interdictum reddi. et si precario, inquit, dicat eum possidere, adhuc cessabit hoc iudicium, quia et de precario interdictum datur. sed et si clam dicatur possidere qui provocat, dicendum esse ait cessare hoc iudicium: nam de clandestina possessione competere interdictum inquit.* Daß hier für den Fall der gewaltsamen Dejektion an das *interdictum de vi* gedacht sei, ist klar ausgesprochen. Aber auch für den Fall des *precario* und *clam possidere* ist immer an ein besonderes, gerade gegen diese Art des *iniuste possidere* gerichtetes Interdikt, nicht etwa immer an das die sogenannte *exceptio vitiosae possessionis* enthaltende *interdictum retinendae possessionis* gedacht. Wir wollen aber noch auf eine andere Stelle verweisen, aus welcher hervorgeht, daß Labeo die Lehre noch nicht kannte, daß der bisherige Besitzer eines Grundstückes trotz heimlicher Okkupation desselben von seiten eines Anderen zunächst Besitzer desselben bleibt und also eines *interdictum de clandestina possessione* nicht bedarf, nämlich auf l. 6 § 1 D. de adq. vel a. p. 41, 2: *Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere Labeo scribit: retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit: verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intellegi possidere, non clam.* Daß hier der Zwischensatz *„retinet ergo“* nicht dem Labeo zuzuschreiben sei, kann nicht zweifelhaft sein; ebenso nicht, daß der Nachsatz *„verum si — vi magis intellegi possidere, non clam“* noch von dem *Labeo scribit* regiert wird, also noch die Ansicht des Labeo enthält. Daß die Ansicht des Verfassers des Zwischensatzes mit Labeos Ansicht nicht zusammenstimmt und er, von Labeos Standpunkt, Unrecht hatte mit seiner Folgerung *„retinet ergo possessionem“*, ergiebt sich aus dem Nachsatz. Labeo sah den Okkupanten gegenüber dem Besucher der *nundinae* immer als jetzigen Besitzer, zunächst als *clandestinus*, dann als *violentus possessor* an, während der Verfasser des Zwischensatzes zunächst Fortdauer des bisherigen Besitzes und dann *violenta possessio* des Okkupanten an-

nahm. Die Erörterung im § 1 steht übrigens in genauem Zusammenhange mit der im pr. der Stelle. Hier hatte Ulpian ausgeführt, daß es für den Charakter des Besitzes nicht auf die *ratio obtinendae possessionis*, sondern die *origo nanciscendae possessionis* ankomme. Nicht im Einklang damit stand Labeos Entscheidung des im § 1 besprochenen Falles, er ließ hier den Okkupanten zuerst eine *clandestina possessio* erwerben und diese sich durch gewaltsame Behauptung derselben gegen den frühern Besitzer in eine *violenta possessio* verwandeln; Ulpian mißbilligt das stillschweigend (vielleicht haben die Kompilatoren auch gestrichen), kommt aber im Resultat zu derselben Entscheidung, daß der Okkupant eine *violenta possessio* habe. Wir dürfen annehmen, daß Labeo wenigstens in seiner ersten Entscheidung das der ältern republikanischen Anschauung gemäße aussprach: daß nämlich durch das *furtive ingredi in possessionem* eines abwesenden Besitzers dieser den Besitz verlor. Dann wird man ihm aber auch wohl ein besonderes Interdikt auf Wiedererlangung des unfüglich ihm entzogenen Besitzes gegeben haben. Dieses denke ich mir nicht ähnlich, wie das *de vi*, sondern wie das *de precario* gestaltet, also etwa: *Quem fundum clam ab illo possides, restituas.*

An äußeren Zeugnissen für ein hohes Alter wenigstens des *interdictum unde vi* mangelt es nicht ganz. Cicero, welcher in seinen Reden pro Tullio und pro Caecina über die Formel dieses Interdikts handelt, führt die Fassung derselben, einschließlich der ständigen Exceptionen, auf die *maiores* zurück (pro Tullio c. 44. 45: *Fuit illud interdictum apud maiores nostros de vi quod hodie quoque est.* — — — *Ei qui de vi confessus esset, tot defensiones tamen ad causam obtinendam maiores reliquerunt.* pro Caecina c. 32: — *Videtisne, quot defensionibus eum, qui sine armis ac multitudine vim fecerit, uti posse maiores voluerint),* ein Wort, womit bekanntlich nicht auf die nächste, sondern auf eine entfernte Vergangenheit hingedeutet wird. So finden wir denn auch in der Lex agraria vom Jahre 643 Z. 18 das *interdictum de vi* samt der *exceptio quod neque vi neque clam neque precario possederit ab eo, quei eum ea possessione vi eiecerit* erwähnt. Und schon bei Terenz (geb. 569, gest. 595 d. St.) werden die drei *vitia possessionis* in der bekannten Zusammenstellung in einer Weise angeführt, daß man sie als schon damals traditionell überliefert ansehen muß) Eun. II, 3, 27:

— hance tu mihi vel vi vel clam vel precario
fac tradas; mea nil refert dum potiar modo.

Zwar bezieht sich die Anspielung auf eine bewegliche Sache, also das *interdictum utrubi*, aber nicht leicht wird jemand annehmen, daß bei diesem die *exceptio vitiosae possessionis* früher aufgekommen sei, als bei den auf Grundstücke bezüglichen Interdikten. Das *interdictum de precario* wird vielleicht in noch ältere Zeiten zurückreichen, da das Verhältnis, zu dessen Schutz es bestimmt war, ein sehr altes ist. Wenngleich das *precarium* von den römischen Juristen aus dem *ius gentium* hergeleitet wird, so ist es doch eine sehr wahrscheinliche Vermutung, daß es schon im ältesten römischen Rechtsleben eine bedeutsame Rolle spielte in dem Verhältnis zwischen den Patriziern und den Klienten. Den ärmeren Klienten, den *tenuiores*, scheinen von ihren Patronen Landparzellen zum Genusse widerruflich überlassen zu sein, eine Annahme, für welche man sich allgemein mit Recht beruft auf Fest. p. 246: — *atque [ii patres dicti sunt, quia] agrorum partes ad [tribuerant tenuioribus] perinde ac liberis,* denn unter den *tenuiores* können den *patres* gegenüber nur Klienten verstanden werden. Hatte man aber einmal angefangen, Interdikte auf Restitution eines durch Ge-

waltthätigkeit oder durch heimliches Eindringen oder unter Mißbrauch einer Liberalität entzogenen Besitzes zu gewähren, so mußten auch bald Bedürfnis und Gedanke sich regen, auch Rechtsmittel zur Entscheidung eines Streits über gegenwärtigen Besitz und damit zur Verhütung bevorstehender Gewaltthätigkeiten aufzustellen. Daß diese *interdicta retinendae possessionis* von vornherein zur Regulierung der Parteirollen im Eigentumsprozeß eingeführt seien, ist nicht anzunehmen: für die Sakramentsvindikation bedurfte es solcher Parteirollenregulierung nicht. Die *interdicta retinendae possessionis*, insbesondere das *uti possidetis*, sind, wie aus der Gestalt dieser Interdikte selbst und des auf sie folgenden Prozesses hervorgeht, aufgestellt zur Entscheidung des Streits zwischen zwei Besitzprätendenten, ganz abgesehen von einem etwa unter denselben Personen beabsichtigten Eigentumsprozeß, wie die *legis actio sacramento* zur Schlichtung des Streits unter zwei Eigentumsprätendenten diente. Wie sich aus dem Gegenübertreten der Eigentumsbehauptungen beider Parteien die weitere Duplizität des Verfahrens bei der *legis actio sacramento in rem* entwickelt, so ergiebt sich aus der Gegenübertretung der Besitzbehauptungen beider Parteien die Duplizität der *interdictae retinendae possessionis*, und aus dieser Analogie der Duplizität des Besitzprozesses mit der des Eigentumsprozesses erklärt sich genügend die Ähnlichkeit in der Gestaltung beider Prozesse.

Nicht das Bedürfnis einer Parteirollenregulierung für den Eigentumsprozeß hat das Aufkommen der *interdicta retinendae possessionis* veranlaßt, wohl aber haben vor allem diese die Einführung neuer Formen des Eigentumsprozesses veranlaßt. Bisher hatte der solennen Eigentumsbehauptung und der damit verbundenen *vindicatio* gegenüber nicht das einfache Leugnen genügt, nur die entgegengesetzte Eigentumsbehauptung und *contravindicatio* hatten gegen sofortiges *addicere* der Sache an den Ansprecher sichern können. Das konnte auf die Dauer nicht so bleiben, seitdem der Besitzer als solcher durch ein Interdikt geschützt war. Dieser Schutz des Besitzes mußte auch vorhalten gegenüber der bloßen Eigentumsbehauptung; wollte man den Besitzschutz konsequent durchführen, so mußte derselbe nur der erwiesenen Eigentumsbehauptung zu weichen brauchen. Der Besitzschutz erheischt also die Ausbildung von Formen des Eigentumsprozesses, bei denen nur einseitig Eigentumsbehauptung ohne *vindicare* gegen den als Besitzer der Sache Anerkannten und als solcher vorläufig Geschützten aufgestellt wird. Diese Entwickelung ist nur allmählich, nur schrittweise erfolgt. Nicht auf einmal ist die alte Sakramentsvindikation verdrängt worden. Den neuen Formen einseitigen Eigentumsprozesses (dem *in rem agere per sponsionem* und dem Verfahren *per formulam petitoriam)* gegenüber erhielten die *interdicta retinendae possessionis* allerdings die Funktion der Parteirollenregulierung: der im Besitzprozeß als Besitzer anerkannte hatte hier Anspruch auf die Beklagtenrolle. Hatte aber auch der bloße Detentor, der nicht durch die *interdicta retinendae possessionis* geschützt war, Anspruch auf solches *commodum possessoris?* Mußte er nicht der solennen Eigentumsbehauptung des Ansprechers gegenüber, falls er nicht den durch die Interdikte geschützten Besitzer, für den er die Sache inne hatte, zur Führung des Prozesses stellte, die Sache sofort herausgeben? Vielleicht verhielt es sich so, bevor die einseitige Eigentumsklage völligen Raum gewonnen hatte; und ist in der von Ulpian (l. 9 D. de rei vind. 6, 1) referierten Ansicht des Pegasus u. a., wonach die *rei vindicatio* nicht gegen einen bloßen Detentor soll

angestellt werden können, eine den wahren Sachverhalt nicht mehr durchschauende Reminiscenz an jenen Zustand der Dinge erhalten. — Haben die *interdicta retinendae possessionis* die Bestimmung zwar nicht von vornherein gehabt, aber doch erhalten, die Parteirollen für die Vindikation festzustellen, so bleibt zu prüfen, ob sie dafür, so wie sie bereits gestaltet waren, tauglich waren? Mit vollem Recht hat man gesagt, daß der Erlaß des Interdikts irgend eine Veranlassung haben mußte. Man kann doch nicht, wie Krüger[1] mit Recht sagt, annehmen, daß man jeden Beliebigen auf der Straße aufgreifen und zum Prätor schleppen konnte, um hier ihm gegenüber den Erlaß eines *uti possidetis* zu beantragen. Bruns[2] glaubt dieses Bedenken durch die Erwägung beseitigt, daß sich, wenn beide Teile Besitzer zu sein behaupteten, die Befürchtung vor gegenseitiger Störung ganz von selbst verstanden habe, und wenn der Fall vorgekommen sei, daß beide Parteien nur eine Entscheidung darüber, wer Besitzer sei, verlangt hätten, so habe er doch auch unter die Form gepaßt: die Parteien hätten dann dem Prätor ihre Absicht erklärt und das Interdikt erwirkt. Zuzugeben ist, daß, um das Interdikt zu solchem Zweck zu erwirken, nicht eine gegenseitige reelle Besitzesstörung vorausgegangen sein mußte, wohl aber entspricht es den Anschauungen dieser Zeit, in welcher die *legis actiones* noch im Schwange waren, daß sich der Brauch bildete, wonach die Parteien nach vorhergehendem Übereinkommen vor Zeugen eine scheinbare Gewaltthätigkeit gegeneinander vornahmen, um auf Grund derselben ein Interdikt zu erwirken. Diesen Zweck hatte die von Cicero in den Reden pro Caecina und pro Tullio erwähnte *deductio quae moribus fit.* Nach Ciceros Darstellung verabreden die über den Besitz eines Grundstücks streitenden Parteien, sich mit Zeugen nach demselben zu begeben, damit die eine durch die andere vom Grundstück weggeführt, weggewiesen werde. Der den andern Hinausweisende hatte dann jenem, welchem die *vis ex conventu* als Veranlassung, die magistratische Hilfe anzurufen, dienen sollte, durch *vadimonium* sein Erscheinen vor dem Magistrat zu versprechen. Der Prozeß, welcher durch diese *deductio* eingeleitet wurde, war die *possessionis controversia,* das *interdictum uti possidetis.*[3] Wer die Rolle des Deduzierenden,

[1] Krit. Versuche S. 107. [2] Besitzklagen S. 46 f.

[3] Vgl. darüber meine Beiträge z. Gesch. des röm. Civilpr. S. 20 ff., namentlich S. 27 ff. und den röm. Civilpr. z. Zeit der Legisakt. S. 102 ff. An letzter Stelle habe ich die gegen meine Auffassung der *deductio* von Krüger, Krit. Versuche, namentlich S. 87 erhobenen Einwendungen erörtert. Krüger, von der Voraussetzung ausgehend, die von Gai. IV, 170 nach Erlaß des Interdikts erwähnte *vis* sei eine *vis ex conventu,* meint, zweimal eine *vis ex conventu* zu verlangen, wäre doch des Guten zu viel gewesen. Bruns, Die Besitzklagen S. 32 ff., behauptet im Anschluß an Krüger, die Worte des Gaius l. c.: „*qui vim non faciat*" könnten nur von einer *vis ex conventu* verstanden werden, denn es verstehe sich von selbst, daß der Prätor wohl die Vornahme einer symbolischen *vis ex conventu* anbefehlen könne, nicht aber die einer ernstlichen und wirklichen, und daß er wohl die Verweigerung der ersten als *contumacia* strafen könne, nicht aber die der zweiten. Zustimmung hat Bruns in dieser Argumentation bei Münderloh (Ztschr. d. Savignystift. f. Rechtsgesch. III. Rom. Abt. S. 221) gefunden. Auch bei der ernstlichen *vis* handelt es sich aber doch immer nur um die Vornahme einer Besitzhandlung wider den Willen der andern Partei, nicht aber um eine Handgreiflichkeit gegen die Person des andern (wie Pflüger, Die sogen. Besitzklagen des röm. Rs. S. 21, annimmt). Wollte sich der Vornahme der Besitzhandlung die andere Partei gewaltsam widersetzen, so konnte die erste einfach die mitgebrachten Personen als Zeugen dafür aufrufen und die Abschließung der Sponsion verlangen: *ni adversus edictum praetoris vis facta esset* (Cic. pro Caec. c. 16, 45). Und warum solche Besitzhandlung der Magistrat zur Ermöglichung der Weiterführung des Prozesses nicht ebensowohl anbefehlen könne, wie die Vornahme der *fructus licitatio*, die Eingehung der Sponsionen u. s. w., ist in der

wer die des zu Deduzierenden zu übernehmen habe, beruhte auf Verabredung, und darüber ein Einverständnis zu erreichen, falls nur die Parteien darüber einig waren, den Besitzprozeß miteinander zu führen, scheint keine Schwierigkeit gehabt zu haben, denn bei der Duplizität des Besitzprozesses waren nicht etwa mit der einen oder andern Rolle besondere Vorteile verbunden; doch mag, falls einer faktisch die Detention des Grundstücks hatte, diesem in der Regel die Rolle des Deduzierenden zugefallen sein. Obwohl auf den durch die *interdicta retinendae possessionis* hervorgerufenen Prozeß an dieser Stelle noch nicht einzugehen ist, muß doch ein Punkt schon hier erwogen werden. Es fragt sich, ob die im Interdikt stets zum Ausdruck kommende Duplizität auch in dem darauf folgenden Verfahren für alle Fälle festgehalten ist. Es giebt ja eine Anzahl Quellenstellen, in denen das *interdictum uti possidetis* zum Schutz gegen partielle Besitzverletzungen ohne Anmaßung des Besitzes seitens des Störers gewährt wird, in denen also dieses Interdikt in einer der *actio negatoria* parallel gehenden Funktion vorkommt. Da fragt sich nun, ob auch da bei dem auf das Interdikt folgenden Prozeß die Duplizität durchgeführt sei. Es

---

That nicht abzusehen. Und um welche Kontumacialfolge handelt es sich denn? Wenn die eine Partei nicht *vim facere* will, so soll sie entweder, falls sie besitzt, dem Gegner den Besitz restituieren oder, falls sie nicht besitzt, denselben nicht weiter in seinem Besitz stören, d. h. also mit anderen Worten: Willst Du Dich jetzt nicht als Besitzer gerieren, so wirst demgemäß auch nicht Du, sondern es soll Dein Gegner von mir als Besitzer geschützt werden. Bruns führt seine Ansicht von der *vis ex conventu* nach erlassenem Interdikt nicht konsequent durch. Nach seiner eigenen Darlegung ist das Interdikt, das Verbot der *vis*, real gemeint, nicht minder waren die Strafen, die durch die Sponsionen auf die *vis adversus edictum* gesetzt wurden, ernstlich gemeint, daher müsse man sich auch den Grund der Strafe als real, als reale Nichtbefolgung des prätorischen Befehls denken. Die *vis ex conventu* erscheint Bruns nur als ein Hilfsmittel, um die friedliche Weiterführung des Prozesses zu ermöglichen. In solchem Fall einer *vis ex conventu* hätten die Parteien die Sponsionen recht gering angesetzt. Ist aber das Verbot der *vis* ernstlich gemeint, dann kann man die *vis ex conventu*, in deren Begriff es ja liegt, daß die Parteien sie nach Übereinkommen miteinander vornehmen, nicht als ein Handeln wider Willen des Gegners, also auch nicht als ein Handeln *contra edictum praetoris* ansehen, die *vis ex conventu* kann keine Verletzung des Besitzes des Gegners enthalten. Cicero verlangt pro Caec. 16, 45, damit im Prozeß des *interdictum uti possidetis* die demselben angehörige *sponsio*, *ni adversus edictum praetoris vis facta esset* von einer Partei *optime* eingegangen werden könne, immer eine wirkliche *vis*, ein reelles Handeln gegen den Willen des durch Verbot des Prätors geschützten Besitzers. Die *vis ex conventu*, die verabredete Scheingewalt ist kein Handeln gegen den Willen des andern. Ferner läge kein Verfahren *cum periculo*, *cum poena* mehr vor, wenn die Parteien die Sponsionen recht gering ansetzen könnten. Wo wäre da die Grenze? Die *sponsio poenalis* würde sich in Wahrheit in eine *sponsio mere praeiudicialis* verwandeln. Der Betrag der Pönalsponsionen wurde aber gewiß vom Prätor angesetzt, denn die *poena*, wenn sie auch dem Gegner zufiel, traf doch den Ungehorsamen, weil er *contra edictum praetoris* gehandelt hatte, die Bedingung des Versprechens der *poena* ist, *quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit.* Es wird also dabei bleiben müssen, daß die nach Erlaß des Interdikts erforderliche *vis* immer als eine ernstliche, als eine reale Besitzhandlung gegen den Willen der andern Partei zu denken ist. — Eine wunderbare Ansicht hat Mündelos, a. a. O. S. 223 f., IV, S. 61 ff., entwickelt. Die Zeit des Gaius kenne die *vis ex conventu* nur als eine dem Erlasse des Interdikts nachfolgende Handlung. Anders im Zeitalter Ciceros, wo sie lediglich vor dem Erlaß des Interdikts gebräuchlich gewesen sei. Die *vis ex conventu* sei ein Mittel gewesen, um das Hindernis zu beheben, welches die rein prohibitorische Form des *interdictum uti possidetis* einer restitutorischen Verwendung desselben entgegenstellte. Wie in anderen Fällen, so habe auch hier der Prätor eine Zurückdatierung vorgenommen, hier zufolge des Konsenses der Parteien, welcher auf eine Zurückdatierung abzielte. Das Interdikt scheint sich Mündelos dabei in gewöhnlicher Form erlassen zu denken, aber in die Pönalsponsion will er eine Fiktion einrücken, um die vor Erlaß des Interdikts geschehene

giebt Gelehrte,[1] die dies annehmen. Meines Erachtens bezog sich auf diesen Fall die in dem nur lückenhaft erhaltenen § 166 des 4. Buchs des Gaius berührte Möglichkeit der Eingehung nur einer *sponsio* und *restipulatio*, wie dies schon A. Schmidt vermutet hat. Nach Erlaß des Interdikts, nehme ich an, mußte jeder der Streitenden vor dem Magistrat erklären, ob er Besitzer zu sein behaupte. Wenn beide Besitzer zu sein behaupteten, so nahm das Verfahren notwendig den doppelseitigen Verlauf. Wenn aber nur einer als Besitzprätendent auftrat, der andere nur dessen Besitz leugnete, so wurde das Verfahren ein einseitiges, d. h. nur der letztere mußte *vim facere*, und es wurden nur eine *sponsio* und *restipulatio* abgeschlossen. Etwas der *fructus licitatio* Analoges könnte auch in diesem Fall vorgekommen sein, wodurch entschieden wurde, ob die die angebliche Besitzstörung enthaltenden Handlungen während der Dauer des Besitzprozesses vorgenommen werden dürften oder nicht. Demgemäß möchte ich die betreffende Stelle des Paragraphen etwa ergänzen: *vel si usus tantum possidere se dicit* u. s. w. Es ist mir nicht wahrscheinlich, daß das *interdictum uti possidetis* von vornherein in dieser Weise benutzt ist. Ursprünglich scheint es, wie die *legis actio sacramento in rem* zur Schlichtung eines Streits zwischen zwei Eigentumsprätendenten diente, in Nachbildung davon als

vis ex conventu der Herrschaft des Interdikts zu unterwerfen. Wie derartige Aufstellungen des Beweises entbehren, so entziehen sie sich der Widerlegung. Pflüger, a. a. O. S. 33 ff., behauptet, im Fall des Caecina und Aebutius sei das *interdictum uti possidetis* vor der beabsichtigten *deductio* bereits erlassen worden, Cicero schweige nur aus guten Gründen von dem Erlasse, stelle den Besitz des Caecina als ganz außer aller Frage hin und verschleiere den Besitzstreit. Aber er spricht ja verschiedentlich ganz offen von einer *possessionis controversia*, was er doch offenbar bei der Absicht einer Verschleierung des Besitzstreits nicht könnte. Und wenn die *deductio quae m. fit* beim Interdiktsprozess dem Erlaß des Interdikts erst gefolgt wäre, wie hätte Cicero, wenn er selbst sagte, daß Caecina bereits die *deductio* mit Aebutius vornehmen wollte, den Richtern verschweigen oder verschleiern können, daß der Erlaß des Interdikts bereits erfolgt sei? Wenn sie es nicht selbst gewußt hätten, würden sie von jedem Juristen haben erfahren können, daß die *deductio quae m. fit* erst auf den Erlaß des Interdikts folge. Pflüger beruft sich noch auf c. 16, 45. Hier wolle Cicero offenbar sagen, daß auch Caecina *optime sponsionem facere* gekonnt hätte; eine Sponsion aber wegen *vis adversus edictum* sei nur möglich, wenn ein Interdikt bereits erlassen war. Keineswegs will aber Cicero sagen, daß Caecina *optime sponsionem facere* gekonnt hätte. Cicero will sagen, wenn anerkannt derjenige, der eine Besitzhandlung vornehmen will, wenn er nur von fern Bewaffnete erblickt, welche ihn daran hindern wollen, behaupten kann, daß ihm *vis* geschehen sei und daher jene *sponsio* im Prozeß des *interdictum uti possidetis* schließen kann, so muß noch vielmehr derjenige, der bei dem Versuch, das Grundstück zu behalten, gewaltsam zurückgedrängt und zurückgetrieben ist, sagen können, daß er *vi deiectus* sei. Daß Caecina jene Sponsion habe abschließen können, sagt Cicero nicht und will er nicht sagen. Er sagt nur, daß er habe behaupten und beweisen können, daß ihm *vis* geschehen, er *vi* dejiciert sei. Und wie wunderbar, daß auch im Fall des Tullius Cicero von einem der *deductio* vorhergehenden Erlaß des Interdikts nichts erwähnt. Hier soll nach Pflüger schon der Magistrat von Thurii das Interdikt erlassen haben, und auf Grund des *vadimonium* dann der Prätor in Rom die Einsetzung der *iudicia sponsionum* vorgenommen haben, Cicero sage freilich von alledem nichts, aber es habe sich von selbst verstanden. Das heißt, die Sachen sich zurecht phantasieren, wie es für die eigene Ansicht paßt; und dabei wird noch übersehen, daß gerade der Erlaß des Interdikts nur dem Inhaber des Imperiums, nicht dem Municipalmagistrat zusteht, und gerade deshalb das *vadimonium* für das Erscheinen vor dem Prätor abgeschlossen wird. Doch kann ich an dieser Stelle nicht weiter auf abweichende Meinungen eingehen. Solche finden sich noch bei Kappeyne, Abhandl. übersetzt von Conrat, Heft 2, S. 129 ff. und Exner, in d. Z. der Savignystift. f. Rechtsgeschichte 8. S. 167 ff. Ubbelohde in d. Fortsetz. von Glücks Kommentar, Serie d. Bücher 43 u. 44 Th. 1, S. 230 ff.

[1] Krüger, Krit. Versuche, namentlich S. 94.

reine *possessionis controversia*, als Streit zwischen zwei Besitzprätendenten gestaltet zu sein. Seit wann es in jener der *Negatoria* parallel gehenden Funktion verwendet ist, ob schon in republikanischer oder erst in der Kaiserzeit, dafür fehlen mir die Anhaltspunkte.

Mit der Aufstellung von auf das *repetere* und das *retinere* von *possessio* gerichteten Interdikten war ein praktisch dringender Anstoß für die römischen *iuris pereti* zu einer Beschäftigung mit dieser *possessio*, mit einer Analysierung derselben, mit den Fragen, wer derselben fähig sei, an welchen Objekten sie vorkommen könne, wie sie entstehe u. dgl., gegeben. Wann diese Arbeit begonnen und wie weit sie etwa schon von der republikanischen Jurisprudenz gefördert worden ist, haben wir jetzt, soweit das möglich, festzustellen. Die Grundlage für diese Arbeit mußten die von den Magistraten aufgestellten Interdiktsformeln bieten. Sehen wir zunächst von den auf die *vitia possessionis* sich beziehenden Zusätzen derselben ab, so liegt kein Grund zu der Annahme vor, daß die ältesten uns überlieferten Formulare in ihrem die objektive Voraussetzung des prätorischen Befehls bezeichnenden Bestandteile von den zuerst aufgestellten Formularen abwichen: *Uti possidetis eum fundum, Unde tu illum detrusisti* oder *deiecisti, cum ille possideret, Quod precario ab illo habes* werden die Prätoren wohl immer in den betreffenden Interdiktsformularen gesagt haben. Eine gewisse Gewähr dafür haben wir in Ciceros Behauptung pro Tullio c. 44: *Fuit illud interdictum apud maiores nostros de vi, quod hodie quoque est* u. s. w., um so mehr als diese seine Behauptung durch die etwa vierzig Jahre weiter zurückliegende *lex agraria* vom Jahre 643 bestätigt wird, in welcher die Formel des *interdictum* übereinstimmend mit Cicero angegeben ist.[1] In dem *interdictum uti possidetis* und *unde vi* fanden also die Juristen den prätorischen Befehl an ein gegenwärtiges oder gewesenes *possidere* geknüpft, in dem *interdictum de precario* an ein *habere*. Hier mußte sich den Interpreten die Frage aufdrängen, ob in der Bezeichnung der Voraussetzungen dreier einander so nahe stehender Interdikte die Magistrate unter dem *habere* und *possidere* dasselbe oder verschiedene Dinge verstanden, bezw. ob mit dem *possidere* des *interdictum de vi* und des *uti possidetis* derselbe oder verschiedene Begriffe bezeichnet seien. In Bezug auf den letzten Punkt ist in neuerer Zeit gesagt worden,[2] es dürfe aus der spätern Übereinstimmung der Voraussetzungen bei den drei Interdikten (*unde vi — uti possidetis — utrubi*) nicht auf ursprüngliche Gleichheit geschlossen werden; denn eine allmählige Ausgleichung hätte durch den Einfluß der Praxis und der Juristen sehr wohl herbeigeführt werden können. Der Deliktscharakter der Dejektion lasse annehmen, daß man es mit der Beschaffenheit des vorausgesetzten Besitzes nicht allzu strenge genommen haben werde. Die Möglichkeit zugegeben, so scheint es doch an jeder Spur zu fehlen, daß man für das *interdictum de vi* eine andere Art von Besitz habe genügen lassen, als für das *uti possidetis*. Cicero bezeugt, daß schon die *maiores* das erstere mit dem Zusatz *cum ille possideret* gekannt, und daß schon sie diesen Zusatz als zu dem Zweck gemacht aufgefaßt hätten, damit nicht jede Dejektion als das Interdikt begründend angesehen werde. Danach darf also nicht angenommen werden, daß man jemals Dejektion aus irgend welcher Detention als genügende Voraussetzung des Interdikts angesehen habe. In dieser Annahme darf auch Ulpians Äußerung in l. 1 § 9 D. de vi 43, 16: — *nam et naturalis possessio ad hoc interdictum per-*

[1] Lex agrar. Z. 18. [2] Bekker, a. a. O. S. 93 ff.

tinet nicht wankend machen. Es ist gesagt worden,[1] das klinge so, als ob die *„naturalis possessio"* für die anderen Interdikte wertlos sei. Aber giebt denn die Stelle irgend welche Veranlassung, den Ton auf *hoc* zu legen; liegt es nicht vielmehr näher, das *interdictum* als das, was hervorhehoben werden soll, anzusehen? Für das Interdikt kann auch eine *naturalis possessio* genügen, während für andere rechtliche Wirkungen, z. B. Usukapion, *civilis possessio* erforderlich ist. Und für Ulpians Zeiten kann ja kein Zweifel bestehen, daß auch für das *uti possidetis* und *utrubi* eine *naturalis possessio* genügen kann, da ja durch den Zusatz *nec vi nec clam nec precario* nur dem Gegner gegenüber vitiöser Besitz als nicht nützlich ausgeschlossen wird. — Ob aber die Ausdrücke *possidere* der *interdicta uti possidetis* und *unde vi* und *habere* des *interdictum de precario* sich deckten, mußten die Juristen sich jedenfalls sofort fragen, und es ist wohl kaum zu bezweifeln, daß sie sich von Anfang an die Antwort gegeben haben, daß *habere* dem *possidere* gegenüber einen weitern Sinn habe (vgl. l. 38 § 9 D. de verb. obl. 45. 1; l. 1 § 33 D. de vi 43, 16). Da man, wie früher gezeigt wurde, höchst wahrscheinlich zur Zeit der Einführung von possessorischen Interdikten schon verschiedene Arten von *possessio*, eine zum Eigentumserwerb erforderliche und eine auf Grund einer nicht auf Eigentumserwerb gerichteten *causa* erworbene kannte, so mußte man sich von vornherein die Frage vorlegen, welche Art der *possessio* der Prätor bei Aufstellung jener Interdikte gemeint habe. Daß die ältere, d. h. die republikanische Theorie die Unterscheidung von Besitz und Detention noch nicht gekannt habe, ist entschieden zu bestreiten. Man lese nur, was Cicero pro Caecina 32, 94 sagt: *Caesenniam possedisse propter usumfructum non negas. qui colonus habuit conductum de Caesennia fundum, cum idem ex eadem conductione fuerit in fundo, dubium est, quin, si Caesennia tum possidebat, cum erat colonus in fundo, post eius mortem heres eodem iure possederit?* Cicero stellt hier ganz in der Weise der späteren Juristen das *possidere* der Verpächterin Caesennia und das *in fundo esse* des Pächters einander gegenüber. Sollte der Laie Cicero diese Unterscheidung schon gemacht, dieselbe aber dem Juristen Quintus Mucius unbekannt gewesen sein? Und warum hielt man denn für nötig, im Formular des *interdictum de vi* dem *deiecisti* noch die Worte *„cum ille possideret"* hinzuzufügen, wenn man nicht der Ansicht gewesen wäre, daß das bloße *deiicere* auf irgend eine Detention der Sache bezogen werden könne, welche nicht gemeint war und durch jenen Zusatz ausgeschlossen werden sollte? Man wird also kaum fehlgehen, wenn man annimmt, daß der Unterschied zwischen dem *possidere* und dem bloßen *in possessione* oder *in fundo esse, tenere* gerade durch die Aufstellung der possessorischen Interdikte aufgekommen und bei der juristischen Behandlung derselben ausgebildet ist. War man sich des Gegensatzes einmal bewußt geworden, so mußte man auch nach den Unterscheidungsmerkmalen forschen und die Begriffsmomente des *possidere* aufsuchen. Im *corpus iuris* wird bekanntlich mehrmals von einem *ius possessionis* geredet. Auch darin haben die Juristen der Kaiserzeit, wenn nicht alles täuscht, die republikanischen bereits zu Vorgängern gehabt. Zum Beweise dessen brauchen wir nicht zu l. 2 § 38 D. ne quid in l. publ. 43, 8 unsere Zuflucht zu nehmen, denn es bleibt ja sehr zweifelhaft, ob der hier von Ulpian gebrauchte Ausdruck *iure possessionis* von Ofilius entlehnt ist. Sicher ist aber, daß Cicero in seiner Besprechung des *interdictum de vi* ein paarmal den Ausdruck gebraucht, den

[1] Bekker, a. a. O. S. 95.

er von den Juristen entlehnt haben wird, zunächst 12, 34: *Nondum de Caecinae causa disputo, nondum de iure possessionis nostrae loquor,* dann 12, 35: — *numquid magis possidebis? actio enim iniuriarum non ius possessionis assequitur, sed dolorem imminutae libertatis iudicio poenaque mitigat.* Den römischen Juristen ist in neuerer Zeit der Vorwurf gemacht worden, daß sie mit denselben Ausdrücken *possessio, possidere* zwei grundverschiedene Dinge, nämlich den Thatbestand des Besitzes, die erzeugende Thatsache und die an diesen Thatbestand angeknüpften Rechtsfolgen, das Erzeugte, die Wirkung bezeichnet und diese Dinge selbst nicht gehörig auseinander gehalten hätten.[1] Um die Berechtigung dieses Vorrechts in Bezug auf den Interdiktenbesitz (denn dieser geht uns hier allein an, und an ihn ist auch vorzugsweise gedacht) zu prüfen, wollen wir von der Formel des *interdictum uti possidetis* ausgehen, denn in ihr prägen sich jenes Erzeugende und die Wirkung aus. Die Wirkung ist hier das *vim fieri veto*, der Thatbestand, das Erzeugende das *uti possidetis*, und das Erzeugende ist hier als *possidere* bezeichnet. Aber das Erzeugende ist kein reines Faktum, nicht jedes beliebige Innehaben. Das *possidere* ist vielmehr dem Prätor bezw. den römischen Juristen die von der Rechtsordnung bezw. deren Organen anerkannte, angenommene allgemeine faktische Herrschaft, oder, wenn man diesen heute verpönten Ausdruck perhorresciert, das allgemeine faktische Haben einer körperlichen Sache. Dagegen wird eingewandt werden, das Recht könne nicht über das Dasein eines Thatbestandes, sondern nur über die rechtlichen Folgen desselben entscheiden; allein das ist unrichtig, das Recht kann allerdings sagen, das und das erkenne ich als eine Thatsache an, an welche die und die Wirkung geknüpft sein soll. Die rechtliche Anerkennung thatsächlichen Habens einer Sache verleiht demselben, wenn ich so sagen darf, eine gewisse Stabilität, enthebt es völliger Zufälligkeit; nicht immer hört, wenn im natürlichen Sinne das thatsächliche Haben vorübergehend aufgehört, auch das vom Recht anerkannte auf, ja Utilitätsrücksichten können dahin führen, daß das Recht die thatsächliche Herrschaft noch annimmt, wo es im natürlichen Sinne absolut nicht mehr vorhanden ist, so beim *servus fugitivus*. Am *servus fugitivus* wurde Fortdauer des Besitzes angenommen, zunächst wohl nur in Bezug auf die bezüglich seiner begonnene Usukapion, dann aber ohne Zweifel auch in Bezug auf den Interdiktenschutz. Man sage nicht, die Entscheidung, die Annahme des Rechts bestehe hier nur in der Zulassung der rechtlichen Folgen, vielmehr nimmt das Recht hier die Thatsache an und knüpft daran verschiedenartige Folgen: nicht bloß den Interdiktenbesitz, sondern auch die Usukapion, und es geht auch in der Fiktion der Thatsache nicht gar zu widersinnig vor, denn die Annahme des Besitzes am *fugitivus* hört auf, wenn derselbe in den Besitz eines Dritten gekommen ist, oder wenn er im Besitz der Freiheit sich befindet.[2] Die Annahme, daß *possidere* vielfach die aus dem Besitz als Thatbestand resultierenden Rechtsfolgen für eine Person, insonderheit die Möglichkeit, der Interdikte sich zu bedienen, bedeute, scheint mir nur durch einen Irrtum über diese angebliche Rechtsfolge hervorgerufen zu sein. Nicht die Möglichkeit, des Interdikts sich zu bedienen, ist die hier in Frage kommende Rechtsfolge, sondern das konkrete prätorische *vim fieri veto*, das letztere ist das durch den rechtlich anerkannten Besitz Erzeugte. Die Stellen, in denen *possidere* bedeutet „in

[1] Von Bekker in seiner Schrift: Das Recht des Besitzes bei den Römern.

[2] Vgl. über den *s. fugitivus:* L. 1 § 14, l. 15, l. 50 § 1 D. de a. p. 41, 2. Paulus II, 31, § 37. L. 17 § 3 D. de furtis 47, 2. L. 8 D. de div. temp. p. 44, 3. L. 1 C. de fugit. 6, 1.

einem durch Interdikte geschützten Verhältnisse stehen", bezeichnen eben damit das *possidere*, das Verhältnis als das das Interdikt (die Wirkung) Erzeugende.[1]

Das als solches rechtlich anerkannte allgemeine thatsächliche Haben einer Sache ist das *ius possessionis*, und nicht bloß der Besitz als reines Faktum, sondern besonders jenes rechtlich anerkannte Haben wird in den Quellen *possidere* genannt. Insbesondere ist, wo von einem *acquirere, retinere, amittere possessionem* geredet wird, wohl immer an dieses letztere gedacht. Sollte überhaupt der Besitz ein praktisch verwendbares Institut sein, so konnte einerseits die rechtlich angenommene thatsächliche Herrschaft sich nicht fortwährend mit dem Besitz als reinem Faktum decken, andererseits mußte das Bestreben der Jurisprudenz darauf gerichtet sein, reine Fiktion thatsächlicher Herrschaft nur aus dringendsten praktischen Gründen anzunehmen, sonst aber auch das Recht thatsächliche Herrschaft nur annehmen zu lassen, wo auch nach den Anschauungen des Verkehrslebens eine, wenn auch vielleicht nur losere und entferntere thatsächliche Beziehung zwischen Person und Sache bestand. Vielleicht wird es sich zeigen, daß die republikanische Jurisprudenz die körperliche Grundlage des *ius possessionis* in unfreierer Weise behandelt, dabei aber die rechtliche Annahme thatsächlicher Herrschaft steif und ungelenk durchgeführt hat, die Jurisprudenz der Kaiserzeit dagegen sich zu freierer Behandlung des körperlichen Elements des Besitzes erhob und doch die rechtliche Annahme thatsächlichen Habens, Ausnahmen abgerechnet, in den thatsächlichen Verhältnissen sich möglichst anpassender Weise durchzuführen suchte.

Seit dem Aufkommen der possessorischen Interdikte mußte man sich schon in republikanischer Zeit vor allem die Fragen zu beantworten suchen, was das Recht zur Entstehung, zur Fortdauer, zur Aufhebung des von ihm anzuerkennenden Besitzes zu verlangen habe. Was die Entstehung des Besitzes betraf, so wird man wohl zunächst sein Augenmerk auf die *causae* des Erwerbs gerichtet haben. Schon vor Aufkommen der possessorischen Interdikte wußte man, daß Besitz erworben werden konnte aus einer auf Eigentumserwerb gerichteten oder aus einer nicht auf Eigentumserwerb gerichteten *causa*, und man wird nicht geschwankt haben, überall, wo Besitz erworben wurde aus einer *causa adquirendi eius quod nostrum non sit*, Interdiktenschutz zuzulassen, überall also, wo eine *possessio civilis* oder *iusta* (in diesem Sinne) vorlag. Aber dabei konnte man nicht stehen bleiben; schon die Interdiktsformulare selbst nötigten

[1] Der Bekkerschen ähnlich ist die Ansicht von Strohal, Succession in d. Besitz S. 36 ff. Er will unterscheiden zwischen dem rechtlich determinierten Thatbestand des Besitzes und den an denselben geknüpften Rechtsfolgen. *Possessio* fungiere als technischer Ausdruck sowohl für den Thatbestand, der übrigens einen zuständlichen Charakter habe, wie für die Rechtsfolgen. Gegen diese Auffassung ist zweierlei einzuwenden. Der Thatbestand des Besitzes ist nicht bloß ein rechtlich determinierter, wie etwa der des Delikts, an welchen eine Rechtsfolge geknüpft ist; der Besitz ist vielmehr ein thatsächliches Haben, welches vom Recht als solches anerkannt, ja zuweilen angenommen ist. Handelte es sich bloß um eine rechtliche Determinierung, wie wäre es denn möglich, daß der Thatbestand bald als vorhanden erklärt wird, wo *possessio* im natürlichen Sinne fehlt, bald als nicht vorhanden erklärt wird, wo *possessio* im natürlichen Sinne nicht geleugnet werden könnte. Als Rechtsfolge denkt sich sodann Strohal, ebenso wie Bekker, die Verheißung von prätorischer Hilfe für den Fall der Störung oder Dejektion. In Wahrheit ist aber die Rechtsfolge der *possessio* nicht die Verheißung oder Möglichkeit prätorischer Hilfe, sondern die wirkliche Gewährung derselben, das *vim fieri veto*.

weiterzugehen, da das *possidere* schlechthin, welches sie bezeichneten, nicht auf die *civilis possessio* eingeschränkt werden konnte, zumal durch die *exceptio vitiosae possessionis* noch deutlicher darauf hingewiesen wurde, daß zwar eine vitiöse Erwerbung des Besitzes den Schutz desselben gegenüber dem, von welchem vitiös erworben sei, ausschließe, sonst aber eine besondere Qualifikation der *causa* des Erwerbs nicht verlangt werde. So mußte man denn auch andere *causae*, welche zwar nicht auf Eigentumserwerb, aber auf Erwerb von Besitz in natürlichem Sinne gerichtet waren, für die Frage ins Auge fassen, ob der aus solcher *causa* erworbene Besitz ein solcher sei, wie ihn das Recht als Voraussetzung des magistratischen Interdiktenschutzes verlangen müsse, und um diese Frage beantworten zu können, mußte man weiter untersuchen, was denn eigentlich das in der auf Eigentumserwerb gerichteten *causa* enthaltene entscheidende Moment sei, dessentwegen man den auf Grund ihrer erworbenen Besitz als einen zum magistratischen Interdiktenschutz geeigneten ansehen konnte. Auf Grund einer auf Eigentumserwerb gerichteten *causa*, welche als solche vom Recht anerkannt ist *(iusta causa)*, kann das faktische Haben der Sache mit *animus domini*, d. h. mit dem Willen, Eigentümer der Sache zu sein, erworben werden. Erwerb der Sache *ex iusta causa* mit *animus domini* ist nun wohl zum Eigentumserwerb bezw. zur Herstellung der *conditio usucapiendi* nötig, es steckt wohl in dem *animus domini* auch der Wille, welcher zum Erwerb des für den Interdiktenschutz geeigneten Besitzes erforderlich ist, aber der *animus domini* enthält mehr, als zum Erwerb der rechtlich anerkannten faktischen Herrschaft nötig ist. Für die letztere ist nur nötig der Wille, das allgemeine faktische Haben der Sache ihrer Substanz nach für sich zu bekommen. Dieser Wille steckt, wie gesagt, wohl auch in dem *animus domini*, er kann aber auch vorhanden sein, wo jener nicht vorhanden sein kann. Manche *causae*, auf Grund deren jemand eine Sache in die Hand bekommt, konnten nicht als solche angesehen werden, auf Grund deren jener *animus possidendi* gefaßt werden könne. Das Moment des für sich selbst Habenwollens hatte der aus dem *animus domini* losgeschälte *animus possidendi* doch immer mit jenem gemein. Wer aber eine Sache als Depositar, Kommodatar, Mieter oder Pächter, Usufruktuar in die Hände bekam, der wollte vielleicht in einer mehr oder weniger begrenzten Beziehung, zum Zweck eines mehr oder weniger umfassenden Gebrauchens für sich haben, es fehlte ihm aber der auf das allgemeine faktische Haben der Sache ihrer Substanz nach gerichtete *animus*, d. h. eben der *animus possidendi*.[1] Doch konnte es dem die verschiedenen *causae*, auf Grund deren

[1] Nach der von Ihering in seiner Schrift über den Besitzwillen entwickelten Anschauung, welche die umfassendste Anerkennung bei Baron (Iherings Jahrbücher Bd. XXIX, S. 192 ff., Bd. XXX, S. 197 ff.) gefunden hat, ist die herrschende Lehre von der Gegensätzlichkeit des Besitzwillens und des Detentionswillens grundfalsch, das römische Recht kenne in Wirklichkeit nur einen Besitzwillen, die Verschiedenheit von Besitz und Detention komme nicht auf Rechnung der Verschiedenartigkeit des Besitzwillens, sondern der rechtlichen Satzung, welche dem an sich vollständig vorliegenden Thatbestande des Besitzes aus praktischen Gründen die sonstige Wirkung in gewissen Verhältnissen entzogen habe. Wenn von Paulus in zwei Stellen (der l. 1 § 20 D. de a. v. a. p. 41, 2 und der l. 37 D. de pign. act. 13, 7) der *animus possidentis* als Erfordernis des Besitzes aufgestellt und wegen Mangels desselben dort dem Stellvertreter, hier dem Pächter der Besitz abgesprochen werde, so sei darin nur eine individuelle Ansicht des Paulus zu sehen, ein mißlungener Konstruktionsversuch eines wüsten Fanatikers im Konstruieren. Bei anderen Juristen sei keine Spur des *animus possidentis* zu entdecken. Dieser Behauptung gegenüber vergleiche man l. 9 § 9 D.

von jemand die *naturalis possessio* von Sachen erworben wurde, prüfenden Blicke nicht entgehen, daß es deren einzelne gab, aus welchen, wenn auch nicht der *animus domini*, doch aber der *animus possidendi* gefaßt werden könne. Der Gläubiger, welchem eine Sache zum Pfand gegeben wird, zur Sicherung seiner Forderung, kann den Willen haben und hat ihn, die faktische Herrschaft über die Substanz der Sache im allgemeinen für sich zu bekommen, wenn auch nur zur Sicherung für seine Forderung. Auf Grund der *causa pignoris* kann jener Wille gefaßt werden: er wird nicht etwa dadurch ausgeschlossen, daß in einer einzigen Beziehung die allgemeine faktische Herrschaft des Gläubigers dem Verpfänder zu gute kommen soll, nämlich in Bezug auf die Ersitzung. Das Singuläre, welches diesem Verhältnisse allerdings anhaftet, liegt nicht auf seiten des Besitzes bezw. des Besitzwillens des Gläubigers, sondern auf seiten der Ersitzung des Verpfänders. Auch die *causa precarii* ließ es zu, daß der *precario accipiens* im Einverständnis mit dem *precario rogatus* den Willen fassen konnte, die allgemeine faktische Herrschaft über die Sache für sich zu bekommen. Die Betrachtung all der verschiedenen *causae* mußte zu der allgemeinen Erkenntnis führen, daß die *causa* die Art des Willens bestimmt, mit welchem der

---

de reb. c. 12, 1: *Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere.* Also nach der Meinung auch des Ulpian und auch der anderen Juristen, denen er zustimmt, verwandelt sich die Detention des Depositar hier durch den *animus* in Besitz. Diese Juristen haben also auch entschieden einen Unterschied zwischen dem Willen des Detentors und des Besitzers angenommen. — Ferner ist aus l. 3 § 18 D. de a. v. a. p. 41, 2: *Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur* zu erkennen, daß einzelne der *veteres* schon durch das Ableugnen des *depositum* den Deponenten den Besitz verlieren und den Depositar ihn erwerben ließen. Den Erwerb des Besitzes für den Depositar stützten sie auf den im Ableugnen sich kundgebenden veränderten Willen, nahmen also einen von dem des Detentor verschiedenen Willen des Besitzers an, und die Mehrzahl leugnete nicht etwa diesen Willensunterschied, sondern verlangte nur eine Ausführung des veränderten Willens durch *contrectatio*. Ferner sagt Celsus in l. 18 D. h. t.: *Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio.* Wir können hier ganz absehen davon, ob die hier von Celsus ausgesprochene Ansicht richtig ist (Ihering sieht sie auch als einen mißlungenen Konstruktionsversuch an, auch Celsus ist also von der Konstruktionssucht angekränkelt): das geht aus der Stelle hervor, daß Celsus dem Detentor einen andern Willen zuschreibt, als dem Besitzer; den bisherigen Besitzer läßt er seinen Besitzwillen aufgeben und sein körperliches Haben in den Dienst des Besitzwillens eines andern stellen. Auch die Regel: *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, soll nach Ihering für seine Auffassung sprechen, da sie die Machtlosigkeit des Willens des Besitzers gegenüber der objektiven Rechtsregel ausspreche. Die Regel setzt aber gerade die Verschiedenheit des Willens des Detentor und des Besitzers voraus und spricht nur aus, daß jemand den durch eine gewisse *causa* bestimmten Willen nicht ohne neue *causa* in einen andern Willen, den Detentorwillen nicht in Besitzwillen umsetzen kann. Daß die dem Willen unterliegenden *causae* rechtlich die Richtung desselben bestimmen und der auf die Wirkung gerichtete Wille sich mit dem Kausalwillen nicht in Widerspruch setzen kann, ist ja ein der Besitzlehre nicht eigentümlicher Satz, sondern zeigt sich z. B. auch in der zunächstliegenden Eigentumslehre. — Im bisherigen sind nur Stellen angeführt, welche Detention und Besitz im Gegensatz zu einander behandeln. Wir müssen aber weitergehen und fragen, was es überhaupt für einen Sinn hätte, daß die römischen Juristen zur *possessio*, d. h. der durch die Interdikte geschützten *possessio*, als Erfordernis den *animus* verlangen, wenn in Bezug auf den Willen zwischen Besitz und Detention gar kein Unterschied wäre, daß z. B. Labeo in l. 51 D. h. t. sagte,

die Sache in die Hand Bekommende sie inne haben könne: ob mit *animus domini* oder mit *animus possidendi* oder nicht einmal mit diesem, und daß der Wille von der *causa*, durch welche er dem Recht nach bestimmt ist, sich nicht emancipieren könne. Ist aber der *animus possidendi* nur auf das allgemeine faktische Haben der Sache für sich gerichtet, dann bedarf er nicht notwendig einer solchen *causa;* er kann vorliegen und daher Besitzerwerb stattfinden, auch wenn die zu Grunde gelegte *causa* nichtig ist, ja selbst wenn die Besitzergreifung eine mit Gewalt gegen den bisherigen Besitzer durchgesetzte oder klandestine ist, denn das der Erwerbung anhaftende *vitium* macht den Besitz des Erwerbers nicht jedem gegenüber unwirksam, das *vitium* des Besitzers liegt nur in der Beziehung zu dem, von welchem der Besitz so erworben ist. Mir ist es nicht zweifelhaft, daß die Lehre von dem zur Erwerbung des Interdiktenbesitzes erforderlichen *animus possidendi,* der in allen Fällen solchen Besitzes derselbe ist, schon von der republikanischen Jurisprudenz aufgestellt ist. Der altüberlieferte Satz: *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* hat ja den Sinn, daß der Inhaber einer Sache den einmal durch die *causa* bestimmten Charakter seines Inhabens nicht durch bloße Änderung seines *animus* ändern könne. Wie

man könne an gewissen Sachen den Besitz schon durch den *animus* erwerben. Das Verhältnis zwischen Besitz und Detention wird nicht richtig dargestellt, wenn gesagt wird, die Differenzierung zwischen Besitz und Detention erfolge dadurch, daß sich zu dem ihnen gemeinsamen Thatbestande *(corpus* und *animus)* noch ein anderes Moment hinzugeselle, und zwar nach der herrschenden Auffassung ein positives, welches die Detention zum Besitz erhebe. Der *animus* des Besitzers und des Detentors ist ein verschiedener. Halten wir uns, um den *animus* des Detentors zu bestimmen, an den Usufruktuar, den Mieter und Pächter, also an Fälle, in welchen es nach Iherings Behauptung gerade am klarsten unmöglich sein soll, den Willen des Detentor von dem des Besitzers zu unterscheiden. Ihering sagt, wenn der gemeine Mann aus dem Munde eines Juristen zu hören bekomme, der Pächter solle das Grundstück nicht für sich haben wollen, so würde er glauben, daß derselbe seinen Spott mit ihm treiben wolle oder nicht ganz bei Sinnen sei. Schon das Kind wisse, daß der Apfel, den es dem Bruder bringen solle, ihm für diesen, den es selber essen dürfe, ihm für sich gegeben sei. Beiläufig wollen wir bemerken, daß Ihering damit stillschweigend die Verschiedenheit des Detentions- und des Besitzerwillens anerkennt und nur die Anwendbarkeit des Detentionswillens auf Fälle, wie den des Pächters, leugnet. Was bezwecke denn das Haben einer Sache, fährt Ihering fort, doch nichts Anderes, als sie ökonomisch verwenden. bei fruchttragenden Grundstücken die Früchte ziehen, bei Häusern darin wohnen, bei geliehenen Büchern sie lesen, bei Wein ihn trinken. Die Römer aber, und mit ihnen wir, unterscheiden zwischen der Substanz der Sache und ihrem Gebrauch. Jeder, der nur ein, sei es dingliches oder obligatorisches, Gebrauchsrecht hat, kann die Sache nur in beschränkterer oder in unbeschränkterer Weise gebrauchen und die Früchte derselben ziehen, er kann nicht über die Substanz derselben verfügen. Der Wille eines solchen Gebrauchsberechtigten kann also auch nur auf das Gebrauchen der Sache, nicht auf die Sache ihrer Substanz nach gerichtet sein; der Mieter z. B. weiß sehr wohl, daß er das Haus nicht umbauen darf, wer ein Buch geliehen, daß er es nicht zerreißen darf, wer eine Sache zu einem beschränkten Gebrauch geliehen, daß er keinen weitergehenden Gebrauch davon machen darf; er kann also die Sache nicht in all und jeder Beziehung, sondern nur in beschränkter Weise für sich haben wollen, im übrigen steht sein Haben, dessen er zu jenem Gebrauchen nicht entraten kann, im Dienst eines andern. Der Besitzer dagegen will die Sache der Substanz nach für sich haben und ist in der Möglichkeit, über die Substanz der Sache für sich zu verfügen und andere davon auszuschließen, durch die Interdikte geschützt. Diesen auf die Substanz der Sache gerichteten Willen hat auch der Pfandgläubiger, sofern ihm die Sache für die Realisierung seiner Forderung haften soll, einen auf die Substanz der Sache gerichteten Willen kann auch der Prekarist haben, falls sie ihm der *precario dans* so weit überläßt, er kann z. B. die Kulturart auf der ihm *precario* überlassenen Landparzelle ändern, Bauten vornehmen u. dgl., also in einem gewissen Maße auf die Substanz der Sache einwirken, also ebenso, wie der spätere Emphyteuta den *animus possidendi* haben.

hätte Labeo die Frage aufwerfen können (l. 51 D. de adq. vel am. p. 41, 2), ob man nicht den Besitz gewisser Sachen nur *animo* erwerbe, wenn nicht die Lehre, daß man den Besitz *animo et corpore* erwerbe, damals schon verbreitet gewesen wäre? Und wenn nicht bloß Sabinus und Cassius, sondern auch *plerique veterum* entschieden, daß der Deponent dadurch, daß der Depositar *infitiandi animum* habe, ohne ein *loco movere* oder *contrectare* vorzunehmen, den Besitz nicht verliere, so sind in solcher Entscheidung wieder die beiden Besitzmomente, der *animus possidendi* und das *corpus*, klar genug angedeutet.

Was die körperliche Seite des Besitzerwerbs betrifft, so sind noch Spuren davon vorhanden, daß man in älterer Zeit dasselbe sinnlicher, materialistischer und steifer behandelt hat, als in der Kaiserzeit.[1] In alter Zeit wird man wohl stets ein *adprehendere corpore et tactu* verlangt und das Erwerben *oculis et affectu* noch nicht zugelassen haben. Auch die sogenannte *brevi manu traditio* hat wahrscheinlich der alten Auffassung nicht als genügend gegolten. Wenn jemand, welcher bisher etwa als Depositar oder Kommodatar eine Sache für einen Andern hatte, diese vom bisherigen Besitzer z. B. kaufte, so genügte es nach dem Recht der Kaiserzeit, daß er mit Zulassung des bisherigen Eigentümers, des Verkäufers, den *animus possidendi* faßte, um Besitz und Eigentum zu erwerben. Das ältere Recht scheint auch hier einen besondern Apprehensionsakt, ein *loco movere* der Sache mit Einwilligung des bisherigen Besitzers, verlangt zu haben, worauf namentlich l. 9 § 9 D. de reb. cr. 12, 1 hindeutet: *Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva, Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt: et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere.* Es lag eine freiere Behandlung des *corpus* darin, wenn die späteren Juristen davon Abstand nahmen.[2] Eine Spur der alten Auffassung liegt auch darin, daß die späteren Juristen nicht von einer Tradition der Sache, sondern von einem *pro tradita haberi, pro tradita accipi,* einem *animo possidere coepisse* redeten (l. 62 pr. D. de evict. 21, 2; l. 9 § 1 D. de Public. 6, 2). Was die Tradition von Grundstücken betrifft, so wissen wir aus Cic. pro Tullio § 19: *illis absentibus fines Acerronio demonstravit: neque tamen hanc centuriam Populianam vacuam tradidit* und noch aus einer Ravennatischen Schenkungsurkunde, daß gewöhnlich die *vacuae possessionis traditio* und die *finium demonstratio* (auch später) miteinander verbunden wurden. Wenn dies nun auch später nicht mehr notwendig war, so macht doch die so zäh festgehaltene Gewohnheit die Annahme sehr wahrscheinlich, daß in alter Zeit zum Erwerb des Besitzes eines Grundstücks durch Tradition zwar nicht das *omnes glebas circumambulare,* aber doch das *fines circuire* für nötig gehalten wurde. Gerade daraus, daß das später mit einem gewissen Nachdruck zurückgewiesen und es für genügend erklärt wird, *quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere,* läßt darauf schließen, daß in älterer Zeit eine andere Anschauung herrschte.

Es ist ferner zu fragen, inwieweit man schon in älterer Zeit eine Ausübung des Besitzes durch Vertreter und eine Teilnahme Dritter an dem Besitzerwerbe eines Andern zugelassen habe. Nicht zu bezweifeln ist, daß man von Anfang eine Ausübung des Besitzes beweglicher Sachen durch Personen, denen man zu irgend welchem Zweck die Detention derselben überlassen, also z. B. durch Depositare, Kommodatare zugelassen habe. Weniger einfach steht die Sache bei Grund-

[1] Ihering, Geist II, 2[2], S. 413 f. [2] Harburger, Das *constitutum possessorium* S. 28.

stücken. Nach der von Cicero mitgeteilten Formel[1] des *interdictum de vi* steht dasselbe dem gewesenen Besitzer zu, falls er selbst oder seine *familia* oder sein *procurator* dejiciert ist. Hat man hier unter dem *procurator* auch den Pächter, den Usufruktuar, kurz alle solche Personen verstanden, welche von der spätern Jurisprudenz als solche angesehen wurden, durch welche der Besitzer seinen Besitz ausübe? Für die Bejahung dieser Frage könnte man einmal die Deutung anführen, welche Cicero in Bezug auf dieselbe Interdiktsformel dem Wort *procurator* zwar nicht auf seiten des Dejicierten, sondern auf seiten des Dejicienten (*Unde tu aut familia aut procurator tuus* etc.) giebt, pro Caecina 20, 57: *De liberis autem quisquis est, procuratoris nomine appelletur: non quo omnes sint aut appellentur procuratores, qui negotii nostri aliquid gerant; sed in hac re, cognita sententia interdicti, verba subtiliter exquiri omnia noluerunt. Non enim alia causa est aequitatis in uno servo, et in pluribus: non alia ratio iuris in hoc genere duntaxat, utrum me tuus procurator dejecerit is, qui legitime procurator dicitur omnium rerum eius, qui in Italia non sit absitve reipublicae causa, quasi quidam paene dominus, hoc est alieni iuris vicarius: an tuus colonus aut vicinus aut cliens aut libertus aut quivis, qui illam vim dejectionemque tuo rogatu aut tuo nomine fecerit;* und 58: — — *Tam restitues, si tuus me libertus dejecerit, nulli tuo praepositus negotio, quam si procurator dejecerit: non quo omnes sint procuratores, qui ali quid nostri negotii gerunt; sed quod in hac re quaeri nihil attinet.* Sodann könnte man auf die späteren zahlreichen Aussprüche verweisen, wonach wir ebensowohl *per colonum et inquilinum* als *per servum possidemus.* Allein es läßt schon, wie mit Recht gesagt ist, der Ausspruch des Pomponius in l. 25 § 1 D. de adq. vel am. p. 41, 2: *nec inter colonum et servum nostrum, per quem possessionem retinemus, quicquam interest* es durchklingen, daß nicht von Anfang an dasselbe vom *colonus* wie vom *servus* gegolten hat. Es stimmt dazu, was Africanus in l. 40 § 1 D. eod. tit. sagt: *propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur et contineretur.* Nicht als ob sich das so von selbst verstände, sondern aus praktischen Gründen, aus Zweckmäßigkeitsgründen ist angenommen, daß der Verpächter durch den Pächter besitze. Was aber Ciceros Auseinandersetzung betrifft, so mag man auf sie vielleicht die Annahme gründen können, daß schon zu dessen Zeit die Jurisprudenz die Ansicht aufzustellen begonnen, daß man *per colonum possidere* könne. Etwas Anderes aber ist es, ob man dieser Ansicht auch dadurch praktische Geltung zu verschaffen gesucht hat, daß man dem Worte *procuratorem illius* in der Formel des *interdictum de vi* eine so weite Deutung gab, wonach es auch den *colonus,* den Usufruktuar u. dergl. umfaßte. Meines Erachtens muß das entschieden verneint werden. Nicht durch Interpretation, sondern nur durch analoge Anwendung des dem Interdikt zu Grunde liegenden Gedankens konnte hier geholfen werden, und diese analoge Anwendung konnte nur durch Aufstellung eines neuen Interdiktsformulars oder Änderung des bisherigen bewerkstelligt werden. Das letztere ist geschehen: das *interdictum de vi* des Hadrianischen Edikts lautet: *Unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit,*[2] es sind also auf seiten der dejicierten Partei die *familia* und der *procurator* gestrichen, und Ulpian bemerkt dazu erläuternd im Kommentar l. 1 § 22 D. de vi 43, 16: *Quod servus vel procurator vel colonus tenent, dominus videtur possidere, et ideo his deiectis ipse deici de possessione videtur, etiamsi*

[1] Vgl. Cic. pro Tullio 44. 45. 29. pro Caecina 19. 30—32.
[2] L. 1 pr. D. de vi 43, 16.

ignoret eos deiectos, per quos possidebat. et si quis igitur alius, per quem possidebam, deiectus fuerit, mihi competere interdictum nemini dubium est. Zur Zeit, als die von Cicero mitgeteilte Formel des *interdictum de vi* aufgestellt wurde, stand die Sache noch anders. Die der Gewalt des *possessor* unterworfenen Personen und auch der Generalprokurator des abwesenden *possessor,* vielleicht auch der gerade für die Verwaltung dieses Grundstücks eingesetzte *procurator* konnten als Vertreter des *possessor* in Bezug auf das *corpus* gelten, aber nicht ein *colonus* oder ein Usufruktuar, welche zwar nur *in possessione,* nicht selbst *possessores* waren, aber, da sie in ihrem eigenen Interesse das Grundstück hatten, nicht als namens des *possessor* das Grundstück innehabend angesehen wurden. In einer Dejektion dieser wurde folgeweise noch keine Dejektion des *possessor* selbst gesehen, dieser mußte vielmehr erst Kenntnis von der Dejektion des *colonus* erlangt haben und dann selbst an dem *ingredi in fundum* gehindert sein, bevor er als dejiciert angesehen werden konnte. Auch das schimmert vielleicht noch in den Worten Ulpians a. a. O.: *etiamsi ignoret eos deiectos, per quos possidebat* durch. — Bevor dann geprüft werden kann, ob schon in republikanischer Zeit bei dem Besitzerwerb eine Vertretung in Bezug auf eines der Besitzelemente zugelassen war, muß zunächst folgendes aus der spätern Entwickelung im voraus kurz erwähnt werden. Das spätere Recht kennt eine doppelte Vertretung beim Besitzerwerb: eine Vertretung des Erwerbers in Bezug auf das *corpus,* eine Vertretung sodann in Bezug auf beides, *animus* und *corpus.* Mit dem Vertreter bezüglich des *corpus* ist der Gehilfe bei Herstellung desselben nicht zu verwechseln: wenn ich einem mich begleitenden Lastträger oder Dienstmann Waren, die mir tradiert werden sollen, übergeben lasse, so ist ein solcher nicht Vertreter, sondern nur Gehilfe bei Herstellung meines faktischen Habens der Sache. Will jemand *corpore alieno* den Besitz erwerben, so muß er selbst den *animus possidendi* kundgeben, wer nur bezüglich des *corpus* vertreten will und soll, hat auch nicht den *animus alieno nomine possidendi,* sondern nur den Willen, den prinzipalen *animus possidendi* des Andern auszuführen, sein faktisches Haben, sein *corpus* in den Dienst des *animus* des Andern zu stellen. Es giebt aber auch eine Vertretung bezüglich des *animus possidendi.* Daß z. B. der Erwerb des Besitzes durch eine gewaltunterworfene Person für das *peculium,* welcher ohne Wissen des Gewalthabers vor sich gehen kann, so aufzufassen ist, unterliegt keinem Zweifel; *nam videmur,* sagt Paulus in l. 3 § 12 D. de acq. vel am. p. 41, 2, *eas eorundem et animo et corpore possidere.* Fraglich ist nur, wie der Satz: *per procuratorem etiam ignoranti possessio acquiritur* zu verstehen sei. Man faßt diesen Satz dahin auf, der in der Person des Erwerbers selbst erforderliche *animus possidendi* liege in dem dem *procurator* erteilten Mandat bezw. der nachfolgenden Ratihabition, streitet aber seit einem Aufsatze Bremers[1] über die Frage, ob der zum Erwerb erforderliche *animus possidendi* nur in einem Mandat zur Inbesitznahme einer speziell bezeichneten Sache oder auch in einem generellen Mandat zum Erwerb nur der Gattung nach bezeichneter Sachen, bezw. in einer Generalvollmacht zur Verwaltung eines ganzen Vermögens gefunden werden könne. Brinz[2] kämpft für die Auffassung, ein Aneignungswille des Prinzipals in betreff der wirklich in Besitz genommenen Sachen könne in der generellen Erwerbs- und Verwaltungsvollmacht nicht mehr erblickt werden, das General-

[1] Ztschr. f. Civilr. u. Prozeß N. F. XI, S. 211 ff.
[2] Pandekten S. 1603 ff. (2. Aufl. I, S. 519).

mandat sei mit nichten die durch die *affectio tenendi* bedingte Spezialität des *animus rem sibi habendi.* Meines Erachtens ist Brinz durchaus zuzustimmen, es ist aur noch weiter zu gehen und zu behaupten, daß in einem bloßen Mandat zum Erwerb auch einer speziell bezeichneten Sache nie der zum Besitzerwerb erforderliche *animus possidendi* liegt. Der *animus possidendi* ist ein prinzipaler Akt, er ist der die rechtlich anerkannte thatsächliche Herrschaft begründende konstituierende Willensakt. Die Vollmacht dagegen sowohl wie die nachfolgende Ratihabition sind nur accessorische Akte entscheidender Natur: die Vollmacht entscheidet, daß der *animo et corpore* des Vertreters begründete Besitz dem Vollmachtgeber erworben werde. Der Erwerb des Besitzes durch einen bevollmächtigten *procurator* ist kein bloßes *alieno corpore possidere,* sondern ein *alieno animo et corpore possidere.*[1] Von Paulus wird auch beides deutlich, Sent. V, 2 §§ 1 u. 2, nebeneinander gestellt. Nachdem in § 1 als das Regelmäßige, Normale hingestellt ist: *Possessionem adquirimus et animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno,* wird in § 2 als etwas Neues, Singuläres bemerkt: *sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est.* — Kehren wir nun zu unserer Frage zurück, ob schon in republikanischer Zeit eine Vertretung durch Dritte beim Besitzerwerb zugelassen sei. Es kann wohl keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß das *corpore alieno possessionem acquirere* schon in republikanischer Zeit zulässig war. Daß jemand Besitz erwerben kann durch einen Andern, der jenem bloß sein körperliches Haben zur Disposition stellt, dieses in den Dienst des Willens jenes stellt, ist, wie Windscheid mit Recht sagt, ein selbstverständlicher Satz, dem man schon in früher Zeit die Anerkennung nicht versagt haben wird. Anders steht es mit dem *et animo et corpore* eines Andern *acquirere.* Dabei handelt es sich um eine Anwendung der vom ältern römischen Recht prinzipiell ausgeschlossenen Stellvertretung bei der Vornahme von Rechtsakten, denn auch der Besitzerwerbsakt ist doch auch auf Hervorbringung eines Verhältnisses gerichtet, an welches rechtliche Wirkungen geknüpft sind. An späterer Stelle wird zu zeigen sein, wie erst allmählich in der Kaiserzeit der Satz: *per procuratorem etiam ignoranti possessionem adquiri* fest anerkannt ist. Wenngleich der Besitz dadurch, daß die Rechtsordnung unter bestimmten Voraussetzungen ihn als faktisches Haben,

[1] Nicht konsequent scheint mir die Auffassung Windscheids, Pandekten I⁷, § 73, A. 11, § 155, S. 452 zu sein. Er nimmt an, derjenige, welcher für einen Andern mit dem Willen desselben Besitz ergreife, vertrete denselben nicht in einer Willenserklärung, sondern in dem faktischen Haben der Sache; er sei Organ nicht des Willens des Andern, sondern seiner faktischen Beherrschung der Sache, der Besitzwille des Vertreters werde nicht dem Vertretenen als sein Willen angerechnet. Diese Auffassung hält aber Windscheid nur fest für den Fall, daß jemand den Auftrag zu der Inbesitznahme einer speziell bezeichneten Sache gegeben habe, nicht aber für Fälle, in denen dem Beauftragten eine Auswahl unter verschiedenen Sachen überlassen ist oder der Auftrag gar auf Verwaltung eines ganzen Vermögens geht. In diesen Fällen ist nach Windscheid der Vertreter zugleich Vermittler des Willensmoments, der Vertretene habe hier den Besitzwillen nur insofern, als derselbe sich durch den erteilten Auftrag im voraus das Wollen des Vertreters als sein Wollen angeeignet habe. Ich bezweifle, daß diese Auffassung der der Römer entspricht. Die Römer unterscheiden zwischen dem *animo nostro corpore alieno p. acquirere* und dem *per procuratorem p. acquirere.* Das letztere ist stets, auch wenn die Vollmacht auf die Inbesitznahme einer speziell bezeichneten Sache ging, ein *et animo et corpore* eines andern *p. acquirere;* wenn auch *voluntate nostra.* Die vorausgehende Vollmacht oder nachfolgende Ratihabition ist, wenn sie gleich als accessorischer Akt für den Besitzerwerb des Vertretenen unentbehrlich ist, nicht der diesen mit hervorbringende *animus possidendi.*

faktische Herrschaft über die Sache anerkennt, eine größere Stabilität gewonnen hat, als sie dem bloßen, von der Rechtsordnung ignorierten faktischen Haben zukommt, so bleibt sie doch immer ein faktischer Zustand und wird, von singulären, aus bestimmten Zweckmäßigkeitsgründen angenommenen Sätzen abgesehen, von der Rechtsordnung nur so lange anerkannt, als jener faktische Zustand irgend noch als fortdauernd angesehen werden kann. Etwas von den zum Besitzerwerb erforderlichen Elementen, *animus* und *corpus*, muß noch fortdauern, damit noch die *possessio* mit ihren Rechtsfolgen angenommen werden könne. Man möchte sagen, bezüglich des *corpus* sei dies denkbar, es lasse sich nicht bloß als Akt der Apprehension, sondern als ein dauernder Zustand vorstellen; anders verhalte es sich mit dem *animus*, denn dieser sei Willensakt, Entschluß: es sei undenkbar, daß der Besitzer stets von neuem den Entschluß fasse und bekunde, die Sache faktisch für sich zu haben. In Wahrheit ist der *animus* in Bezug auf die Fortdauer des Besitzes nicht als Willensakt, Akt des Entschlusses, sondern als Absicht, Gesinnung, Wille als Zustand zu denken. Daß man ihn sich, so verstanden, als etwas Dauerndes denken könne, ist wohl klar. Daß die Römer sich dieses Besitzelement nicht bloß als momentanen Akt, sondern als dauernden Zustand gedacht haben, zeigt der von ihnen aufgestellte Satz: *animo retinetur possessio.* Der Satz muß schon den republikanischen Juristen bekannt gewesen sein, denn sonst ließe sich nicht erklären, wie Labeo[1] in einem bestimmten Falle die Frage aufwerfen konnte, ob man bloß *animo* den Besitz erwerben könne.

Was den Besitzverlust betrifft, so können wir schon an dieser Stelle der Frage nicht ausweichen, welche Bewandtnis es mit der von Paulus in l. 153 D. de reg. iur. 50, 17 ausgesprochenen Regel habe: *Ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.* Ich muß gestehen, daß es mir seit lange sehr auffällig gewesen ist, wie die Interpreten so lange an der Savignyschen Ansicht festgehalten und festhalten, daß *utrumque* in unserer Stelle „eins von beiden" bedeute, wie man überhaupt zweifeln kann nach dem Zusammenhange der Stelle, daß Paulus das Wort in diesem Sinne nicht genommen habe. Durchaus muß ich ein paar neueren Schriftstellern[2] über den Besitz zustimmen, daß der Zusammenhang der Stelle notwendig zu der Annahme führt, Paulus habe *utrumque* hier in dem gewöhnlichen Sinne: beides zusammen genommen, gebraucht. Von den allgemeinen Sätzen, daß durch das gerade Entgegengesetzte des Akts, durch welchen wir uns verpflichten bezw. erwerben, wir befreit werden bezw. verlieren, wird eine Anwendung auf Besitzerwerb und Besitzverlust gemacht. Wie wir also keinen Besitz erwerben können *nisi animo et corpore*, so verlieren wir ihn auch nicht, wenn nicht *animus* und *corpus* ins Gegenteil verkehrt sind. Man müßte Paulus eines völligen Mangels an Logik bezichtigen, wenn er wirklich gesagt hätte: wie der Besitz nur *animo et corpore* erworben werden kann, so kann er auch nur *animo* oder *corpore* verloren werden. Könnte an jenem Sinne von Paulus' Ausspruch noch ein Zweifel bestehen, so müßte er doch dadurch gehoben werden, daß wir einer Behauptung desselben Sinnes von Papinian in l. 46 D. de acq. vel am. p. 41, 2 begegnen: *ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio quae solo animo*

[1] L. 51 D. de a. v. a. p. 41, 2.

[2] Kindel, Grundlagen des röm. Besitzrechts S. 261. Kniep, Vacua possessio S. 135 f.

tenetur. Ein Teil des Anstoßes, den der Satz des Paulus in dem eben dargelegten Sinne zu erregen geeignet ist und wirklich erregt hat, wird beseitigt durch die richtige Begrenzung seines Inhalts, wie sie neuerlich Kniep[1] gegeben hat. Die Regel bezieht sich nicht auf den unfreiwilligen Besitzverlust, z. B. durch Tod des Besitzers, Dejektion u. dergl., sie bezieht sich nur auf Besitzverlust durch *in contrarium agere*, den freiwilligen Besitzverlust. In dieser Begrenzung genommen, besagt der Satz also, daß niemand den Besitz aufgeben könne durch bloßes Aufgeben des *animus possidendi* oder durch bloßes Aufgeben des *corpus*, sondern daß freiwilliger Besitzverlust nur eintrete durch Aufgeben des *animus possidendi*, verbunden mit Aufgeben des *corpus possidendi*. Auch in dieser Begrenzung stimmt der Satz nicht zu sonstigen Aussprüchen unserer Quellen (vgl. l. 44 § 2 D. de ac. vel am. p. 41, 2: — *nam eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore* etc.). Meines Erachtens ist der Satz nun nicht etwa eine neue, etwa von Paulus aufgestellte Regel,[2] denn Paulus sagt selbst an anderer Stelle mit großer Bestimmtheit, l. 3 § 6 D. de ac. vel am. p. 41, 2: — *itaque si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. igitur amitti et animo solo potest, quamvis adquiri non potest.* Es ist in hohem Grade unwahrscheinlich, daß Paulus jenen mit diesem Ausspruch so in Widerspruch stehenden Satz selbst formuliert oder ihn, falls er erst von einem seiner Zeitgenossen aufgestellt wäre, acceptiert haben sollte. Anders liegt die Sache, wenn wir es mit einer von alters her überlieferten Regel zu thun haben. Eine solche konnte er immer (wir wissen ja nicht, in welchem Zusammenhange und mit welcher Restriktion etwa er es that) noch anführen, auch wenn sie für seine Zeit nicht mehr für alle Fälle zutraf. Meines Erachtens liegt hier in der That eine von der republikanischen Jurisprudenz formulierte Regel vor, die bei weiterer Ausbildung der Besitzlehre antiquiert worden ist. Es ist schon früher darauf hingewiesen worden, daß die republikanische Jurisprudenz die rechtliche Annahme des thatsächlichen Habens steifer und ungelenker gehandhabt zu haben scheint, als die der Kaiserzeit. Es zeigt sich dies namentlich an unserem Satz. Er ist eine Anwendung der ohne Zweifel sehr alten, insbesondere auf Kontrakte sich beziehenden Regel, wonach der *contrarius actus*, um die durch den Begründungsakt erzielte Wirkung wieder aufheben zu können, demselben genau kongruent sein muß. In Anwendung auf den Besitz hieß das: wie der Besitz *animo et corpore* begründet wird, so kann er auch nur *animo et corpore* aufgehoben werden. Danach hörte z. B. durch Verlassen der *saltus aestivi* während der rauhen Jahreszeit durch den Besitzer das *corpus* zwar, aber nicht der Besitz auf, denn der *animus* war nicht in das Gegenteil verkehrt, der *animus revertendi* oder *retinendae possessionis* konservierte dem Besitzer das vom Recht angenommene thatsächliche Haben. Das *„animo retinetur possessio“*, streng genommen, paßt nur unter der Voraussetzung des Satzes: *ut nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.* Aber auch das bloße

[1] A. a. O. S. 129 f.

[2] Der unglückliche Paulus hat sich wegen des im Text besprochenen Satzes sehr harte Worte sagen lassen müssen. Pininski, Thatbestand des Sachbesitzerwerbs I, S. 156, bezeichnet ihn als hohle Phrase; Ihering, a. a. O. S. 282, zeiht Paulus des souveränen Übermuts des sich in sich selbst zurückziehenden juristischen Denkens gegenüber dem positiven Recht, eines wahren Paroxismus des Konstruierens. Auch einer praktischen Autorität, wie Papinian, wird wegen der im Text erwähnten Äußerung eine verfehlte formalistische Konstruktion vorgeworfen.

kundgegebene *nolle possidere*, die Aufgabe des *animus possidendi* bei fortwährendem *esse in fundo* oder bei fortdauernder Detention der beweglichen Sache hob den Besitz nicht auf, man hätte hier sagen können: *corpore retinetur possessio*. Zur Zeit der unbeeinträchtigten Geltung unserer Regel war also ein *constitutum possessorium* nicht möglich. So war auch zum Eigentumsverlust durch Dereliktion außer dem Aufgeben des Eigentumswillens nicht das bloße *constituere nolle possidere* genügend, sondern das Aufgeben des *corpus*, also das Verlassen des Grundstücks, das Wegwerfen der beweglichen Sache erforderlich. Obwohl die Juristen der Kaiserzeit sich von der Herrschaft der Regel freigemacht hatten, so beziehen sie sich doch hier und da noch auf dieselbe in einem Falle, wo sie noch zu passen schien. So beruft man sich gerade in dem erst nach späterem Recht möglichen Fall, wo jemand durch das heimliche Okkupieren seines Grundstücks von seiten eines Andern in der Abwesenheit jenes den Besitz noch nicht verlor, auf die alte Regel (l. 46 D. de ac. vel a. p. 41, 2), und bei der Besprechung dieses Falles scheint auch Paulus auf die alte Regel Bezug genommen zu haben (l. 8 in Verbindung mit l. 6 § 1 D. eod. tit.). —

Nicht bloß dogmatisch, sondern auch für das früher behandelte Problem der historischen Entstehung des Besitzbegriffs von Interesse ist die Frage, was die Römer zur Ausübung des Besitzes erforderlich angesehen haben. Meines Erachtens haben sie dazu nie ein wirkliches Gebrauchen der Sache nach Weise eines Eigentümers, oder ein Hineinziehen der Sache durch Arbeit in unsern wirtschaftlichen Dienst, ein Hineinlegen der Arbeit in die Körper der Natur, ein thatsächliches wirtschaftliches Gebrauchen und Benutzen[1] verlangt. Solches allgemeine Gebrauchen und Benutzen kann ja allerdings den die Sache für sich Gebrauchenden als den Besitzer dokumentieren, aber einmal ist das Gebrauchen der Sache kein sicheres Zeichen des Besitzens, da auch der Pächter, der Usufruktuar die Sache für sich gebrauchen kann, andererseits geht es hinaus über das, was zum Besitzen erforderlich ist, denn auch der Pfandgläubiger ist Besitzer und darf doch die Sache nicht gebrauchen. Der Besitzer, der in dem Gebrauchen, z. B. im Bauen, Säen auf dem Grundstück, gestört wird, erleidet dadurch zwar auch eine Störung seines Besitzes, aber nur deshalb, weil er dadureh notwendig auch in dem Haben des Grundstücks gestört wird. Zum fortdauernden Besitzen ist keine Gebrauchshandlung nötig, sondern nur das faktische Haben, das *habere*, und nicht einmal das unmittelbare natürliche Haben, sondern das Haben, soweit und solange es noch von der Rechtsordnung als solches anerkannt wird, und für die Regel wird allerdings die Rechtsordnung noch die Fortdauer einer durch die Verkehrsmeinung angenommenen faktischen Relation zwischen der Person und der Sache verlangen.[2] Man darf sich an dem Gesagten dadurch nicht irre machen lassen, daß von Gallus Aelius bei Festus und von Javolenus in l. 115 D. de verb. sig. 50, 16 *possessio* als *usus quidam agri aut aedificii*, als *usus loci* definiert wird, denn in beiden Äußerungen handelt es sich um eine Definition der *possessio* im Gegensatz der *proprietas*, und dabei erschien das Wort *usus* am geeignetsten, um den Gegensatz zu charakterisieren, denn man muß sich vor Augen halten, daß *habere*

[1] Pininski, Thatbestand des Sachbesitzerwerbs I, namentlich S. 131 ff., S. 137.

[2] So führt bei beweglichen Sachen im allgemeinen schon die *neglecta* und *omissa custodia* den Untergang des Besitzes herbei, bei Sklaven dagegen ist Fortdauer einer *custodia* über denselben nicht erforderlich: der *animus revertendi*, der ihnen innewohnt, erhält dem Herrn den realen (nicht bloß den fiktiven) Besitz an ihnen (l. 47 D. de a. p. 41, 2).

sich nicht so gut dazu eignete, weil „*habere dupliciter accipitur, nam et eum habere dicimus, qui rei dominus est*“ u. s. w. (l. 38 § 9 D. de verb. obl. 45, 1). Daß Javolenus unter dem *usus* nicht mehr als ein faktisches Haben verstand, zeigen die Worte: *quidquid enim adprehendisums, cuius proprietas ad nos non pertinet aut nec potest pertinere, hoc possessionem appellamus: possessio ergo usus* u. s. w. Auch wenn jemand ein Grundstück nicht *excoluit*, sondern nur *in spem colendi* okkupiert hat, ist er, vorausgesetzt, daß das Land überhaupt Gegenstand einer *possessio* sein kann, juristischer Besitzer desselben. An dieser Stelle ist zu fragen, ob die Lehre vom Vermögenswert des Besitzes schon in republikanischer Zeit bestanden habe. Bruns,[1] ausgehend von der Erwägung, daß sie eine große Reife der juristischen Spekulation voraussetze, behauptet, sie sei erst von der Jurisprudenz der Kaiserzeit, obgleich immerhin ziemlich früh, ausgebildet worden. Meines Erachtens muß die Erkenntnis, daß der Besitz als solcher, bezw. das Interesse, das sich für den Besitzer an ihn knüpft, einer Schätzung in Geld fähig sei, schon ziemlich weit in die republikanische Zeit zurückreichen. Denn wenn Servius nach Ulpians Bericht in l. 3 § 11 D. uti possid. 43, 17 die Meinung äußerte, *tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est*, so scheint er das wohl zur Erläuterung der Formelworte *quanti res est* gethan zu haben. Wie sollte sich überhaupt bei Festhaltung des Grundsatzes der Geldkondemnation die Durchführung des auf *restituere possessionem* gerichteten *secutorium iudicium* im Interdiktsprozeß denken lassen, wenn man nicht schon die *possessio* einer Schätzung in Geld für fähig erachtet hätte? Die hier nicht zu umgehende Frage ist die, wie sich die Römer überhaupt diese Schätzung vorgestellt haben. Von vornherein ist zu konstatieren, daß sie sich dabei die *fructus* der *possessio* noch immer als etwas von derselben zu Unterscheidendes gedacht haben. Paulus in l. 21 § 2 D. quod met. c. 4, 2 bezeichnet als Ziel der *actio quod m. c.* in dem dort besprochenen Fall die *possessio cum fructibus*, er unterscheidet also *fructus* der *possessio* von dieser selbst. Wenn Bruns sagt, die bei Veranschlagung des Besitzwerts in Betracht zu ziehenden Besitzvorteile beständen im allgemeinen namentlich im Genusse des Besitzens selber, d. h. im Gebrauche und der Fruchtnutzung der Sache, so läßt er dabei außer acht, daß die *fructus* der *possessio* von dieser selbst unterschieden werden. Bei Bruns' Auffassung wäre, wie er selbst zugesteht, der Vermögenswert des Besitzes nicht absolut für einen bestimmten Augenblick zu berechnen, sondern wesentlich von der Dauer des Besitzes abhängig. Dadurch gerät man aber in kaum zu lösende Schwierigkeiten, denn zu erweisen, wie lange der etwa dem Kläger entzogene oder vorenthaltene Besitz desselben gedauert haben würde bezw. dauern werde, scheint nicht möglich. Die Römer werden sich die Schätzung des Besitzwerts nicht in dieser Weise vorgestellt haben, denn sonst würden sie wohl auf jene dabei unvermeidliche Schwierigkeit hingewiesen haben. Brinz[2] behauptet, daß der Besitz als ein bloß faktisches Haben nicht zum Vermögen gehöre und als solcher einen Geldwert nicht habe, sondern „daß nur anläßlich eines Eingriffs in den Besitzstand oder sonst rechtlosen Abhandenkommens ihre (der *possessio*) Restitution und Prästation zum Gegenstand einer civilen oder honorarischen Haftung oder Aktion und nur in Gestalt dieser Haftung oder Aktion zum Vermögen des Klägers werde.“ Daran ist richtig, daß bei einzelnen auf Restitution eines entzogenen Besitzes gerichteten Rechtsmitteln es nicht bloß

[1] A. a. O. S. 198. [2] Pandekten II, 653 ff., I², S. 449.

der Wert der *possessio* ist, welcher deren Ziel bildet, sondern daß bei der Schätzung alles in Betracht kommt, *quaecunque habiturus vel consecuturus erat is, qui vi deiectus est, si vi deiectus non esset.* Das ändert aber daran nichts, daß nach Abzug dessen, was ein Dejizient weiter infolge seines Delikts schuldig geworden ist, bezw. aller zufälligen Vorteile, deren Vorbedingung der Besitz ist, immer noch eine *nuda possessio* bleibt, welche in Wendungen wie *non quanti fundus est, sed quanti possessio est* und *longe aliud est rei pretium, aliud possessionis* einer Schätzung für fähig erklärt wird. Die Wendung, nicht der Besitz, sondern die durch Rechtlosigkeit begründete *actio persecutio* sei im Vermögen, umgeht die Sache. Denn auch solche *actio persecutio* könnte nicht im Vermögen sein, wenn nicht das verletzte Verhältnis selbst einen Vermögenswert hätte, denn um Veranschlagung eines Affektionsinteresses zu Gelde handelt es sich hier doch gewiß nicht. Der Wert der *possessio* war gewiß verschieden zu taxieren je nach der *causa*, aus welcher er erworben war. Hat der Besitzer die *possessio* durch Kauf erworben, so wird das Interesse, was er an dem *possessionem retinere* hat, mindestens in dem für die *possessio* gegebenen Kaufpreis bestehen: ist ihm die *possessio* zur Pfandsicherheit für eine Forderung übertragen, so macht mindestens der Forderungsbetrag das Interesse aus, was er an dem Besitz hat; hat er den Besitz ohne allen Rechtsgrund erworben, so wird, was er selbst als Besitzeswert einem andern herauszugeben verpflichtet ist, den Betrag seines Interesses bilden. Es liegt auf der Hand, daß nach der zu Grunde liegenden *causa* der Betrag des sich an die *possessio* knüpfenden Interesses ein verschiedener sein und unter Umständen den Sachwert erreichen kann. Ein bloßes faktisches Haben ist es ja nicht, was hier der Schätzung in Geld für fähig erklärt wird, sondern ein von dem Recht als solches anerkanntes faktisches Haben. Gerade diese Abschätzbarkeit des Besitzes zu Gelde (und die wieder damit zusammenhängende Möglichkeit, den Besitz zum Inhalt von Vermögensrechtsgeschäften zu machen) zeigt, daß der Besitz geschützt wird um des rechtlichen Interesses willen, welches sich für die Person an ihn knüpft. Sie zeigt aber auch, daß der Besitz keineswegs bloß geschützt wird um des Eigentums willen, sondern die Interessen, um derentwillen der Besitz geschützt wird, sind viel mannigfaltigere. Von den Rechten, wie Eigentum, Servituten, unterscheidet sich der Besitz dadurch, daß bei jenen das sich in ihnen verkörpernde Interesse ganz unabhängig von der Weise, wie das Recht erworben ist, abgeschätzt wird (ob ich das Eigentum einer Sache billig oder teuer erworben habe, macht für die Abschätzung des Werts meines Eigentums im Eigentumsprozeß nichts aus), während das Interesse, das sich an den Besitz knüpft, nicht aus ihm selbst erhellt, sondern sich nach der *causa*, durch welche, oder der Weise, auf welche ich (bezw. mein Erblasser) den Besitz der Sache erworben haben, richtet.

Das Interesse, welches sich an den Besitz knüpfte, konnte auch einmal das *rei pretium* übersteigen, in l. 6 D. de vi 43, 16 wird dies geradezu gesagt: *nam saepe actoris pluris interesse hominem retinere, quam quanti is est* u. s. w. Das *interdictum de vi* auf ein solches höheres Interesse gehen zu lassen, hatte kein Bedenken, da hier der Anspruch aus dem Delikt der Gewaltthätigkeit entsprang. Anders verhielt sich die Sache bei dem *interdictum uti possidetis.* Sollte man hier auch das an die Sponsionsklagen sich anschließende *secutorium iudicium* auf Restitution des Besitzes unbeschränkt auf das Interesse gehen lassen, auch wenn dieses den Sachwert überstieg? Von hier fällt meines Erachtens ein Licht auf das Ediktsstück in l. 1 pr. D. uti possid. 43, 17: *neque pluris, quam quanti*

res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam. Ohne Bedenken schließe ich mich denen an, welche diese Stelle auf das *iudicium Cascellianum sive secutorium*, welches *de reciperanda possessione* gegeben wurde, beziehen. In republikanischer Zeit mag die Behauptung aufgetreten sein, daß auch in diesem *iudicium* die Schätzung des Werts der *possessio* unter Umständen den Sachwert übersteigen könne, worauf aber leicht erwidert werden mochte, daß dies hier, wo es sich nicht um Abschätzung der Folgen eines Delikts handle, sein Bedenken habe. Servius[1] stellte die Meinung auf, der Wert des Besitzes sei immer so hoch als der Sachwert zu schätzen, über den Sachwert wollte er also nicht hinausgehen. Besser half der etwas jüngere A. Cascellius, wenn wir annehmen dürfen, daß er der Urheber des sog. *Cascellianum iudicium*, bezw. des vorher angeführten Ediktsstücks ist. Nach dem Inhalt des letztern kann die Schätzung des Besitzwerts im *secutorium iudicium* wohl unter dem Sachwert bleiben, aber sie darf nicht darüber hinausgehen. Lenel[2] fragt, wann in aller Welt der Prätor Aktionen auf *„neque pluris quam quanti ea res erit"* erteilt habe. Im vorhergehenden glaube ich nachgewiesen zu haben, daß Cascellius guten Grund hatte, in vorliegendem Fall die *condemnatio* seiner *formula* mit einer gewissen *praefinitio* zu fassen; etwa so: *quanti ea res erit, non tamen pluris quam ipsa res erit, c. s. n. p. a.*

Der Gang des durch die Besitzinterdikte veranlaßten Prozesses ist an dieser Stelle noch nicht zu betrachten, ebensowenig soll hier das materielle Recht der Besitzinterdikte dogmatisch im einzelnen dargelegt werden. Nur auf einen Punkt dieses materiellen Rechts, welcher ein besonderes historisches Interesse hat, ist hier einzugehen, nämlich auf die viel verhandelte Frage, ob das *interdictum uti possidetis* vermöge des bekannten Zusatzes *nec vi nec clam nec precario* rekuperatorisch wirken könne? Der auf die *tria vitia possessionis* bezügliche Zusatz in dem *interdictum uti possidetis* zeigt in der ältern, uns von Festus überlieferten Formel dieses Interdikts eine andere Fassung, als in der jüngern von Ulpian aufbewahrten. In jener[3] heißt es: *Uti nunc possidetis eum fundum, q. d. a., quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis* u. s. w., in dieser:[4] *Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus* u. s. w. Die Ansicht Schmidts[5] geht dahin, hier nichts weiter als eine einfachere Konstruktion, eine Abschleifung der ursprünglichen Fassung der *exceptio vitiosae possessionis* anzunehmen, welche soweit gegangen sei, daß die *exceptio* ganz der Form der Ausnahme entkleidet und lediglich als einfache Negation dem Interdiktensatz einverleibt sei. Eine materielle Rechtsänderung soll mit dieser Abschleifung der Form nicht verbunden gewesen sein, der Zusatz soll auch später nur die Kraft einer *exceptio* gehabt haben, so daß der vom Gegner vitiös Besitzende zwar nicht gegen jenen mit dem *interdictum uti possidetis* habe durchdringen, aber auch jener vermöge dieses Interdikts den Besitz von diesem nicht habe wiedererlangen können. — Der Zusatz des ältern Formulars: *quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis* ist in der That eine *exceptio*, er bildet, wie auch sonst die *exceptio*, einen eigenen Zwischensatz, welcher dieses Formelglied als nicht zum Grundgedanken der Formel gehörig kenntlich macht. Für die Zeit, in welcher das auf die *vitia possessionis* bezügliche Glied der Interdiktsformel diese Fassung einer *exceptio* an sich trug, halte ich die Schmidtsche

[1] L. 3 § 11 D. uti p. 43, 17. [2] Edictum S. 379.
[3] v. *possessio* p. 233. [4] L. 1 pr. D. uti poss. 43, 17.
[5] Interdiktenverfahren S. 113 ff.

Lehre, daß das *interdictum uti possidetis* nicht die sog. rekuperatorische Wirkung gehabt habe, für richtig. Daß aber die Veränderung der Fassung in der spätern Formel lediglich die formelle Bedeutung einer Vereinfachung der Konstruktion gehabt habe, dürfte nicht zutreffen. Schmidt selbst giebt zu, daß der Name *exceptio* für solche Negation, wie sie in dem *nec vi nec clam nec precario* der spätern Formel vorliegt, nicht hätte erfunden werden können; andererseits sei es natürlich, daß der alte Name da, wo er ursprünglich begründet war, sich erhalten habe. Indessen dafür, daß man auch jene Negation noch als *exceptio* bezeichnet habe, mangelt der Beweis, denn l. 1 § 11 D. de itinere actuque pr. 43, 19 kann als ein solcher nicht angesehen werden. Nach dieser Stelle überläßt jemand ein Grundstück, mit welchem eine *servitus viae* an einem Nachbargrundstück verbunden ist, einem andern *precario*. Dieser andere, wahrscheinlich weil er keine Kenntnis von der Servitut hat, wirkt sich vom Eigentümer des Nachbargrundstücks *precario* aus, daß er der *via* über dieses nach jenem ihm *precario* überlassenen Grundstück sich bedienen dürfe. An sich würde er, da durch ihn der *precario concedens*, dem die *servitus viae* zusteht, die Gerechtigkeit, und zwar *non precario*, ausübt, mit dem *interdictum de itinere* gegen den Eigentümer des dienenden Grundstücks durchdringen müssen, aber da er selbst die Benutzung der *via* durch jene Verabredung *precario* erwirkt hat, so kann ihm auf Grund dieser Beredung eine *exceptio* opponiert werden. Es ist also keineswegs der ständige Zusatz des Interdikts *nec vi nec clam nec precario*, welcher hier als *exceptio* bezeichnet wird. Von dem *nec vi nec clam nec precario* heißt es: *perpetuo haec interdicto insunt*; ein solcher Ausdruck kann nicht von einer *exceptio*, auch wenn sie einen ständigen Bestandteil des Formulars bildet, gebraucht werden, sie wird doch immer nur der Formel inseriert, ist eine *adiectio* derselben. In dem späteren Formular bildet der auf die *vitia* sich beziehende Zusatz einen Teil des Grundgedankens des Interdikts, und darin liegt nicht bloß etwa eine Abschleifung der frühern Form, sondern eine materielle Rechtsänderung. Mit dieser Änderung der Formel war nun dem *interdictum uti possidetis* die rekuperatorische Wirkung verliehen. Indem der Prätor den Parteien sagte: derjenige von euch soll *potior* sein, welcher dem Gegner gegenüber nicht fehlerhaft besitzt, sagte er *eo ipso*, daß, falls die eine Partei der andern gegenüber fehlerhaft besitze, dann diese andere *potior* sein, siegen, den Besitz erlangen solle.

II. Das Eigentum.

A. Allgemeine Geschichte des Eigentums.

§ 26. Es war schon früher die Vermutung geäußert, daß die Italiker, nachdem sie in die Apenninhalbinsel eingewandert, zunächst in der Poebene einen längern Halt gemacht und hier die ersten Grundlagen ihrer eigentümlichen Entwickelung ausgebildet haben. Diese Vermutung ist dadurch bestätigt worden, daß in der Poebene in den sogenannten Terremare der Lombardei und der Emilia Reste uralter Niederlassungen in großer Anzahl ausgegraben worden sind, welche namentlich Helbig[1] mit großer Wahrscheinlichkeit auf jene altitalische Bevölkerung zurückgeführt hat. Die Ausgrabungen haben gezeigt, daß die Italiker schon in der Poebene nicht vereinzelt oder in offenen Dörfern

[1] Die Italiker in der Poebene, namentlich S. 40 ff.

wohnten. Die Niederlassungen liegen durchweg in der Nähe von Flüssen oder Bächen und bilden Oblonge, deren Schenkel nach den vier Himmelsgegenden orientiert sind. Die Bevölkerung eines Pfahldorfes wohnte dicht nebeneinander innerhalb eines beschränkten Raumes, welcher nach außen durch Graben und Wall abgeschlossen war. Die erhaltenen Reste zeigen, daß diese Bevölkerung sich vorzugsweise der Viehzucht und eines primitiven Feldbaues befliß, daß dagegen die Jagd von ihr nur in geringem Umfange betrieben wurde. Unter erschwerenden Umständen hielt sie an dem Ackerbau fest. Als bezeichnende Charakterzüge für dieses Volk ergeben sich aus manchen nicht zu mißdeutenden Spuren: Neigung und Begabung für bäuerliche Thätigkeit, Anhänglichkeit an die Scholle, ein Sichfügen in abgeschlossene gesellschaftliche Organismen. Nach Helbigs treffendem Urteil zeigt sich die den Italikern gleichsam im Blute liegende Tendenz, fest organisierte und nach außen abgeschlossene Gemeindeverbände zu bilden, zum erstenmal in dem Pfahldorf in der Poebene. Von anderer Seite[1] ist dann nicht mit Unrecht geltend gemacht, daß, wenn jene Tendenz sich schon in den ältesten Zeiten so intensiv geltend machte, dieselbe auch bei der Ausbreitung der Italiker über die Halbinsel auf die Formen der Siedelung mächtig eingewirkt haben werde, daß bei dieser Siedelung der enge, durch geschlossene und mehr oder weniger umfangreiche Niederlassungen repräsentierte Wohnverband im allgemeinen vorgeherrscht haben werde. Die Nachkommen der Italiker der Poebene, die Latiner, dürften kaum jenen gegenüber einen Rückschritt in der Kultur gemacht haben und zu einer primitivern Form des Wohnens zurückgekehrt sein. In der ungeschützten latinischen Küstenebene trat das Bedürfnis möglichster Sicherung und Festigung der Niederlassungen besonders stark hervor. Man darf, wenn man das und den Zusammenhang der Latiner mit den Italikern der Poebene erwägt, mit Pöhlmann die Existenz geschlossener Siedelungen mit Wall und Graben von Anfang an in Latium voraussetzen. Das spiegelt sich klar in den erhaltenen einheimischen Sagen wieder. Überall erscheint in ihnen die Stadt schon im Anfang der Entwickelung des Volks. „Entweder beginnen sie (die Sagen) mit der Gründung einer Stadt oder setzen städtisches Leben als bereits bestehend voraus.“[2] Alles spricht dafür, daß, als die Italiker Altlatium zu besiedeln begannen, die Siedelungen im allgemeinen nicht vereinzelt, sondern in gesellschaftlicher Konzentrierung stattfanden, ja daß bei dieser Ansiedelung bereits die Sippen, die Geschlechtsgenossenschaften einem höhern Verbande, der Gemeinde, eingegliedert waren. Die Okkupation des Landes fand nicht durch die Einzelnen, auch nicht durch die Geschlechtsgenossenschaften, sondern durch die bereits bestehende Gemeinde statt. Dafür spricht die eingewurzelte Vorstellung, daß das Eigentum der Einzelnen an ihren Grundstücken auf eine Assignation von seiten der Gemeinde zurückgeht. Die Gemeinde als solche ist die ursprüngliche Eigentümerin des von ihr okkupierten Bodens, die Gründung einer Kolonie unterscheidet sich nach römischer Auffassung nur dadurch von der Gründung des römischen Staats, daß sie von einem bereits bestehenden souveränen Gemeinwesen ausgeht, welches der Kolonie auch das für sie bestimmte Territorium zuweist, während die Gründung des ältesten römischen Staats originäre Gemeindegründung gewesen sein wird. Die Tradition läßt das Privateigentum an Grundstücken mit der Gründung des römischen Staats

[1] R. Pöhlmann, Die Anfänge Roms S. 32 ff. [2] Nissen, Das Templum S. 94.

beginnen: ein Teil der Feldflur wird nach ihr vom Stadtgründer nach kleinen Parzellen den einzelnen Bürgern zu Privateigentum assigniert. Daß die Tradition hier das Richtige getroffen habe, werden wir annehmen dürfen, wenn wir einerseits erwägen, welches Stück Geschichte die Vorfahren der den römischen Staat gründenden Latiner schon in Italien durchgemacht, andererseits nicht außer acht lassen, daß „die latinischen Kolonisten das der Bebauung fähige Land keineswegs durchgängig in unberührtem Zustande als wilden Fruchtboden vorfanden, sondern daß bereits von einer frühern Bevölkerung in Latiums Wäldern und Sümpfen das Werk der Kultur wenigstens in Angriff genommen war". Man kann also nicht gegen ein solches Alter des Sondereigentums an Grund und Boden geltend machen, daß in den Anfängen der Kultur das nutzbare Land nicht durch die in der Isolierung unzureichende Kraft des Einzelnen, sondern durch die vereinte Arbeit wirtschaftlicher Verbände verwertet werde. Denn die den römischen Staat gründenden Latiner standen nicht mehr in den ersten Anfängen der Kultur: sie brachten schon aus ihrer frühern Heimat ein beschränktes Kulturkapital mit, welches sie nach einigen Richtungen inzwischen vermehrt hatten, sie fanden in Latium keinen durchaus jungfräulichen Boden vor, dessen Bezwingung ganz von vorn in Angriff zu nehmen gewesen wäre. Die Parzelle endlich, welche der Einzelne zugewiesen erhielt, war so klein, daß sie wohl durch die vereinigte Kraft des *paterfamilias* und der ihm untergebenen Familie bewältigt werden konnte; denn ein bedeutender Teil der von der Gemeinde okkupierten Flur blieb von Anfang an allerdings der gemeinschaftlichen Benutzung reserviert. Nur Hypothesen lassen sich darüber aufstellen, wie in jener ältesten Zeit des römischen Staats bei den Landanweisungen verfahren sein möge. Doch ist es nicht wahrscheinlich, daß der Grundstock des *ager romanus* durch Viritanassignation an einzelne Bürger aufgeteilt worden ist. Darauf läßt ein bemerkenswerter Unterschied in der Benennung der römischen *tribus* schließen. Eine ganze Anzahl der ältesten römischen *tribus rusticae* ist nach den Namen patrizischer *gentes* benannt. Es deutet dieses darauf hin, daß in diesen den Patriziern ihre Grundstücke nach *gentes* assigniert waren, die Grundstücke der Angehörigen der betreffenden *gens* also zusammenhängend in derselben *tribus* lagen, wenn auch eine solche *tribus* durch Zuschlagung von Gebieten, welche *viritim* verteilt waren, vergrößert werden mochte. Bestätigt wird solche Annahme durch das, was über die Entstehung der *tribus Claudia* bei Liv. II, 16 berichtet wird. Alle späteren *tribus* dagegen, deren Bildung nachweislich lediglich die Folge von Viritanassignationen gewesen ist, sind nach Städten, Flüssen oder Örtlichkeiten benannt. Nur ein innerhalb des *ager romanus*, also innerhalb einer der römischen *tribus* gelegenes Grundstück konnte im Eigentum *ex iure Quiritium* stehen. Dieser *ager romanus* wurde allmählich erweitert, es wurden neue *tribus* gebildet, und somit erweiterte sich allmählich die Zahl der Grundstücke, welche im quiritischen Eigentum stehen konnten. Am deutlichsten zeigt sich das in dem, was Gellius XX, 11, 9 aus juristischen Büchern zur Erklärung der Vindikationsformeln beibringt. *Sed postquam praetores, propagatis Italiae finibus, satis iurisdictionis negotiis occupati, proficisci vindiciarum dicendarum causa ad longinquas res gravabantur* etc. Die alten Tribus lagen alle in Rom benachbarten Gegenden, wie ausdrücklich Verrius Flacius (Fest. p. 277 v. viatores) in den Worten berichtet: *eo quia initio omnium tribuum cum agri in propinquo erant urbis atque assidue homines rusticabantur, crebrior opera eorum (sc. viatorum) erat in via — — —*. Damals war es nicht allzu be-

schwerlich für die Konsuln, dann die Prätoren gewesen, sich zum Zweck des *in iure manum conserere* auf das in der Nähe Roms belegene streitige Grundstück zu begeben. Als das Tribusgebiet sich erweiterte und Vindikationen von Grundstücken, welche weit von Rom entfernt waren, vorkamen, war es nicht mehr durchzuführen, daß der Prätor sich selbst zu solchem Grundstück begab. — Grundstücke aber, welche zum Gebiet einer *colonia latina* oder dem einer mit Rom föderierten noch souveränen Gemeinde gehörten, konnten nicht im Eigentum *ex iure Quiritium*, sondern nur im Eigentum nach dem Recht der betreffenden Gemeinde stehen. Es gab also damals Grundstücke in Italien, welche nicht im Eigentum *ex iure Quiritium* stehen konnten. Die Bezeichnung: *Ager romanus* scheint man für das erweiterte Tribusgebiet nicht gebraucht zu haben, und zwar wohl deshalb, weil diese Bezeichnung immer noch für das ursprüngliche Gebiet, welches eine gewisse sakralpolitische Bedeutung behielt, beibehalten wurde. Aber daß man das erweiterte Tribusgebiet als *ager Romanus* dachte, drückt sich auch äußerlich darin aus, daß man das ursprüngliche Gebiet als *antiquus ager* bezeichnete.[1] *Ager romanus* oder Tribusgebiet und *Italia* im rechtlichen Sinne deckten sich noch nicht. Es gab aber früh schon eine *Italia* im rechtlichen Sinne. Wer daran zweifeln wollte,[2] den erinnere ich daran, daß die *lex Furia* über *sponsores* und *fidepromissores* nach Gai. III, 121[a] u. 122 *tantum in Italia* gelten sollte; ferner an die formelhafte Bezeichnung der *socii nominisve Latini, quibus ex formula togatorum milites in terra Italia imperare solent*, wonach also auch die Gebiete dieser *socii* und *Latini* als zur *terra Italia* gehörig bezeichnet werden, und in Verbindung damit daran, daß die *sacrosancta vacatio militiae*, deren die Küstenkolonieen sich erfreuten, nur dann nicht galt, *cum in Italia hostis esset* (Liv. XXVII, 38), d. h. wenn ein Kriegsfeind im Gebiet der Wehrgenossenschaft selbst stand; weiter daran, daß in der *lex agraria* vom Jahre 643 häufig vom *ager publicus populi Romani, qui in terra Italia est* oder *fuit*, die Rede ist. Der *ager publicus* gehörte nicht zum Tribusgebiet, also in diesem Sinne nicht zum *ager Romanus:* indem er als *in terra Italia* belegen bezeichnet wird, ist ein bestimmter Begriff dieser *terra Italia* im Gesetz vorausgesetzt. Ich erinnere auch daran, daß der *dictator* nach altem Rechtssatz nicht *extra agrum romanum* ernannt werden konnte. Erweiternd legte man das später dahin aus, daß er in *Italia* ernannt werden könne, wobei also wieder ein ganz bestimmter Bezirk als *Italia* gedacht sein mußte. Erwähnt möge auch werden die Äußerung bei Gell. I, 12: — *Praeterea Capito Ateius scriptum reliquit, neque eius legendam filiam, qui domicilium in Italia non haberet* etc. Wenn endlich den Konsuln vom Senat regelmäßig *Italia* als Provinz dekretiert wurde, wenn nach Senatsbeschluß die Konsuln *per totam Italiam feriae* auferlegten (Liv. 40, 19: *edixerunt, ut per totam Italiam triduum supplicatio et feriae essent*), so muß damit auch ein ganz bestimmter Begriff verbunden gewesen sein. Wenn Gesetze und Beschlüsse einfach von *Italia* sprechen, so muß der damit bezeichnete Bezirk nicht als ein unbestimmter, sondern als ein nach seinen Grenzen völlig feststehender gedacht sein. Ungefähr kennen wir diese Grenzen: nach Strabo und Mela wurde sie im Norden an der adriatischen Seite von dem Flusse Aesis gebildet, westlich reichte diese *Italia* bis zum Arnus (bei Pisae). Wahrscheinlich sind gegen Ende des 5. Jahrhunderts der Stadt nach dem Kriege mit Pyrrhus und der

[1] Vgl. Mommsen, Staatsrecht III, 1, S. 824 u. den dort citierten Serv. zur Aen. 11, 316.

[2] Das im Text folgende steht im Gegensatz zu den von Heisterbergk, Name und Begriff des *Ius Italicum*, entwickelten Anschauungen.

Dedition von Tarent die Grenzen rechtlich festgesetzt, und zwar durch die von Rom aufgestellte *formula togatorum quibus in terra Italia milites imperare solent;* hier müssen die zu Italien gerechneten Gebiete der *socii ac nominis Latini,* denen bundesmäßig Stellung von Soldaten auferlegt werden konnte, aufgezählt gewesen sein. Es war das Gebiet der *togati,* welche Rom nach Sprache und Sitte näher verwandt waren, als andere Völker, und welche sämtlich mit ihm in näheren Wehrgenossenschaften standen, welche einen zusammenfassenden Ausdruck in jener *formula togatorum* gefunden hatten. Daß die Grenze bis zum Aesis bis Sulla gedauert habe, scheint mir nicht möglich; denn wir wissen, daß auf Grund des flaminischen Ackergesetzes vom Jahre 522 oder 526 der *Picenus ager* Plebejern *viritim* assigniert und das so in Eigentum *ex iure Quiritium* übergegangene Land der *tribus Velina* zugewiesen wurde. Infolgedavon erstreckte sich das Tribusgebiet, also der erweiterte *ager Romanus,* über die Äsisgrenze hinaus. Allerdings hatte dann der Sozialkrieg weitere Ausdehnungen des Umfanges Italiens und auch eine Änderung des Begriffs zur Folge. Durch die *lex Iulia* vom Jahre 664 wurde allen bis dahin treugebliebenen Gemeinden, durch ein Plebiszit vom Jahre 665 auch den übrigen, also den aufständischen föderierten Gemeinden die *civitas romana* verliehen. Durch das letztere Gesetz wurde das Bürgerrecht nach Cic. pro Archia 4, 7 auch allen verliehen, *si qui foederatis civitatibus adscripti fuissent. si tum, quum lex ferebatur, in Italia domicilium habuissent.* Auch hier ist *Italia* wieder als ein fester, bekannter Begriff vorausgesetzt. Indem allen diesen Gemeinden das volle Bürgerrecht verliehen wurde, wurde zugleich ihr Territorium in den *ager romanus,* das Tribusgebiet aufgenommen, wobei uns hier die Frage nicht interessiert, in welche *tribus* die neuen Bürger und Gebiete aufgenommen wurden. Damit war nun Tribusgebiet, also *ager Romanus* und *Italia* identisch geworden, jedes Grundstück innerhalb dieser *Italia* war nun fähig geworden, in quiritischem Eigentum zu stehen. Die definitive Regelung dieser Verhältnisse wird durch Sulla geschehen sein. Nach althergebrachtem Staatsrecht hatte das *ius proferendi pomerii* nur, *qui populum Romanum agro de hostibus capto auxerat,*[1] der also, welcher den *ager Romanus* durch erobertes Gebiet erweitert hatte. Denselben Gedanken drückt die von Seneca de brev. vitae 13, 8 mitgeteilte Äußerung eines ungenannten Grammatikers aus, wonach *„nunquam provinciali, sed Italico agro adquisito proferre (pomerium) moris apud antiquos fuit.* Nur italisches, nicht provinziales Gebiet wurde in die *tribus* aufgenommen, der *ager Romanus* ist also nur durch italisches Gebiet vergrößert worden, und nur dessen Vergrößerung berechtigte zum *proferre pomerium.* Wenn später z. B. von Tacitus ann. 12, 32 denen, *qui protulere imperium,* das Recht der Erweiterung des *pomerium* beigelegt wird, so liegt darin, wie Detlefsen[2] mit Recht bemerkt, eine wesentlich verschiedene Wendung der alten Formel. Die *fines populi Romani* und das *imperium populi Romani* waren nach republikanischer Anschauung verschiedene. Die *fines populi Romani* sind die Grenzen des *ager Romanus,* also Italiens, dieser *ager Romanus* ist der Sitz des herrschenden *populus,* welchem das *imperium* über die Unterthanenländer zusteht; das *imperium Romanum* ist aber das von diesem *populus* beherrschte Gebiet, welches die gesamten Provinzen umfaßt. In den Zeiten des Prinzipats schwand dieser Gegensatz mehr und mehr; Italien, der Sitz des herrschenden Volkes, wurde mehr und mehr dem beherrschten Gebiet

[1] Gell. 13, 14, 3. [2] Hermes Bd. 21, 501 ff.

gleichgestellt, *fines populi Romani augere* und *imperium proferre* wurden gleichbedeutende Ausdrücke.[1] — Sulla hatte beträchtliche Stücke Italiens dem Tribusgebiet einverleibt, er hatte den *ager Romanus* erweitert und konnte demgemäß als zur Erweiterung des *pomerium* berechtigt angesehen werden. Auch das cisalpinische Gallien ist später der *Italia tributim discripta* einverleibt worden. Dies ist aber noch nicht durch die *lex Roscia* im Jahre 705 geschehen: durch diese wurde nur den transpadanischen Städten die *civitas Romana* verliehen, ohne daß ihr Gebiet zu Italien gezogen wäre. Erst im Jahre 712 nach der Schlacht von Philippi wurde *Gallia cis Alpes* als Provinz aufgehoben und Italien einverleibt. Cäsar hat also das Tribusgebiet noch nicht erweitert. Die von ihm beabsichtigte Erweiterung des *pomerium* ist entweder nicht geschehen oder nach seinem Tode aus dem angegebenen Grunde als nicht zu Recht bestehend angesehen worden, denn Tacitus ann. 12, 32 sagt, daß keiner zwischen Sulla und Augustus das *pomerium* vorgerückt habe, und Seneca a. a. O. nennt Sulla als den letzten, welcher zur Zeit der Republik es vorgerückt habe. Ziehen wir die Konsequenz aus dem bisher Dargelegten, so ist der Satz, daß italische, d. h. dem Tribusgebiet angehörige Grundstücke fähig sind, im Eigentum *ex iure Quiritium* zu stehen, eine bloße Anwendung des alten Satzes, daß nur dem *ager Romanus* angehörige Grundstücke in solchem Eigentum stehen können. Mit der Ausdehnung des *ager Romanus* bis an die Alpen war die Fähigkeit, im quiritischen Eigentum zu stehen, zum allgemeinen italischen Bodenrecht geworden. Der Provinzialboden ist, weil er stets außerhalb des Tribusgebiets, des *ager Romanus* geblieben ist, von Anfang an unfähig, in jenem Eigentum zu stehen.

Es ist früher als wahrscheinlich bezeichnet, daß in den alten, nach patrizischen *gentes* benannten Tribus in alter Zeit der für sie bestimmte *ager* zusammen assigniert wurde. Dadurch wird aber ein Sondereigentum des Einzelnen keineswegs ausgeschlossen. Die *gens* als Einheit ist keine Trägerin von Rechten, auch nicht Trägerin des Bodeneigentums. Auch von einer gemeinschaftlichen Benutzung des den Gentilen zugewiesenen Gebiets begegnet nicht die geringste Spur. Wenn ein solches Gemeinschaftseigentum den Anfängen der Kultur entspricht, Zeiten, in denen ein Volk noch nicht mit dem Boden verwachsen ist, sondern den Ackerbau nur oberflächlich und nebenbei betreibt, also seine Sitze leicht aufgiebt, so spricht dies gegen einen Samtbesitz der römischen *gentes*, denn allen Spuren nach war dieses Kulturstadium von den Italikern zur Zeit der Besiedelung Latiums und der Entstehung Roms schon überwunden. Von der Tradition wird dem Stadtgründer eine Assignation von je zwei *iugera* an den einzelnen Bürger zugeschrieben.[2] Verbinde man, sagt Mommsen,[3] mit dieser Legende die Thatsache, daß noch nach dem Sprachgebrauch der XII Tafeln *hortus* das Bauernhaus, *heredium* das dazugehörige Gartenland bezeichne, so sehe man in der üblichen historischen Einkleidung ausgesprochen, daß das Privatbodeneigentum sich früher nicht auf den Acker erstreckt, sondern auf Haus und Garten beschränkt habe und anfänglich diese allein dem Erben folgten. Die Schriftsteller, welche von jener

[1] Darin mag Mommsen, Staatsr. III, 2, S. 826, A. 1, Detlefsen gegenüber recht haben, daß zu Claudius' Zeiten schon beide Ausdrücke gleichbedeutend gebraucht wurden. Daß sie ursprünglich gleichbedeutend sind, ist mit Detlefsen zu leugnen.

[2] Varro de r. r. 1, 10, 2. Plin. h. n. 18, 2, 7. Plut. Poplic. 21. Fest. ep. p. 53.

[3] Röm. Staatsr. III, 1, S. 23 f.

Assignation der zwei *iugera* berichten, denken sich dieselbe nicht als Garten-, sondern als Ackerland, als Ackerlos.[1] Was aber die Äußerung des Plinius, h. n. XIX, 4, 50, betrifft: *In duodecim tabulis legum nostrarum nusquam nominatur villa, semper in significatione ea ‚hortus', in horti vero ‚heredium'*, so sagt er, daß für eine Besitzung, welche zu seiner Zeit als *villa* und *hortus* bezeichnet werde, diese Bezeichnungen in der Zwölftafelgesetzgebung noch nicht gebräuchlich seien. Für das, was man heute *villa* nenne, bezw. das derselben zur Zeit der XII Tafeln entsprechende, komme in den XII Tafeln der Ausdruck *hortus* vor, für das aber, was man heute *hortus* nenne, der Ausdruck *heredium*. Der Schluß ist ein äußerst gewagter, daß nur das Gartenland ursprünglich *heredium* gewesen sei. Mit Sicherheit kann man aus den Worten des Plinius nur als seine Meinung entnehmen, daß man für ein Grundstück, was man zu seiner Zeit als *hortus* bezeichnete, zur Zeit der XII Tafeln diese Bezeichnung nicht, sondern nur die allgemeine *heredium* hatte. Der *hortus* ciceronianischer und plinianischer Zeit war ganz anderer Art, als was zur Zeit der Zwölftafelgesetzgebung etwa an Gartenland mit dem Bauernhaus unmittelbar zusammengehörte,[2] er kam an Größe gewiß vielfach den kleinen alten Heredien gleich. Erst die seit der Beendigung der punischen Kriege beginnende Entwickelung Roms zu einer Großstadt und das Aufblühen anderer Städte in Italien haben den Gartenbau in Italien so befördert, denn „es giebt keine vorteilhaftere Nutzung des Bodens, als diejenige ist, die Großstädter mit ihrem täglichen Bedarf an Küchenkräutern, Früchten und Blumen zu versorgen".[3] Auch die Ausbildung und das Umsichgreifen der namentlich in eingehegten Gärten betriebenen Baumzucht gehört dieser Zeit an.[4] Unendlich viele alte *heredia* sind so später in *horti* und Herrensitze umgewandelt. In alter Zeit hatte der *hortus* eine andere Bedeutung, wie Plinius selbst h. n. XIX, 4, 57 angiebt. Er war der Sorge der *materfamilias* überlassen, nach seinem guten Aussehen beurteilten die *agricolae prisci* die gute Hausfrau, er mußte also in der unmittelbaren Umgebung des Hauses, in welchem die *materfamilias* waltete, liegen und hatte nur den Hausstand mit Kohl u. dergl. zu versehen, seine Pflege war nicht auf den Erwerb berechnet. Man darf also die Stelle des Plinius nicht zur Führung des Beweises benutzen, daß es ursprünglich nur an Gartenland, nicht an Ackerland Privateigentum gegeben habe. Spricht doch für das Privateigentum am Ackerlande schon in den Anfängen des römischen Staats das dem Numa zugeschriebene Gesetz über das *terminare* und die Strafbestimmung: *eum qui terminum exarasset, et ipsum et boves sacros esse.* Und auch der Begriff der *res mancipi* fordert, wie wir sehen werden, die Existenz des Privateigentums am Acker für die Zeit, seit welcher er selbst existiert. — Wenn aber die *gens* auch keine juristische Person war, so muß man doch die von demselben Stammvater, aus derselben ursprünglichen *familia* sich herleitenden Gentilen als durch ein unmittelbar die Personen ergreifendes Band verknüpft, als eine verbundene Personenmehrheit, vergleichbar der germa-

[1] Vgl. die von Mommsen, Staatsr. III, 1, S. 23, A. 3 selbst citierten Stellen.

[2] Die ursprüngliche Bedeutung des *hortus* läßt sich aber noch in viel späterer Zeit erkennen. War jemand der *usus* einer *villa* vermacht, so durfte er auch *horto et pomis et holeribus et aqua uti*, aber nach Nerva durfte er *neque foliis neque oleo neque frumento neque frugibus uti*, wohl deshalb, weil der *hortus* mit als unmittelbar zur *villa* gehörig im Gegensatz zu dem zum ganzen *fundus* gehörigen *ager* gedacht wurde, der fragliche *usus* aber nur auf die *villa*, nicht den ganzen *fundus* sich bezog (l. 12 § 1 D. de usu 7, 8).

[3] Nissen, Italische Landeskunde S. 456. [4] Nissen, a. a. O. S. 455.

nischen Gesamthänderschaft bezeichnen, und diese persönliche Verbundenheit der Gentilen mag sich namentlich in Bezug auf den den Gentilen assignierten Boden geltend gemacht haben. Die reine Viritanassignation weist das betreffende Landlos dem einzelnen Manne als erbliches Eigentum zu. Es lassen sich aber Assignationen denken, welche, ähnlich den Legaten, mehrere Personen für ein Landlos konjungieren, so daß sie bezüglich desselben als *consortes* erscheinen. Auch den *gentiles* könnte der ihnen zugedachte Acker *coniunctim* assigniert sein, so daß sie in Bezug auf denselben als *consortes* erschienen. Solche konjugierende Assignation schloß keineswegs ein Sondereigentum des einzelnen *consors* an der auf ihn fallenden Parzelle aus, mußte aber natürlich einen engeren Zusammenhang unter den Gentilen sehr befördern, wie später das örtliche Zusammenwohnen einen solchen unter den *tribules* hervorrief. Wenn noch in späterer Zeit gerade das *mancipare* der *paterna praedia* als etwas Schimpfliches betrachtet wurde und ein Einschreiten der Censoren veranlassen konnte.[1] so spricht sich darin eine Auffassung aus, welche in älterer Zeit sich wahrscheinlich noch energischer geltend gemacht haben wird. Dafür, daß Grundeigentum ursprünglich unveräußerlich war, hat man mit Unrecht den Ausdruck *heredium* angeführt, welcher ursprünglich ein Gut bedeutet habe. das unbedingt dem Erbgang folgen mußte, während er vielmehr ein Grundstück bedeutet, *quem,* wie die *sententia Minuciorum* sagt, *eos (vendere) heredemque sequi licet,* welches also in vollem, vererblichem Privateigentum steht im Gegensatz solches Grundstücks, welches nur zu widerruflichem Besitz überlassen ist. Richtig hat man dagegen die ursprüngliche Unveräußerlichkeit des Grundeigentums aus dem Mangel einer jeden Veräußerungsform gefolgert, da das mit *manu capere* zusammenhängende *mancipare* sich ursprünglich nur auf bewegliche Sachen bezogen habe. Es läßt sich aber meines Erachtens noch an anderem erkennen, daß die Veräußerungsform der Mancipation erst später auf Grundstücke übertragen ist. Gaius[2] und Ulpian[3] heben als einen Unterschied der Mancipation beweglicher *res mancipi* (und von *liberae personae*) einerseits und unbeweglicher Sachen andererseits hervor, daß erstere nur, wenn sie gegenwärtig sind, und zugleich nur so viele, als mit der Hand ergriffen werden können, letztere dagegen auch in Abwesenheit und mehrere an verschiedenen Orten belegene zugleich mancipiert werden können. Daß das für bewegliche Sachen und für freie Personen Geltende das ältere und dem ursprünglichen Wesen der Mancipation entsprechende Recht sei, ist anerkannt. Wie erklärt sich nun der abweichende Satz für Grundstücke? Eine denkbare Erklärung ist die, daß die Mancipation ursprünglich auf dem Grundstück selbst stattgefunden habe und später erst, wie bei der Vindikation, eine Vereinfachung des Verfahrens eingetreten sei. Allein dann wäre zu erwarten, daß, wie die Vindikation später, so auch die Mancipation an einer das Grundstück vertretenden Scholle vorgenommen wäre. Denn, mag nun bei der Mancipation beweglicher Sachen eine besondere Besitzübertragung nötig gewesen sein oder nicht, das *adprehendere* der Sache hatte jedenfalls eine formale Bedeutung, zur Besitzergreifung wäre es nicht nötig gewesen, es hat dieselbe Bedeutung, wie bei der *in iure cessio,* denn auch bei dieser spricht der Erwerber die Formel nach Gai. II, 20 *rem tenens* aus. Bei der Mancipation von Grundstücken wird nun aber eines solchen *rem adprehendere* in Bezug auf ein das Grundstück vertretenden Stücks

[1] Ascon. zu Cic. in tog. cand. p. 84 Orell. [2] Gai. I, 121. [3] Ulp. XIX, 6.

gar keine Erwähnung gethan, es findet sich nicht die geringste Spur, daß jemals die Mancipation auf dem Grundstück selbst oder an einer dasselbe vertretenden *gleba* geschehen sei. Die einzige Erklärung dafür bleibt, daß die Mancipation erst später auf Grundstücke übertragen ist, und daß man bei dieser Übertragung von vornherein von dem Erfordernis der Gegenwart des zu mancipierenden Grundstücks bei dem Akt abgesehen hat. Solange der ursprüngliche patrizische Geschlechterstaat in ungebrochener Kraft stand, wird Grundeigentum wohl vererblich, aber nicht veräußerlich gewesen sein: es gab keinen Modus für die Veräußerung von Grundstücken. Auch hier wird das Zutreten der Plebejer zum römischen Gemeinwesen allmählich eine Veränderung bewirkt haben. Bei den Assignationen an Plebejer wurden die ihnen zugedachten Grundstücke nicht wie an *gentiles coniunctim,* sondern *viritim nominibus* zugewiesen (Sic. Fl. 154, 12), denn unter den *nomina* sind nicht mit Rudorff u. a.[1] die Geschlechter zu verstehen. Unter *nomen* ist vielmehr mit Voigt[2] die Namensbezeichnung des Individuums zu verstehen (Hyg. de Lim. 199, 18; 200, 6. 8. 10; 201, 3. Sic. Flacc. 155, 9. 14). Bei den durch solche Viritanassignationen erworbenen Grundstücken, welche bald die Mehrheit gebildet haben werden, fiel die Rücksicht auf irgend welchen Zusammenhang von *gentiles* ganz hinweg. Für sie den Satz der Unveräußerlichkeit des Grundeigentums festzuhalten, ließ sich auf die Dauer nicht durchführen, für sie mag man sich zuerst nach einem Modus solcher Veräußerung umgesehen haben. So war möglichste Unabhängigkeit des Vermögensrechts von der *gens* einer der Gedanken, welche die Plebejer in den patrizischen Geschlechterstaat gebracht haben. Nicht gleich wird man da die Mancipation auf die Grundstücke übertragen haben, sondern gerade für die Veräußerung der Grundstücke dürfte zuerst die Form der *in iure cessio* künstlich geschaffen sein.

Für Grundstücke, sowohl die auf dem Lande, wie die in der Stadt belegenen, haben die Römer zwei allgemeine Ausdrücke: *fundus* und *praedium.* Beide werden im nichtjuristischen Sprachgebrauch vielfach gleichbedeutend gebraucht, und auch bei juristischen Erörterungen werden sie nicht selten abwechselnd gebraucht. Dennoch ist zu zweifeln, ob sie juristisch ganz gleichbedeutend sind. Dagegen spricht, daß in den Vindikationsformeln es wohl heißt: *Fundus qui est in agro qui Sabinus vocatur, hunc ego fundum ex i. Q. meum esse aio,* und ähnlich in der Mancipationsformel, *praedium* dagegen in dieser Anwendung nicht nachweisbar ist, während andererseits die ländlichen und städtischen Servituten stets als *servitutes praediorum rusticorum* und *urbanorum*, nie als *servitutes fundorum rusticorum* und *urbanorum* bezeichnet werden, und immer nur von einem *praediis cavere*, nie von einem *fundis cavere* die Rede ist. Daraus ist meines Erachtens zu entnehmen, daß *fundus* gebraucht wurde, wo das Grundstück als Objekt des Rechtswillens in Betracht kam, *praedium* dagegen, wo es als zur Befriedigung wirtschaftlicher Interessen der Subjekte bestimmtes Gut in Frage stand, also vor allem zur Bezeichnung der Einteilung der Grundstücke nach ihrer verschiedenen wirtschaftlichen Bestimmung bezw. der darauf sich gründenden Einteilung der Realservituten: aber auch z. B. da, wo das Grundstück als dem Staat durch seinen Wert Sicherheit verschaffendes liegendes Gut in Frage stand. — Die Einteilung der *praedia in rustica* und *urbana*, d. h. in solche, welche vorwiegend landwirtschaftlicher Benutzung, und solche, welche

[1] Gromat. Inst. S. 302. Danz, R. G. II[2], S. 92 f. [2] XII Tafeln II, S. 341, A. 28.

vorwiegend dem Zwecke städtischen Bewohnens zu dienen bestimmt sind, reicht in dieser Ausprägung nicht in die ältesten Zeiten des römischen Staats zurück. Aber in seinen Anfängen war der Unterschied allerdings gegeben seit der Zeit, seit welcher *urbs* und *ager* einen Gegensatz bildeten und durch das *pomerium* geschieden waren. Wenn auch Rom in alter Zeit eine Bauernstadt war, wenn auch auf dem Areal der Stadt noch Landwirtschaft und Viehzucht getrieben wurden, so war doch die Stadt als solche zum Bewohnen, die den Privaten angewiesenen *areae* zur Errichtung von Wohnhäusern bestimmt, und einem Grundstück innerhalb des *pomerium*, auch wenn es zur Fruchterzeugung bestimmt war, wird nicht die Natur eines *ager*, eines zum Ackerbau bestimmten Feldgrundstücks zugeschrieben sein. Auch in einzelnen, nur für das städtische oder nur für das auf dem Lande gelegene Grundstück geltenden besonderen Rechtsbestimmungen, namentlich Eigentumsbeschränkungen, machte sich, wie demnächst zu zeigen sein wird, der Unterschied derselben seit frühester Zeit geltend.

Neben den *praedia in Italico solo* werden von den römischen Juristen als *res mancipi* den übrigen Sachen als den *nec mancipi* folgende Sachen entgegengestellt: die *servi, quadrupedes, quae dorso collove domantur*, nämlich *boves, muli, equi, asini* und die *iura praediorum rusticorum.*[1] Diese Einteilung ist als eine sehr alte zu bezeichnen.[2] Wir haben dafür schon äußere Anzeichen. Gaius denkt sie sich offenbar als eine solche; er sagt Inst. II, 16: *nam ne nomen quidem eorum animalium* (nämlich der *elephanti* und *cameli*) *illo tempore [notum] fuit, quo constituebatur quasdem res mancipii esse, quasdem nec mancipii.* Nun wurden aber die Römer in dem Kriege mit Pyrrhus mit den Elephanten aus unmittelbarer Nähe bekannt, wie Gaius wohl ohne Zweifel wußte; er verlegt somit den Gegensatz der *res mancipi* und *nec mancipi* schon in ältere Zeit. Ferner deutet die Bezeichnung *res nec mancipii* auf ein hohes Alter, der Gebrauch des *nec* für *non* ist derselbe, wie er sich in den Sätzen der XII Tafeln: *cui suus heres nec escit — si adgnatus nec escit — ast ei custos nec escit — furtum quod nec manifestum erit* zeigt. Schwerer noch, als diese äußeren Indizien, wiegen die inneren Gründe, der ganze Sinn der Einteilung, welcher, wie jetzt zu zeigen, mit dem Wesen des römischen Volks, wie es uns in jener ältesten Zeit entgegentritt, eng zusammenhängt. Das alte Rom war eine Bauerngemeinde, aber „durch ihre Lage mit stetem Kampf um die Existenz bedroht, mußte diese Bauernstadt von Anfang an eine Soldatenstadt sein“;[3] der Römer war Krieger und *in otio et pace* Landbauer. Von dem soldatischen Wesen der alten Römer geht die Auffassung der *res mancipi* aus, nach welcher dieselben die dem Feinde abgenommenen, die im Kriege erbeuteten Sachen sind. Aber von dieser Ansicht aus vermag man nur in der gewaltsamsten und unnatürlichsten Weise zu erklären, warum nur jene von den römischen Juristen aufgezählten Sachen zu den *res mancipi* gerechnet wurden. Mehr noch als der Krieger tritt im alten Römer der Landbauer hervor: den Krieg führte er doch nicht um seiner selbst willen, sondern zunächst, um sich in dem einmal eingenommenen, viel umstrittenen Territorium zu behaupten. Wenn irgendwo, tritt die Richtung des Römers auf den Landbau in dem Kalender desselben hervor. Wenn, wie Huschke[4] sagt, alle Hauptrichtungen

[1] Gai. I, 120. Ulp. XIX, 1.

[2] In neuester Zeit ist dieser Unterschied der Sachen behandelt in der Schrift von Pietro Bonfante, *Res mancipi e nec mancipi. Roma 1888. 1889.*

[3] Pöhlmann, Die Anfänge Roms S. 25. [4] Das alte röm. Jahr und seine Tage S. 255.

des römischen Staatslebens in dem alten Festkalender religiös repräsentiert waren, dann erkennt man gerade hier, wie vorwiegend das römische Leben dem Ackerbau zugewandt war, denn die Mehrzahl der Feste hat eigentümliche Beziehungen auf den Landbau und das ländliche Leben. Der eine Hauptteil der durch die *feriae* dem Volke auferlegten Verpflichtungen bestand in der Unterlassung der *opera rustica*, es waren daher auch die wichtigsten *feriae* erst nach Vollendung der wichtigsten ländlichen Arbeiten angesetzt. Und durch den ganzen Kalender hindurch laufen die *nundinae*: sieben Tage blieben die auf dem Lande Wohnenden zur Verrichtung der ländlichen Arbeiten auf dem Lande, am achten gingen sie zum Verkaufe ihrer Produkte und zur Besorgung der städtischen Angelegenheiten in die Stadt. Ganz natürlich ist es daher, daß auch in der Habe des Römers die Objekte, welche für den Landmann eine vorwiegende Bedeutung haben, auf denen seine ökonomische und staatsrechtliche Existens beruht, vor den übrigen minder wichtigen hervorgehoben werden. Vor allem ist es das Grundstück selbst, welchem eine solche Bedeutung zu vindicieren ist: auf ihm beruhte vor allem die Existenz der darauf angesiedelten *familia*. Wenn es auch vielleicht ursprünglich selbst nicht zu den *res mancipi* gezählt wurde, so hatte dies doch nur darin seinen Grund, daß es ursprünglich unveräußerlich war. Das städtische Grundstück behandelte man aber nicht anders, als das auf dem Lande belegene, denn immer war es die Wohnstätte einer dem Ackerbau obliegenden *familia*. *Viatores* sollen die Boten der Beamten deshalb genannt sein (Fest. p. 312), *quia initio omnium tribuum cum agri in propinquo erant urbis atque adsidue homines rusticabantur, crebrior opera eorum erat in via quam urbe, quod ex agris plerumque homines vocabantur a magistratibus.* Auch die Senatoren pflegten *in agris* zu sein und *a villa in senatum* berufen zu werden. Den Manius Curius mußten die Samniter auf dem Lande aufsuchen, dem L. Quinctius Cincinnatus soll die Nachricht von seiner Ernennung zum Diktator, als er bei ländlicher Arbeit beschäftigt war, überbracht sein. Und so konnte denn noch Cicero sagen, daß von allen zum Erwerb betriebenen Beschäftigungen keine besser und des freien Mannes würdiger sei, als der Ackerbau (Cic. de off. I, 42, 151: *Omnium autem rerum, ex quibus aliquid adquiritur, nihil est agricultura melius*). Längst ist die Ansicht aufgestellt und vielfach geteilt,[1] daß *res mancipi* diejenigen Sachen gewesen seien, die mit dem Ackerbau und der Landwirtschaft in besonderer Verbindung standen, oder, wie auch wohl schon bestimmter gesagt wird, nur die Arbeitstiere,[2] *armenta* und *iumenta*, zu den *res mancipi* gezählt seien. Aber es giebt auch andere Sachen, welche für die Landwirtschaft von Bedeutung, ja notwendig sind; warum werden diese nicht zu den *res mancipi* gezählt? Auf diese Frage erhält man keine ausreichende Antwort. Die Landwirtschaft der Römer umfaßt zwei verschiedene Hauptzweige: die *agricultura* im engern Sinne, die Bodenwirtschaft und die Viehwirtschaft.[3] Ein besonderer Zweig der letztern, die *villatica pastio*, die Landhauswirtschaft, zu welcher Gartenbau und Zucht von Luxustieren gehörten, kam erst später auf. Cato gab bereits der Viehwirtschaft als der rentablern den Vorzug vor der Bodenwirtschaft, aber die Zeiten hatten sich damals schon geändert. Es ist

[1] G. Meermann, *Diss. de rebus manc.* Lugd. B. 1741. Andere, welche diese Ansicht teilen, finden sich angeführt bei Rein, Privatr. S. 241 f., A. 2 u. bei Danz, Lehrb. I[2], S. 210 f.

[2] Ihering, Geist II, 1[3], S. 155. Bechmann, Kauf I, S. 148 f.

[3] Varro de r. r. II, pr. 4. Col. de r. r. I, pr. 25. Plaut. Truc. I, 2, 45 f. Cic. pro Caecina 21, 59.

mit Recht gesagt worden,[1] daß die Weidewirtschaft in den älteren Zeiten nicht mit den durch das Bauerngut gebotenen Mitteln zu betreiben war. Das Eigentum des einzelnen an Kulturland war im allgemeinen zu beschränkt, um die für die Weidezucht erforderlichen Flächen darzubieten; der Kornbau war ergiebiger als die Weidewirtschaft. Das dem einzelnen eigentümlich zugehörige Kulturland wurde daher in der Bodenwirtschaft ausgenutzt, für die Viehweide wurden Flächen des *ager publicus* benutzt. In der ältesten Zeit war die Existenz des einzelnen römischen Bauern vorzugsweise auf die Bodenwirtschaft gegründet. Die Bodenwirtschaft bestand aber in ältester Zeit vorwiegend im Kornbau. Die Baumzucht, wenn auch alt, setzt immer schon höhere Kultur voraus als der Kornbau: sie setzt das Streben voraus, dem Boden höhere Erträge abzugewinnen. Die Bewirtschaftung des Bodens insbesondere zum Zwecke der Gewinnung von Cerealien kann der einzelne Familienvater nicht allein betreiben, er bedarf dabei noch anderer menschlicher und tierischer Gehilfen. Das ist der Gesichtspunkt, von welchem aus die außer dem Grundstück zu den *res mancipi* gehörigen Sachen beurteilt werden müssen. Sie sind die Gehilfen des *paterfamilias* bei der Bewirtschaftung des ihm gehörigen Bodens. Vor allem gehören dahin die Sklaven. Die Teilung der Sklavenfamilie in eine *familia rustica* und *urbana* ist erst später eingetreten: in alter Zeit wurden die Sklaven nur für den Ackerbau verwandt, unter der *familia rustica* nahmen aber die erste und wichtigste Stelle die für die Bodenwirtschaft verwendeten ein. Unter den zu den *res mancipi* gehörigen Arbeitstieren, den *armenta* und *iumenta*, nahmen die wichtigste Stelle die *boves* ein. Der Stier erschien ganz vorzugsweise „als unentbehrlicher Genosse des Menschen für die Bestellung des Bodens wie für die Fortschaffung der Habe", er wird geradezu „als Vertreter von Ackerbau, Städtegründung und Kultur aufgefaßt."[2] Mag es zu weit gegangen sein, wenn Nissen[3] von der Rindviehzucht im Süden sagt: „Man züchtete wie jetzt, so auch im Altertum das Rind lediglich, um Zugtiere zu gewinnen"; sicher ist, daß man das Rind vorzugsweise als beim Ackerbau helfendes Tier schätzte, ja heilig hielt. Der Nutzen des *bos arator* als solchen wurde in alter Zeit als so bedeutend angesehen, daß das Töten desselben nach dem Berichte der Schriftsteller über die *res rustica* in alter Zeit mit Kapitalstrafe bedroht war.[4] Wenn auch nicht so unmittelbar in Verwendung für das Pflügen des Landes, so doch in einer mittelbaren Verwendung für die Bodenwirtschaft, für das Herbeischaffen und Fortschaffen von Früchten, Gerätschaften, Erde, Mist u. s. w. standen jene anderen Tiere: Pferde, Esel, Maulesel, auch sie sind Arbeitsgehilfen des *paterfamilias* bei der Bodenbewirtschaftung. Anders dagegen steht es mit dem übrigen Vieh: mit Schafen, Ziegen, Schweinen u. s. w. Sie sind nicht Arbeitsgehilfen bei der Bodenwirtschaft, sie haben nur Bedeutung für den andern Zweig der *res rustica*, für die *res pecuaria*, die Weidewirtschaft. Auch die Zucht jener Arbeitstiere: der Rinder, Maulesel, Pferde und Esel, wird von Columella 6, pr. 6 von der der Schafe, Schweine, Ziegen, Hunde unterschieden. Ebensowenig wird das leblose Inventar zu den *res mancipi* gerechnet, es ist nicht Arbeitsgehilfe, sondern nur Arbeitsinstrument. Die Auffassung der *res*

[1] M. Voigt, Über d. staatsrechtl. *possessio* u. s. w. in Bd. X d. Abh. der ph.-h. Kl. d. Kön. S. G. d. W. S. 224.

[2] Nissen, Ital. Landeskunde I, S. 63.

[3] Das Templum S. 110. Dagegen Pöhlmann, a. a. O. S. 14, A. 2.

[4] Varro de r. r. II, 5, 4. Col. de r. r. VI, pr. § 7. Cic. de N. D. II, 63, 159.

mancipi als der menschlichen und tierischen Gehilfen bei der Bodenbewirtschaftung gewährt nun teils Aufschluß darüber, warum die *iura praediorum rusticorum* zu den *res mancipi* gezählt wurden, teils über eine die *res mancipi* betreffende Kontroverse der Prokulianer und Sabinianer. Die Hinzurechnung der *iura praediorum rusticorum* zu den *res mancipi* hat etwas Künstliches. Wenn sie auch sehr alt ist, so gehören dieselben doch wohl nicht zum ursprünglichen Bestande der *res mancipi*. Einmal sind sie keine *res corporales*, sondern *incorporales*; die Gleichstellung von *iura* und *corpora* setzt schon eine Abstraktionsfähigkeit voraus, welche der Zeit, in welcher der Begriff der *res mancipi* aufkam, gewiß noch nicht zugetraut werden darf. Sodann kann man die *servitutes rusticae* nicht als Gehilfen des Menschen bei der Feldarbeit charakterisieren. Aber der Inhalt dieser *iura* dient doch entschieden unmittelbar den Bedürfnissen der Bodenwirtschaft. Die Wegegerechtigkeiten sollen den Zugang zum herrschenden Grundstück über das dienende weg für Menschen, Zug- und Lasttiere nebst Gefährt herstellen; die *servitus aquaeductus* aber soll das Land mit dem für die Bodenwirtschaft erforderlichen Wasser versehen. So kann man diese *iura* den menschlichen und tierischen Gehilfen beim Landbau gleichstellen. Nicht aber theoretische Reflexion, sondern praktisches Bedürfnis wird zu dieser Gleichstellung geführt haben; sie wird erfolgt sein in einer Zeit, wo man als Arten der vertragsmäßigen Übertragung des Eigentums von *res mancipi* und *nec mancipi* nur Mancipation und Tradition kannte. Man bedurfte nun eines Bestellungsmodus für jene *iura*. Die Tradition war nur auf *res corporales* anwendbar, die Mancipation aber als ein Kauf oder imaginärer Kauf schien der Ausdehnung auf *iura* nicht so absolut zu widerstreben. Für die enge Beziehung der *res mancipi* aber zur Bodenwirtschaft ist es bezeichnend, daß man auch später nur jene vier Gerechtigkeiten: *iter, actus, via* und *aquaeductus* als *servitutes rusticae* im strengen Sinne und somit allein als *res mancipi* ansah, während es von anderen Gerechtigkeiten, wie *aquae haustus, ius pascendi*, nur heißt: *In rusticorum praediorum servitutes quidam computari recte putant* etc. (§ 2 I. de serv. 2, 3), *in rusticis computanda sunt* etc. (l. 1 § 1 D. de serv. pr. r. 8, 3). Von besonderer Bedeutung erscheint das in Bezug auf das *ius pascendi*. Weidebefugnisse verschiedener Art, insbesondere Weidegenossenschaften für die Zwecke der Viehzucht kennt schon das ältere römische Recht. Nicht aber erscheint das *ius pascendi* unter den alten *servitutes rusticae*. Es diente eben nicht direkt den Bedürfnissen der *agricultura*, sondern denen der Viehzucht. Als Servitutrecht zu Gunsten ländlicher Grundstücke ist es daher erst spät aufgekommen und gehört zu denen, welche *in rusticis computanda sunt*. — Was dann die Kontroverse der römischen Rechtsschulen betrifft, so nahmen die Sabinianer an, daß Ochsen, Pferde, Esel und Maultiere sofort nach ihrer Geburt zu den *res mancipi* gehörten, die Prokulianer dagegen, daß sie nur dann *res mancipi* seien, wenn sie gebändigt, dressiert seien; und falls sie wegen zu großer Wildheit nicht dressiert werden könnten, wenn sie das Alter erreicht hätten, in welchem sie dressiert zu werden pflegten. Was galt nun in alten Zeiten? Ich stehe nicht an, in der Auffassung der Prokulianer einen Rest der alten Auffassung zu sehen, wonach jene nur dann *res mancipi* waren, wenn sie durch die Dressur fähig geworden, Gehilfen des *paterfamilias* bei der Bodenbewirtschaftung zu sein. Daraus ergiebt sich nicht allein, daß die jungen, noch nicht dressierten Tiere nicht als *res mancipi* galten, sondern daß man das bloße, nicht zur Dressur bestimmte Herdenvieh, welches nur zur Fruchtproduktion und zum Schlachten bestimmt

war, nicht zu den *res mancipi* rechnete. Die zur Arbeit bestimmten und ausgebildeten Tiere hatten für den römischen Bauern also nicht allein, weil die besten und stärksten Tiere dazu ausgewählt sein werden, sondern auch wegen der durch die Dressur erlangten Arbeitsfähigkeit einen höhern Gebrauchs- und infolgedessen höhern Tauschwert. Die verschiedene rechtliche Behandlung der bereits dressierten und noch nicht dressierten Quadrupeden, *quae collo dorsove domantur*, zeigt auch Varro de re rustica 2, 5, 11. Darnach wich die Formel der Garantiestipulation beim Kauf von *boves domiti* von der beim Kauf von *indomiti* (*iuvenci*) ab. Die letztere enthält einen Zusatz: *deque pecore sano esse*, wie wir ihn in gleicher Weise auch in der beim Kauf von *res nec mancipi* (Schafen, Schweinen) abzuschließenden Stipulation finden.[1] Auch hier haben die Prokulianer noch an der altrömischen Auffassung festgehalten, wenn auch unter Konzessionen an die veränderte Auffassung der Neuzeit; die Sabinianer haben aber sich dem Bedürfnisse ihrer Zeit, daß alle den betreffenden Tiergattungen angehörigen Stücke rücksichtlich des Erfordernisses der Mancipation gleich behandelt würden, angepaßt. Jene Arbeitstiere nun wurden als Gehilfen des *paterfamilias* bei der Bodenwirtschaft, wie die Sklaven, zur *familia* gerechnet im Gegensatz zur *pecunia*, wozu alles andere Vieh und sonstige leblose Sachen gehörten. Als zur *familia* in jenem Sinne gehörig nahmen vor allem die Sklaven und *boves* an der Ferienruhe teil. Nur für die Sklaven spricht dies Cicero de legib. 2, 12, 29 aus: *Feriarum festorumque dierum ratio in liberis requietem habet litium et iurgiorum, in servis operum et laborum* etc. Cato aber spricht auch von den Ferien der Ochsen (132, 1. 138). Nach demselben Cato nahmen aber die *iumenta*, nämlich Pferde, Maultiere, Esel, nur an den häuslichen Ferien teil (138: *Mulis equis asinis feriae nullae nisi si in familia sint*). Auch Ochsen konnten während der *feriae* zu Arbeiten verwendet werden, welche nicht unmittelbar der Bodenbewirtschaftung dienten.[2] Alle *res mancipi* konnten als solche Objekte, welche fähig waren, Bestandteile der *familia* in jenem Sinne zu sein, im Eigentum *ex iure Quiritium*, d. h. im echt römischen Eigentums stehen, während die zur *pecunia* gehörigen Objekte nur des naturalen Eigentums oder Eigentums nach *ius gentium* fähig waren. Aus dem quiritischen Eigentum eines *civis Romanus* konnte also solche Sache durch die dazu erforderliche Übertragungsart (*mancipatio* oder *in iure cessio*) nur in solches Eigentum eines andern *civis Romanus* oder in das Eigentum eines Latinus, welcher *commercium* mit römischen Bürgern hatte, nach dem Civilrecht von dessen Staat übergehen. In dem sonstigen für *res mancipi* in alter Zeit geltenden Recht gab sich die Tendenz kund, dieselben, wenn sie auch veräußerlich waren, möglichst der *familia*, zu welcher sie gehörten, zu erhalten. Eine *femina sui iuris* konnte nur *tutore auctore res mancipi* veräußern, während sie zur Veräußerung von zur *pecunia* gehörigen *res nec mancipi* solcher Genehmigung nicht bedurfte. Der *curator furiosi* konnte wohl dem *furiosus* gehörige *res nec mancipi*, nicht aber *res mancipi* veräußern. Endlich konnte wohl eine zur *pecunia* gehörige *res nec mancipi*, nicht aber eine zur *familia* gehörige *res mancipi* legiert werden. Die *familia* sollte ungeschmälert auf die *heredes* kommen. — *Res mancipi* und *nec*

[1] Auch in anderer Beziehung werden z. B. die *equae domitae* von den *gregales* unterschieden (Plin. N. H. X, 63, 181).

[2] Cato 138: *Boves feriis coniungere licet. Hoc licet facere: arvehant ligna, fabalia, frumentum, quod non daturus erit*, wo man nicht mit Huschke *nundinaturus erit*, sondern *non saturus erit* lesen muß.

mancipi wurden sich zuerst dadurch näher gebracht, daß auch die letzteren als mögliche Objekte des Eigentums *ex iure Quiritium* anerkannt wurden. Das hängt zusammen mit der Geschichte des Geldes, auf welche erst bei der Darstellung der Mancipation eingegangen werden soll. Erst seit dem Aufkommen der Münze, der *pecunia signata forma publica populi Romani*, bildete sich der Konsensualkontrakt des Kaufes aus, *res nec mancipi* konnten nun in gleicher Weise wie *res mancipi* für solche *pecunia* erworben werden, die Tradition *ex causa emtionis* wurde als eine Erwerbsart des quiritischen Eigentums an *res nec mancipi* anerkannt. Aber auch andere Veränderungen im Leben der Römer traten ein, infolge deren die Bedeutung des Gegensatzes zwischen *res mancipi* und *res nec mancipi* sich immer mehr abschwächen mußte. Die namentlich aus den Okkupationen von Stücken des *ager publicus* sich entwickelnden Latifundien ermöglichten einen Aufschwung der römischen Weidewirtschaft, sie enthielten, anders wie die alten kleinen Heredien, ausgedehnte Triften, auf denen Herden von Groß- und Kleinvieh gehalten werden konnten. Schon Cato gab daher der Viehwirtschaft den Vorzug vor der Ackerwirtschaft. Infolge des Aufschwungs der industriellen Viehzucht fängt der ökonomische Gegensatz zwischen Rind, Pferd, Esel, Maulesel einerseits und dem anderen Vieh anderseits an, sich zu mindern. Auch jene Tiere wurden jetzt nicht mehr vorzugsweise zum Zwecke ihrer Verwendung für den Ackerbau gezüchtet. Immer wurden sie noch zu den wertvollsten Vermögensobjekten gerechnet, aber nicht mehr sie allein, sondern, wie die *Lex Aquilia* zeigt, alle *quadrupedes quae pecudum numero sunt vel gregatim habentur*, wie Schafe, Ziegen, Schweine. Die Bedeutung des Kornbaues wurde immer mehr zurückgedrängt durch die um sich greifende Baumkultur. „Italien tritt in die historische Überlieferung des 5. Jahrhunderts als Kornland ein, um sich in ein Wein- und Ölland umzuwandeln.“[1] Bei den Sklaven hat man wohl nie eine ähnliche Unterscheidung gemacht, wie bei den Tieren. Einerlei, ob sie unmittelbar als Gehilfen beim Ackerbau zu dienen oder zu anderen Verwendungen bestimmt waren, sind sie wohl immer von ihrer Geburt an zu den *res mancipi* gerechnet worden, und das wohl deshalb, weil sie nicht bloß Eigentumsobjekte waren, sondern auch in der *potestas* ihres Herrn standen, infolge wovon sie stets als zu dessen *familia* gehörig anzusehen waren.

Der alte Gegensatz in der Habe eines römischen Bürgers, der der *res mancipi* und *nec mancipi*, büßte seine frühere Bedeutung mehr und mehr ein, je mehr mit der Ausdehnung der römischen Herrschaft der überseeische Handel Aufschwung nahm, je kolossaler der Geschäftsbetrieb der römischen Kapitalisten wurde, je mehr Geldreichtum infolgedavon in Rom zusammenfloß. Das Geld wurde jetzt erst recht der Maßstab und der Vertreter aller Güter: jetzt bildete sich die Anschauung aus, daß alles, was jemand in seinem *patrimonium* habe, nicht bloß *pecunia numerata*, sondern auch Grundstücke, bewegliche Sachen und Rechte unter den Begriff der *pecunia* fielen, denn alles das schloß einen Geldwert in sich, ließ sich in Geld auflösen. In alter Zeit hatte man Forderungen und Schulden nicht mit zur *familia pecuniaque* gerechnet, sie waren nur etwas mit derselben Verknüpftes oder ihr Anklebendes, wie auch die Verpflichtung, die Kosten für die *sacra* zu tragen. Forderungen und Schulden waren als nicht zur *familia pecuniaque* gehörig von dem *iudicium familiae erciscundae* ausgeschlossen. Seitdem aber das Geld die eben bezeichnete Bedeutung erlangt, werden sie

[1] Nissen, Ital. Landeskunde S. 450.

als aktive oder passive Bestandteile des Vermögens angesehen. Vom Standpunkte der Geldwirtschaft verliert der für die alte Naturalwirtschaft so wichtige Gegensatz der *res mancipi* und *nec mancipi* seine alte Bedeutung. Die Verschiedenheit der für beide geltenden Rechtssätze kommt mehr und mehr ab: im wesentlichen bleibt nur, daß das quiritische Eigentum von *res mancipi* nicht vermöge Tradition, sondern nur durch *mancipatio* oder *in iure cessio* übertragen werden kann und etwa, daß eine unter Geschlechtstutel stehende Frau *res mancipi* nur *tutore auctore* veräußern kann.

B. Die Eigentumserwerbsarten.

1. Allgemeines.

§ 27. Von den römischen Juristen der Kaiserzeit werden die Eigentumsarten in civile und naturale eingeteilt. Auch ist soviel aus uns erhaltenen Trümmern ihrer Schriften zu erkennen, daß sie diese Einteilung ihrer Darstellung der Eigentumserwerbsarten zu Grunde gelegt haben. *Quarundam rerum,* sagt Gaius beim Beginn seiner Darstellung derselben im zweiten Buch der *res quotidianae,*[1] *dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundam iure civili* etc. Dabei ist zu beachten, daß Gaius sich die naturalen Erwerbsarten als die älteren denkt, *quia antiquius ius gentium cum ipso genere humano proditum est:* er stellt sie sich also auch als uranfänglich im römischen Staatswesen, schon vor dem *proprium civitatis ius,* also schon vor den civilen Erwerbsarten geltend vor. Um zum richtigen Verständnis der Einteilung zu gelangen, ist von dem im ersten Bande entwickelten Begriff des *ius gentium* oder *naturale* auszugehen. Seinem Grundstock nach ist das *ius gentium* nicht etwa erst in dem kommerziellen Verkehr der Römer mit den Peregrinen entstanden, vielmehr hat es sich aus dem Verkehr der römischen Bürger unter sich entwickelt und ist dann auch auf den Verkehr der Römer mit den Peregrinen angewandt, als ein aus allgemein menschlichen Bedürfnissen der Bürger hervorgegangenes. Das sogenannte *ius gentium* ist von Anfang ein Bestandteil des römischen Rechts gewesen. Cicero unterscheidet auf das Deutlichste ein *ius civile* im engern und im weitern Sinne. Das *ius gentium* ist ihm neben dem *ius civile* im engern Sinne ein Bestandteil des *ius civile* im weitern Sinne. *Itaque maiores,* sagt er in der Schrift de officiis III, 17, 69, *aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt. quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet.* So bilden denn auch das alte spezifische *ius civile* und das *ius gentium* oder *naturale* zusammen den Gegensatz des *ius honorarium.* Civile Eigentumserwerbsarten sind nun diejenigen, welche dem *ius civile* im engern Sinne angehören, aus der *proprior societas eorum, qui eiusdem civitatis sunt,* hervorgewachsen sind. Naturale Eigentumserwerbsarten aber sind diejenigen, welche dem andern Bestandteile des *ius civile* im weitern Sinne, dem *ius gentium* angehören und als allgemein menschlichen Charakters auch auf den Verkehr mit den Peregrinen anwendbar sind. Die *iuris gentium adquisitiones* sind, sofern das *ius gentium* auch *civile* ist, d. h. dem *ius civile* im weitern Sinne angehört, auch civile, aber si sind nicht dem *ius civile* im engern Sinne angehörig, nicht *adquisitiones civiles* im spezifischen Sinne, wenn nicht

[1] L. 1 pr. D. de a. r. d. 41, 1.

etwa eine einzelne von ihnen auch durch das *ius civile* im engern Sinne anerkannt ist. Daraus also, daß die *adquisitiones naturales* oder *iuris gentium* seit alter Zeit ihren Sitz im *ius civile* im weitern Sinne hatten, d. h. von jeher bei den Römern geltende Erwerbsarten waren, darf man nicht den Schluß ziehen, daß sie von jeher auch civile Wirkung, d. h. Wirkungen, die dem *ius civile* im engern Sinne angehören, hatten. Das Eigentum *ex iure Quiritium* ist die dem *ius civile* im engern Sinne angehörige Wirkung. Nicht deshalb, weil die *naturales adquisitiones* dem *ius civile* im weitern Sinne angehören, darf man ihnen die Wirkung des Eigentums *ex iure Quiritium* zuschreiben; diese kann man einer *naturalis* oder *iuris gentium adquisitio* nur zuschreiben, wenn sie auch durch das *ius civile* im engern Sinne anerkannt, in dasselbe recipiert ist. Von vornherein spricht vielmehr die Wahrscheinlichkeit dafür, daß die auf verschiedenen Anschauungen beruhenden Teile des positiven römischen Rechts, das *ius civile* im engern Sinne und das *ius gentium* oder *naturale,* auch verschiedene Wirkungen hatten, daß insbesondere, was das Eigentum angeht, die *civiles adquisitiones* civiles Eigentum, d. h. Eigentum *ex iure Quiritium* bewirkten, die *naturales adquisitiones* naturales Eigentum, welches nur ja nicht mit dem prätorischen *in bonis esse* identifiziert werden darf. Dagegen darf man natürlich nicht die der *aedificatio, plantatio* u. s. w. eigentümliche Wirkung anführen. Gewiß wurde der quiritische Grundeigentümer auch quiritischer Eigentümer des Gebäudes, der Anpflanzung, aber aus keinem andern Grunde, als weil in diesen Fällen gar nicht Erwerb eines besondern Eigentumsrechts stattfindet, sondern das quiritische Eigentum am Boden auch das zu einem Bestandteil desselben gewordene Gebäude u. s. w. ergreift. Für die Frage, ob die *naturales adquisitiones* quiritisches Eigentum begründeten, kommen die bekannten Aufzählungen von Eigentumserwerbsarten bei Varro de r. v. 2, 104 und Ulp. fr. XIX, 2 in Betracht. Für das Verständnis der Stelle des Varro: *In emptionibus (servorum) dominum legitimum sex fere res perficiunt: si hereditatem iustam adiit* u. s. w. ist vorauszuschicken, daß, wie Bechmann mit Recht sagt, es sich darin nicht etwa um einen Erwerb von Sklaven durch *emtiones,* sondern um die Aufzählung der Erwerbsarten handelt, durch welche das *dominium* des Verkäufers bei Sklavenkäufen konstatiert werden kann. Es handelt sich also darum, welche Erwerbsarten zum *dominus legitimus,* d. h. zum *dominus ex iure Quiritium,* von Sklaven machen. Wenn man nun auch nach den Worten *dominum legitimum sex fere res perficiunt* annehmen müßte, daß Varro nur für ungefähre, nicht für absolute Vollständigkeit seiner Aufzählung einstehen will, so wäre es doch auch dann unbegreiflich, daß er gar keine *naturalis adquisitio,* namentlich nicht die Geburt eines Kindes von einer Sklavin, angeführt habe, falls auch diese zum *dominus legitimus* machen konnten.

Ulpian will angeben, wie *singularum rerum dominium nobis adquiritur.* Danach versteht sich also von selbst, daß er nicht, wie Varro, das *hereditatem iustam adire,* überhaupt keinen Erwerb durch *adquisitio per universitatem* anführt. Ebenso kann es, da er mit der Darstellung des reinen Privatrechts zu thun hat, nicht befremden, daß er keine nur dem Staatsvermögensrecht angehörige Erwerbsart, z. B. das *e praeda sub corona emere,* anführt. Mit vollem Recht aber darf man sich darüber wundern, daß er weder Okkupation noch Fruchterwerb noch Spezifikation anführt. Man könnte das aus einer Unvollständigkeit der Aufzählung erklären wollen, da er doch die Tradition, also eine dem *ius gentium* angehörige Erwerbsart, anführe. Die Tradition aber gerade ist eine Er-

werbsart des *ius gentium*, welche auch in das *ius civile* im engern Sinne recipiert ist. Näher kann darauf erst bei der Darstellung der Tradition selbst eingegangen werden. Hier möge nur darauf hingewiesen werden, daß nach den XII Tafeln *res venditae et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit* etc. Das Eigentum, welches die XII Tafeln dem Käufer, der die Sache durch Tradition empfangen, zuerkennen, ist gewiß kein anderes, als das *ex iure Quiritium*. Gerade, daß Ulpian die Tradition neben den übrigen *civiles adquisitiones* als Erwerbsart quiritischen Eigentums anführt, aber keine der anderen *adquisitiones iuris gentium*, weist darauf hin, daß nach ihm durch diese anderen *adquisitiones naturales* kein civiles Eigentum erworben wird. Man hat ferner gesagt, nach dem Ausspruche des Paulus in l. 23 D. de rei vind. 6, 1 stehe *in rem actio* dem zu, *qui aut iure gentium aut iure civili dominium adquisiit*. Für die natürlichste Erklärung der Worte des Paulus halte auch ich die, daß Paulus sagen will, die *in rem actio*, nicht: eine *in rem actio* steht dem zu, welcher entweder *iure gentium* oder *iure civili* Eigentum erworben hat. Er betrachtet also die *in rem actio* als eine einheitliche, und daraus schließt man nun, auch wenn es sich um den Schutz des *iure gentium* erworbenen Eigentums gehandelt habe, hätten in der *intentio* der *actio* die Worte *ex iure Quiritium* gestanden. Daß aber die Worte *ex iure Quiritium* als ein Zusatz der *intentio* betrachtet wurden, welcher unter Umständen auch wegbleiben konnte, zeigt l. 1 § 2 D. de rei vind. 6, 1. Hier heißt es: *Per hanc actionem* (die *specialis in rem actio*) *liberae personae, quae sunt iuris nostri — — — non petuntur — — — et ita Pomponius libro trigesimo septimo: nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet:* also *adiecta causa* soll man *filium suum* vindicieren können. Aus dem Folgenden geht dann hervor, daß unter *adiecta causa* der Zusatz *ex iure Quiritium* verstanden wurde. Man soll also nicht einfach *filium A^i A^i esse*, sondern *filium A^i A^i ex iure Quiritium esse* formulieren können, denn die *patria potestas* war ein dem *ius civile* im engern Sinne angehöriges Recht. Das römische Recht kannte also, das dürfen wir danach annehmen, die *specialis in rem actio* mit der einfachen *intentio: rem A^i A^i esse* ohne den Zusatz *ex iure Quiritium*, es kannte dieselbe auch mit diesem Zusatz. Darum wurde aber die Klage dennoch, da die *intentio* in beiden Fällen bis auf jenen Zusatz die gleiche war, als eine einheitliche angesehen. Von großer Bedeutung für unsere Ansicht ist noch l. 2 D. pro suo 41, 10. Freilich würde sie diese nicht haben, wenn die Behauptung richtig wäre, daß diese Stelle nicht in die Lehre von dem Usukapionstitel *pro suo* gehöre, sondern nur von der *possessio* als Interdiktsbesitz rede. Dagegen spricht aber, daß die Stelle entlehnt ist aus dem 54. Buch des Ediktskommentars des Paulus, in welchem dieser, wie viele aus demselben entlehnten Stellen der vorhergehenden Titel beweisen, Paulus ausführlich von der Usukapion und auch den einzelnen Usukapionstiteln handelte,[1] zusammengehalten damit, daß die Kompilatoren sie in den den Beschluß der die einzelnen Usukapionsgründe betreffenden Titel bildenden Titel *pro suo* aufgenommen haben. Herrenlose Sachen also, die durch Okkupation erworben sind, Sklavenkinder, Früchte unserer Sachen, was durch *specificatio* unser geworden, können wir *pro suo* usukapieren. Es stand uns zwar schon *iure gentium* oder *naturali* das Eigentum daran zu, aber durch Usukapion auf Grund des *titulus pro suo* verwandelt sich

[1] Lenel, Palingenesia I, p. 1069, n. 671 führt die Stelle unter lauter von der Usukapion redenden Stellen auf.

das bloße naturale Eigentum, das bloße *meum esse* in *meum esse ex iure Quiritium*. Die römische Einteilung der Eigentumserwerbsarten in *adquisitiones civiles* und *naturales* ist also nicht bloß eine Einteilung der Eigentumserwerbsarten nach der Provenienz *ex iure civili* oder *iure gentium*, sondern auch eine nach der civilen oder naturalen Wirkung.

2. Die *adquisitiones civiles*.

a. Die Mancipation.

§ 28. Daß bei nomadisch lebenden Völkern und auch noch bei rohen Ackerbauvölkern beim Warentausch vielfach Vieh das beliebteste Tauschmittel war, und daß dann auch der Wert anderer Gegenstände nach Viehhäuptern geschätzt wurde, wird durch mancherlei Nachrichten bewiesen.[1] So liegt denn auch nichts Unwahrscheinliches in der Annahme, daß die Ansetzung der ältesten römischen Multen in Rindern und Schafen nur ein Überrest von einem Gebrauch des Viehes als Tauschmittel und Wertmesser sei, worauf denn auch hinweist, daß die ältesten Münzen *boum ovium*que *effigie* geprägt waren.[2] Indessen schon sehr früh, in den Anfängen des römischen Staatswesens oder schon vor der Entstehung desselben, muß das Kupfer zum Hauptmittel des Austausches und zum Wertmesser erhoben sein.[3] Gemünztes Kupfer gab es ursprünglich nicht. Ohne Zweifel werden schon bestimmte Gewichtsstücke im Gebrauch gewesen sein, aber noch nicht in staatlicherseits hergestellter Form, sondern noch als *aes rude, aes infectum*. Diese rohen Kupferstücke *(raudera, rauduscula)* mochten nun wohl das beliebteste Tauschmittel, der gebräuchliche Wertmesser sein. Geld im Rechtstinne, d. h. von der Rechtsordnung als solcher anerkannter, sanktionierter allgemeiner Wertrepräsentant und Wertmesser, waren sie nicht. Rechtlich unterschied sich ein Austausch irgend welcher Waren für solches *aes rude* nicht von anderen Tauschgeschäften. Als ein von der Ware verschiedenes Geld erscheint dieses *aes rude* nur in der Mancipation, als Geld fungiert es nur in den *per aes et libram gesta*. Daß der Akt der Mancipation in seiner Entstehung bis in die Zeiten des Gebrauchs des *aes rude* zurückgeht, darauf deutet der Umstand hin, daß noch später das bei Mancipation imaginär zugewogene *aes* als *rauduscul*um bezeichnet wurde. Damals wird die Mancipation kein imaginärer, sondern ein reeller, und zwar nicht etwa bloß verabredeter, sondern wirklich vollzogener Kauf gewesen sein.[4] Wird sich die alte Mancipation von der spätern darin unterschieden haben, daß sie nach keiner Seite hin ein imaginärer Akt war, so wird sie darin mit dieser übereingestimmt haben, daß sie doch ein formaler Akt war; Mitwirkung von *quinque cives Romani puberes* und eines *libripens* dürfen wir als schon von der alten Mancipation herstammend ansehen. Aus der Gestalt, welche die Mancipation später noch zeigt, dürfen wir auf ihr ursprüngliches Wesen Schlüsse ziehen. In ihrer spätern Gestalt noch zeigt uns die Mancipation das Bild nicht eines beliebigen Tausches,

[1] Vgl. Knies, Das Geld S. 109 und die daselbst A. 1 citierten Schriftsteller.
[2] Plin. H. N. XVIII, 3. Cassiodor Var. VII, 32.
[3] Rubino, Beiträge zur Vorgesch. Italiens S. 4 ff.
[4] Über die Ansicht Leists, Mancipation u. Eigentumstradition S. 133 ff., vgl. Bechmann, Der Kauf I, S. 62 ff.; Karlowa, Rechtsgeschäft S. 184. Eine neuere Schrift über die Mancipation ist die von Antonio Longo, *La mancipatio*.

sondern eines Kaufs, obwohl dabei *aes rude* als Bild der Leistung des Käufers erscheint. Woran liegt das? Beim Kauf fungiert das Geld als Tauschmittel, als Aquivalent der Leistung des Verkäufers: es drückt aus, was die Ware für Käufer und Verkäufer wert ist, insofern der erstere soviel für den Erwerb der Ware giebt, der letztere sie nur für soviel weggiebt. Die Ware ist wohl Gegenleistung für das vom Käufer zu leistende Geld, sie ist aber nicht Äquivalent des Geldes; das Geld drückt den Wert der Ware, nicht die Ware den des Geldes aus. Der vorwiegende Zweck, die materielle *causa* des ganzen Kaufgeschäftes ist der Erwerb der Ware seitens des Käufers für das Geldäquivalent, nicht der Erwerb des Geldäquivalents seitens des Verkäufers für die Ware. Das Gesagte erklärt es, daß wohl der reell vollzogene Kauf, das Erwerben der Ware für ein Geldäquivalent noch als ein einheitliches Rechtsgeschäft gedacht werden kann, nicht aber das *permutare*, das Geben einer Sache für eine andere; denn hier hat das Erwerben der einen Sache durch einen der Tauschenden dieselbe Bedeutung, wie die Erwerbung der andern durch den andern, jeder dieser Erwerbe hat seine *causa* für sich, so daß hier zwei Akte erforderlich sind.[1] Jener Natur des Kaufs ganz entsprechend ist es, daß bei der Mancipation der Erwerb des Käufers als die hervorstechende Seite des Geschäfts erscheint: der Käufer, der *mancipio accipiens* spricht den auf den Erwerb der Ware für das *aes* gerichteten Willen in solenner Formel aus. Das *aes* erscheint in dieser Formel deutlich als das für die Sache zu leistende Äquivalent. In dieser Solennität, welche als schon bei der alten Mancipation als durchweg reellem Geschäft Platz greifend anzusehen ist, ist das *aes rude* unzweideutig nicht als beliebiges Tauschobjekt, sondern als Geld, als Äquivalent für die Ware dargestellt und denn auch, so solenn vor fünf Zeugen durch einen *libripens* der andern Partei zugewogen, von der Rechtsordnung anerkannt. Das *aes rude* ist also an sich noch kein Geld im Rechtssinn, es existiert noch nicht dauernd als solches, sondern als das allgemein beliebte und gebräuchliche Tauschmittel ist es nur fähig, im einzelnen Fall eine Geldfunktion zu vollziehen, und eine solche von dem *ius civile* im engern Sinne anerkannte Geldfunktion vollzieht es, wenn es vor fünf römischen Bürgern in der vom *libripens* gehaltenen Wage von der einen Partei der andern zugewogen wird. Nicht bloßer Tausch, sondern nur Erwerb für ein als Geld funktionierendes Aquivalent, nur Kauf ist im ältesten Recht als Erwerbsgrund des Eigentums *ex iure Quiritium* anerkannt. Es können nur Sachen, welche des Eigentums *ex iure Quiritium* fähig sind, also ursprünglich nur *res mancipi* durch Kauf, d. i. durch Mancipation, zu jenem Eigentum erworben werden.

Die Umgestaltung der Mancipation aus einem reell vollzogenen Kauf in einen Sach- bezw. Rechtserwerb in Gestalt eines imaginären Kaufs hängt mit dem Aufkommen des gemünzten Geldes zusammen. Über die Frage, wann das staatliche Münzen des Geldes zuerst aufgekommen sei, gehen die Meinungen auseinander. Die gewöhnliche Annahme der Alten ging dahin, daß die Einführung der Münze in Rom von Servius Tullius herrühre, und in Übereinstimmung damit halten noch neuere Schriftsteller[2] daran fest, daß schon in

[1] Vgl. Karlowa, Rechtsgeschäft S. 247.

[2] Huschke, Das alte röm. Jahr S. 278, A. 170. Derselbe, Die *multa* S. 176, namentlich A. 94. Karlowa, Civilpr. z. Z. der Legisakt. S. 40. S. auch Marquardt, Röm. Staatsverwaltung II, S. 6, A. 4.

der servianischen Epoche das eigentliche Münzen eingeführt sei. Nach Mommsen[1] dagegen soll die Einführung des gemünzten Geldes in Rom nicht vor dem Decemvirat stattgefunden haben, ja wahrscheinlich sei sie ein integrierender Bestandteil der Decemviralgesetzgebung gewesen. Diese Hypothese hat manche Anhänger[2] gefunden. Am weitesten will die Einführung der Münze in Rom K. Samwer[3] herabrücken. Er meint,[4] der späteste Beginn der römischen Münzung dürfe nicht über die Mitte des 4. Jahrhunderts vor unserer Zeitrechnung (404 d. St.) hinausgeschoben werden. Er behauptet, es habe sich nicht nur keine Spur davon erhalten, daß der Wortlaut der zwölf Tafeln eine Münze erwähnte, sondern es sei auch gewiß, daß in denselben die vor der Einführung der Münze allgemeine Rechnung nach Pfunden Kupfers angewandt wurde. Wenn die römischen Schriftsteller in ihren Berichten über Geldsummen, welche in betreff des *sacramentum,* einzelner Strafen in den zwölf Tafeln festgesetzt waren, von *asses* sprechen, so ist dies allerdings kein Beweis für das Vorkommen dieses Ausdrucks in denselben, denn, wie Paulus bei solcher Gelegenheit von Sesterzen redet, welche sicherlich nicht in den zwölf Tafeln genannt waren, so könnten auch die *asses* erst den Schriftstellern, nicht dem Gesetz angehören. Noch weniger spricht aber irgend eine Spur dafür, daß die zwölf Tafeln *libras pondo* oder *pondo* den Zahlen hinzugefügt haben. Samwer meint freilich, falls die zwölf Tafeln bei Geldwertsangaben nur *aeris* oder gar nichts hinzugesetzt hätten, so wäre doch immer *pondo* oder *pondo libras* bezw. *aeris pondo* oder *aeris pondo libras* zu ergänzen. Daß man nicht *asses* ergänzen dürfe, folge mit Notwendigkeit daraus, daß die Asse eine neue, bisher unbekannte und noch nicht vorhandene Münze waren, deren Beifügung zu der Zahl, wenn ihre Einführung erst durch die zwölf Tafeln geschah, nicht habe fortbleiben können. Bei dieser Argumentation ist aber die Bedeutung des Wortes *as* verkannt. *As* bedeutet bekanntlich bei vielen Arten der Teilung eine größere Einheit, noch Volusius Maecianus de ass. distr. 78 sagt: *(Dicitur) ita as quidem, seu de divisione solidi, seu de pondere, seu de numerata in aere pecunia agatur.* Wird doch auch in noch viel späterer Zeit bei der Angabe von Geldsummen zu der Zahl einfach *aeris* hinzugesetzt. Hat dabei das Zahlwort die maskuline Endung, so ist das hinzuzudenkende Hauptwort *asses.* So wird auch in den zwölf Tafeln zu *aeris* oder der bloßen Zahl *asses* oder *aeris asses* hinzuzudenken sein. Kam wirklich einmal in jener Gesetzgebung ganz einfach *viginti quinque poena* vor, so ist das vielleicht, wie Rubino[5] mit Recht sagt, mit Zurückbeziehung auf schon genannte, mit *aeris* bezeichnete Summen gesagt. *Libra* dagegen hat nicht jene allgemeine Bedeutung einer größern Einheit: im Gegensatz zu *as* sagt Volusius Maecianus l. c. davon: *libra autem in pondere.* Vom Gelde wird *libra* nur in Anwendung auf *aes rude,* ungemünztes Kupfer, gebraucht *(hanc tibi libram primam postremamque expendo), as* dagegen vom gemünzten Pfund Kupfers. Hätten die zwölf Tafeln noch Pfunde von *aes rude* vor Augen, so müßte zu *aeris* notwendig *libra* hinzugesetzt sein; zu dem einfachen Genitiv *aeris* kann meines Erachtens nur *asses* hinzugedacht sein, wie auch später. Diese Ausdrucksweise spricht also dafür, daß es zur Zeit der Zwölftafelgesetz-

[1] Gesch. d. röm. Münzwesens S. 174 ff.
[2] Vgl. die bei Karlowa, a. a. O. S. 40, A. 1 citierten Schriftsteller.
[3] Wiener Numismatische Zeitschrift, 15. Jahrgang (1883), S. 14 ff.
[4] A. a. O. S. 43. [5] Beiträge z. Vorgeschichte Italiens S. 11 Anm.

gebung schon Pfunde von *aes signatum*, gemünzte Kupferpfunde, gab. Wie haben wir uns nun das rechtliche Wesen des *aes signatum* im Gegensatz des *aes rude* zu denken? Das *aes rude* ist an sich noch kein Geld, es ist nur fähig, bei dem Akt solenner Zuwägung eine Geldfunktion zu erfüllen. Das *aes signatum* ist als Staatsfabrikat zu denken, durch das auf das verarbeitete Kupferstück vom Staat gesetzte *signum* ist es als Geld, als allgemeiner Wertrepräsentant und allgemeiner Wertmesser anerkannt. Damit ist die Solennität des Zuwägens durch einen *libripens* vor *quinque cives romani* zu dem Zweck, das *aes* als Geld funktionieren zu lassen, unnötig geworden. Die *per aes et libram gesta* werden seitdem in Bezug auf das Zuwägen des *aes* imaginäre Akte. Damit hatte aber das Geldleisten das Wägen doch noch nicht abgestreift. Die Alten nehmen bekanntlich an, daß auch die *aerei nummi* noch zugewogen wurden,[1] und dieser Annahme folgen auch manche Neueren,[2] während Mommsen[3] und nach ihm andere dieselbe als irrtümlich verwerfen. Es wird gesagt, bei solcher Annahme erscheine die vom Staat unternommene Ausmünzung zwecklos. Allein solennes Zuwägen durch einen *libripens* vor *quinque cives romani puberes* und Zuwägen sind nicht identisch. Das *aes signatum* beseitigte für Geldleistungen jenes solenne Zuwägen, aber das *signare* sollte keine Beglaubigung des in dem mit dem *signum* versehenen Kupferstück enthaltenen Gewichts geben. Das Wertzeichen war noch keine *forma publica populi Romani*, welche den Beweis lieferte, daß das Münzstück das rechtlich vorgeschriebene Gewicht Metalls enthalte. Die Münze im spätern römischen und im modernen Sinne ist nicht auf einmal entstanden. Bestimmung der Rechtsordnung war zunächst nur, daß Kupferstücke mit den und den verschiedenen Gewichtszeichen Geld sein, d. h. allgemeiner Wertrepräsentant und Wertmesser sein sollten. Die Herstellung der Münze war Sache der Verwaltung und ging in der Regel von vom Senat beauftragten Magistraten aus. Das von diesen unter Kontrolle des Senats besorgte *signare* des *aes* hatte nicht für den Privatverkehr die zwingende Bedeutung, daß die einzelne Münze zu dem Nominalgewicht hätte angenommen werden müssen. Um das angebliche Gewicht der Münzstücke festzustellen, dazu bedurfte es im Verkehr immer noch eines *adpendere*, welches aber zu solchem Zweck kein solennes zu sein brauchte, sondern unter dem Zahlenden und dem Zahlungsempfänger abgemacht werden konnte. Wenn nicht das Zuwägen des Kupfers in diesem Sinne noch fortwährend vorgekommen wäre, so würde es gar nicht zu erklären sein, daß dasselbe in der Vorstellung der Römer mit solcher Festigkeit haftete, daß das Andenken daran sich in vielen Ausdrücken des täglichen Lebens erhalten hat, wie *stipendium, expensum, expensilatio, impensa, pensio, dispendium, dispensator* u. a. Man hat gesagt, auch die Reduktion des Gewichts der Münze sei bei der Annahme, daß die Münzen zugewogen seien, unerklärlich. Die neueren Münzforschungen und Wägungen der erhaltenen Asse haben gezeigt, daß das älteste Gewicht der römischen *asses* in der That 12 Unzen, ein Pfund Kupfer betrug,[3] wie denn auch die alten Schriftsteller, namentlich Varro,[4] als Gewicht des Libralasses das römische Pfund bezeichnen. Die Wägungen haben aber auch gezeigt, daß namentlich infolge schwerer Kriege entstehende Finanznot des römischen Staats eine ste-

[1] Plin., N. H. 33, 42. Gai. I, 122.
[2] Vgl. die Angaben bei Marquardt, a. a. O. S. 7, A. 3. [3] A. a. O. S. 194.
[3] Samwer, a. a. O. S. 45 f. [4] De re rustica 1, 10, 2. De l. l. 5, 169.

tige Verminderung des Gewichts der Münzen herbeigeführt hat. Indessen solche Gewichtsverminderung war nicht Folge gesetzlicher Anordnung, welche etwa mit Einführung eines allgemeinen Zwangskurses zum Nominalgewicht verbunden gewesen wäre. Sie erfolgte wohl nur *decreto patrum,* war einfache vom Senat beschlossene Verwaltungsmaßregel. Die Verwaltungsanordnung des Senats bezw. der Magistrate hatte nun zur Folge, daß allerdings im Verkehr mit dem Staat die ein vermindertes Gewicht enthaltenden *asses* wie vollwichtige angenommen werden mußten, aber auf den Privatverkehr konnte jene Verwaltungsmaßregel nicht zwingend einwirken; in diesem werden die Asse nach wie vor zugewogen, also nur ihrem wahren Gewichte nach genommen sein. Der große Münzfund von Cervetri „ergab die gleichzeitige Vergrabung und daher den gleichzeitigen Umlauf von $11^1/_2$- und von 5-Unzenassen und zeigt, da eine Devalvierung und Tarifierung die älteren Münzen verschwinden läßt, daß eine solche bis dahin nicht stattgefunden hatte".[1] Schon mit Rücksicht auf diesen Schatz wird es als zweifelhaft bezeichnet, „ob vor 286 v. Chr. (486 d. St.) die Libralmünzen von jedermann nicht bloß im Verkehr mit dem Staat, sondern auch im Privatverkehr zwischen Mann und Mann zu ihrem Nennwert angenommen werden mußten".[2] — Von viel einschneidenderer Bedeutung war die Münzreform vom Jahre 486 d. St. Seit diesem Jahre wurde vom römischen Staat Silber gemünzt, und diese Silbermünze war zuerst eine *pecunia signata forma publica populi Romani* in dem Sinne, daß diese *forma publica,* welche *publica fides* hatte, den Beweis lieferte, daß in der Münze das gesetzlich vorgeschriebene Gewicht Metalls enthalten sei, also den durch Zuwägen im einzelnen Fall herzustellenden Beweis unnötig machte und ausschloß. Die Kupferwährung wurde nicht etwa abgeschafft. Vielmehr hatte der römische Staat seitdem eine Doppelwährung; *pecunia numerata,* sagt Volusius Maecianus § 44, *postea et in argento feriri coepit ita, ut omnis nummus argenteus ex numero aeris potestatem haberet:* die Silbermünzen Denar, Quinar, Sesterz waren gesetzlich je 10, 5, $2^1/_2$ *asses* gleichwertig. Das setzte natürlich voraus, daß auch das Gewicht Kupfers, welches die *asses* von jetzt an enthalten sollten, gesetzlich festgestellt wurde, bezw. daß auch bei ihnen die *forma publica* den Beweis, daß in dem einzelnen *as* dies Gewicht enthalten sei, lieferte; wobei es hier dahingestellt bleiben kann, ob die dem Denar, Quinar, Sesterz gleichgestellten 10, 5, $2^1/_2$ Asse Trientalasse oder Sextantarasse waren. Auf die späteren Münzveränderungen braucht hier nicht eingegangen zu werden. Nur das mag noch bemerkt werden, daß für gewisse besonders geartete Staatsgeschäfte noch lange der Ansatz der betreffenden Summen im alten *aes grave* beibehalten wurde; sowie daß später (wann, scheint noch keineswegs zweifellos zu sein) der Sesterz Äquivalent für den alten schweren *as* wurde. —

So lange es noch kein *aes signatum,* also noch kein Geld gab, sondern nur dem *aes rude* in konkretem Fall durch Zuwägen in der solennen Form eine Geldfunktion gegeben werden konnte, war das letztere nur möglich unter römischen Bürgern bezw. im Verkehr mit solchen Personen, welche *commercium* im strengen Sinne mit römischen Bürgern hatten, also mit Latinen. Die *mancipatio* war also ein dem *ius civile* im engern Sinne, nicht dem *ius gentium* angehöriger Kauf. Erst nach dem Aufkommen des *aes signatum,* welches, wenn es auch, um die Richtigkeit des Gewichts zu konstatieren, zugewogen wurde,

[1] Samwer, a. a. O. S. 51. [2] Samwer, a. a. O. S. 188.

doch Geld war und nicht mehr, um als solches zu fungieren, in jener solennen Weise zugewogen zu werden brauchte, gab es auch im Verkehr mit den Peregrinen ein Geld im Rechtssinn. Was hieraus für die Geschichte des Kaufs zu entnehmen, ist an anderer Stelle darzulegen. Hier haben wir die Gestalt der Mancipation zu betrachten, seitdem sie in Bezug auf das Geldzuwägen zu einem imaginären Akt geworden war. Nach Gaius I, 119 spricht der *qui mancipio accipit* vor den zugezogenen fünf Zeugen und dem *libripens,* indem er das Stückchen Erz in der Hand hält, die Formel aus: *Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra,* schlägt darauf mit dem Erzstück an die vom *libripens* gehaltene eherne Wage und giebt es dem, *a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.* Der Sinn dieses Formulars wird von Bechmann in folgender Weise aufgefaßt. Der Satz *hanc rem meam esse aio ex iure Quiritium* bezeichne die Wirkung, welche mit dem Kauf verbunden sein solle, als eine im konkreten Fall eingetretene. Nicht „ich will Eigentümer sein", sondern „ich bin Eigentümer". Der Satz enthalte also, in einseitiger Form und als Wirkung des Kaufs ausgesprochen, die Garantieklausel.[1] Die Garantiepflicht sei dem Kauf nicht immanent, alle Garantie sei zufällig.[2] Die Mancipation unterscheide sich dadurch von dem formlosen Kauf, daß ihr diese Zusage inhäriere, während sie beim formlosen Kauf erst durch einen besondern Akt begründet werden müsse. Man könne sich vielleicht noch genauer so ausdrücken: es handle sich um eine Zusage nicht in der äußeren Form eines Versprechens, sondern in der Form einer stillschweigenden Affirmation, sofern der Verkäufer, indem er zu der Behauptung des Käufers *aio etc.* stillschweige, die Garantie für ihre Richtigkeit übernehme. Mit der Mancipation sei schon durch ihre Struktur, also ohne daß es eines hinzukommenden besondern Willens und Vertrages bedürfe, Garantie verbunden.[3] — Diese Äußerungen vermag ich nicht miteinander in Übereinstimmung zu bringen. Ist die Garantie mit der Mancipation schon ihrer Struktur nach, ohne daß es eines besondern Willens und Vertrages bedürfte, verbunden, inhäriert ihr diese Zusage, dann muß sie ihr wohl immanent sein. Was sollte für ein Unterschied zwischen Inhärieren und Immanent-sein bestehen? Und wenn alle Garantie zufällig ist, indem sie gerade darin besteht, daß jemand eine an und für sich einen Andern treffende Gefahr übernimmt, dann ist es wieder schwer begreiflich, wie der Mancipation diese Zusage inhärieren, nicht in einem besondern Akt bestehen soll? Man erwäge ferner folgendes. Der die Garantie Übernehmende ist bei der Mancipation der, von welchem der Andere *mancipio accipit.* Diese Garantieübernahme soll nach Bechmann in stillschweigender Affirmation, in dem Stillschweigen zu dem *aio etc.* des *mancipio accipiens* bestehen. Erwarten sollte man aber vielmehr, daß, wie der Erwerber des Rechts die auf den Erwerb gerichtete Formel ausspricht, so der die Garantie Übernehmende eine diese Garantieübernahme ausdrückende Formel auszusprechen hätte, möchte diese nun einen Bestandteil des eigentlichen Mancipationsakts bilden oder etwas zu demselben Hinzutretendes sein. Übernahme der Garantie durch stillschweigende Affirmation scheint mir durchaus diesem solennen Akt, bei welchem auch die hinzutretende Beredung nur, wenn sie die Gestalt des *lingua nuncupare* annimmt, rechtliche Kraft haben soll, zu widersprechen. — Die Voraussetzung von Bechmanns ganzer Deduktion ist, daß der Satz *hunc ego hominem*

[1] Der Kauf I, S. 101. [2] A. a. O. S. 140 ff. [3] A. a. O. S. 153.

ex iure Quiritium meum esse aio den Eigentumserwerb als Wirkung, nicht etwa als Absicht bezeichne; daß er bedeute: Nicht „ich will Eigentümer sein", sondern „ich bin Eigentümer". Nun ist es richtig, daß der Satz die letztere Bedeutung haben kann. Eine andere Frage aber ist, ob er nicht eine andere Bedeutung haben könne, und diese Frage ist zu bejahen. Das *aio* kann auch das ein Wollen ausdrückende Bejahen bedeuten, wie aus Stellen hervorgeht, in denen von einem Etwas befehlenden Gesetze der Ausdruck *„ait lex"* gebraucht ist. Daß aber in unserer Formel das *aio hunc hominem meum esse ex iure Quiritium* nicht den Sinn einer assertorischen Behauptung hat („ich behebehaupte, Eigentümer zu sein"), sondern den auf unmittelbaren Eigentumserwerb gerichteten Willen ausdrückt, geht aus den sich daranschließenden Worten: *isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra* hervor. Die Mancipation war, auch als das *aes* noch reell zugewogen wurde, vorwiegend Sacherwerb, das Geben des *aes* war nur die *causa* dieses Sacherwerbs. Daher stand die auf diesen Sacherwerb gerichtete Willenserklärung des Käufers an der Spitze, und die die *causa* dieses Erwerbswillens ausdrückende Erklärung *„isque mihi emptus esto"* folgte darauf; die letztere aber läßt keinen Zweifel darüber, daß das *aio hunc hominem meum esse* nicht den Sinn einer assertorischen Behauptung, sondern einer Willenserklärung hat. Seitdem die Mancipation zu einer *emtio venditio imaginaria* geworden war, ist aber in derselben nicht mehr die reelle *causa* des Sacherwerbs, sondern nur eine imaginäre *causa* ausgedrückt. Das Zuwägen des *aes* ist bei der Mancipation, wie bei allen *per aes et libram gesta,* zwar nicht ursprünglich, aber später etwas bloß Imaginäres, etwas bloß Bildliches, und zwar bei der Mancipation das Bild des Zuwägens des Kaufpreises. Es ist das Bild nicht etwa von einer wirklichen in oder bei der Mancipation stattfindenden Handlung, sondern ein bloßes Bild eines Vorgangs, welcher in einer frühern Periode real in der Mancipation vorging. Das Hingeben des *rauduscolum* ist gar nichts Reales, es wird nicht etwa zu Eigentum an den *mancipio dans* gegeben. Dasselbe *rauduscolum* konnte ohne Zweifel bei vielen nacheinander stattfindenden Mancipationsakten verwendet werden. Warum man den Ausdruck dieser imaginären *causa* in dem Mancipationsakt beibehalten und dieselbe nicht einfach auf den solennen Ausdruck des Eigentumsübertragungswillens vor fünf Zeugen beschränkt habe, läßt sich fragen. Meines Erachtens liegt der Grund einmal darin, um nach wie vor äußerlich erkennbar hervortreten zu lassen, daß das *hunc ego hominem meum esse aio* den Sinn einer Willenserklärung, nicht den einer assertorischen Behauptung haben solle. Sodann aber und hauptsächlich hätte die Weglassung des Zusatzes *isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra* den Zerfall der ganzen Solennität, nämlich den Wegfall des *libripens* und der fünf Zeugen zur Folge gehabt. Zunächst ist zu fragen, ob sich die Funktion der Zeugen auf irgend einen Teil des Akts allein oder doch hervorragend beziehe. Es ist gesagt worden,[1] die Funktion der Zeugen beziehe sich weder einseitig auf die Sache, um den Eigentumserwerb zu solennisieren, noch auf das Äquivalent. Vielmehr sei auf Grund der Mitwirkung der Zeugen das Geschäft in seiner Totalität, nach allen den einzelnen rechtlichen Beziehungen, die sich aus der Natur des unmittelbar gegenseitig vollzogenen Kaufs und der besonderen juristischen Formulierung des Geschäfts ergäben, unter die direkte staatliche Autorität und

[1] Bechmann, Kauf I, S. 90.

Garantie gestellt. Diese Auffassung läßt außer acht, daß der *libripens* und die *quinque cives Romani puberes* bei jedem *per aes et libram gestum* konkurrieren, also früher auch bei dem *nexum*, wie aus der später noch erhaltenen Solennität der *solutio per aes et libram* hervorgeht. Erwägt man, daß *libripens* und fünf Zeugen bei allen *per aes et libram gesta* und nur bei ihnen konkurrieren, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß die fünf Zeugen in erster Linie bei dem Akt des Zuwägens des *aes* konkurrieren sollten. Da dieses Zuwägen aber bei der Mancipation, d. h. bei dem ursprünglichen Kauf, einen von dem ganzen Akt untrennbaren wesentlichen Bestandteil desselben bildete, so bezog sich dann folgeweise die Assistenz der Zeugen auf den ganzen Akt. Hätte man aber jenen Bestandteil des Akts, um deswillen zunächst die Zeugen zugezogen wurden, nämlich das imaginäre Zuwägen des *aes* und die dasselbe begleitende Formel *„isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra,* weggelassrn, so hätten damit auch *libripens* und Zeugen wegfallen müssen. Um also überhaupt die althergebrachte und in der Sitte des Volks fest wurzelnde Solennität der Mancipation konservieren zu können, mußte man auch den Ausdruck der imaginären *causa* des Kaufs in derselben beibehalten. Woher rührt aber die Fünfzahl der Zeugen bei dem Akt? Man hat darin eine Vertretung der fünf servianischen Klassen sehen wollen. Bruns[1] hat sich mit Recht gegen diese Annahme ungläubig und ablehnend verhalten, eine Annahme, die auch deshalb mißlich ist, weil sie nötigt, die Mancipation in der allein bekannten Gestalt für jünger als die servianische Reform zu erklären. Aber auch Bruns noch sagt, man könne diese und andere Zahlen als nach den Volksabteilungen gebildet ansehen. Warum man sie aber danach gebildet haben sollte, wenn sie doch nicht für eine Vertretung derselben zu halten sein sollen, ist nicht abzusehen. Sehen wir uns die Zahlen der Zeugen, welche wir im alten Recht finden, etwas näher an. Es sind, wie Bruns richtig sagt, die Zahlen 3, 5, 10. Schon von verschiedenen Forschern[2] ist hervorgehoben, daß bei den Italikern (Umbrern, Oskern, Latinern) alle ältesten Verhältnisse vom Dezimalsystem durchdrungen waren. Die ältesten Zahlzeichen sind (außer dem für ein) die Zeichen für die Ziffern fünf und zehn, die Zahlen der Finger der Hand und der Doppelhand. Nicht wunderbar, daß man diesen dem Dezimalsystem angehörigen Zahlen nun auch bei den für formelle Geschäfte zuzuziehenden Zeugen begegnet, und daß man bei dem feierlichen sakralrechtlichen Akte der *confarreatio* die volle Zahl von zehn Zeugen forderte, dagegen bei den zwar auch formellen, aber doch dem alltäglichen Geschäftsverkehr angehörenden *per aes et libram gesta* die Hälfte, die Fünfzahl der Zeugen genügen ließ. Die Zeugen mußten geschlechtsreife Personen männlichen Geschlechts, römische Bürger und unbescholten sein. Dadurch wird der Akt als ein nicht dem häuslichen Leben, sondern dem öffentlichen Geschäftsverkehr, an welchem nur Männer teilnahmen, und zugleich dem civilrechtlichen Verkehr angehöriger gekennzeichnet. Auch ein *prodigus*, welchem *commercio* interdiziert ist, kann nicht als Zeuge bei der Mancipation fungieren. Bezeugt ist zwar nur, daß er nicht Zeuge bei der Testamentseröffnung sein kann.[3] Aber das ist wohl nur eine einzelne Anwendung des umfassendern Satzes, daß er nicht Zeuge bei einem *per aes et libram gestum*

[1] Die sieben Zeugen d. röm. Rs. S. 5 f.
[2] Vgl. Rubino, Beiträge z. Vorgesch. Italiens S. 14 f. Mommsen, Röm. Gesch. I[4], S. 207 ff.
[3] L. 18 pr. D. de test. 28, 1.

sein kann. Für den *libripens* werden keine anderen Eigenschaften verlangt sein, als die eben für die Zeugen hervorgehobenen. Die Annahme, daß er ein vom Staat angestellter Beamter gewesen, ist unerweislich und durch die Natur des Akts nicht geboten. Es genügte, daß die Wage von einem von den Parteien und Zeugen Verschiedenen, mit den obigen Eigenschaften Versehenen gehalten wurde. Daß die Zeugen, und zwar wohl von dem *mancipio accipiens,* aufgefordert sein mußten, bei dem Akt zu assistieren, kann man ohne weiteres annehmen, auch bieten die Worte der XII Tafeln:[1] *Qui se sierit testarier libripensve fuerit* u. s. w. einen äußeren Beleg dafür. Ob die Aufforderung an die Zeugen einen formellen Bestandteil des Mancipationsakts gebildet habe, steht dahin. Daß der Zeuge beim Mancipationsakt nicht bloß kein *surdus,* sondern auch kein *mutus* sein darf (Ulp. XX, 7), spricht für eine an ihn gerichtete Aufforderung, Zeuge zu sein, auf welche er zusagend zu antworten hatte. Das Fehlen solchen Bestandteils in unserer Überlieferung würde nicht mit Entschiedenheit dagegen sprechen, daß er früher vorhanden gewesen; denn einmal sprechen andere Anzeichen dafür, daß Gaius die alte Solennität nicht mehr in vollem Umfange mitgeteilt hat; sodann spricht die Analogie anderer Akte dafür, bei welchen im Laufe der Zeiten ein Abbröckeln von ursprünglich umständlicheren Formalitäten stattgefunden hat. So macht auch die Mancipation in der noch erhaltenen Gestalt den Eindruck eines im Laufe der Jahrhunderte stark verwitterten Gesteins, dessen ursprüngliche volle Gestalt nicht mehr nachgewiesen werden kann. Ein solches später wohl in den Mancipationssolennitäten nicht mehr vorkommendes abgebröckeltes Stück scheinen die von Varro[2] und Festus[3] überlieferten Worte: *rudusculo libram ferito* zu sein. Nach der Stelle des Festus kann man nicht zweifeln, daß die Worte bei der Vornahme der Mancipation, und zwar, bevor der *mancipio accipiens* mit dem Erzstückchen die Wage berührte, gesprochen wurden. Am natürlichsten ist es wohl, die Worte als vom *libripens* gesprochen anzusehen. Diese Ansicht nötigt nicht, bei den Worten des Varro: *ex eo veteribus in mancipiis scriptum* an Mancipationsurkunden zu denken; sie können so erklärt werden, daß die *veteres,* d. h. die alten Juristen, bei den in ihren Schriften gegebenen Beschreibungen der Mancipationsförmlichkeiten die Worte als einen Bestandteil derselben angeführt hätten.

Es fragt sich aber ferner, in welchem Sinne man die sogenannte *nuncupatio* als einen Bestandteil der Mancipation anzusehen habe. Auszugehen ist dabei von der überlieferten Bestimmung der XII Tafeln: *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.*[4] Die Fassung dieses Satzes, insbesondere das in dem Vordersatz gebrauchte temporale *cum*, läßt annehmen, daß das *lingua nuncupare* nicht als etwas in dem Hauptakt des *nexum facere* oder *mancipium facere* Enthaltenes, sondern als etwas denselben Begleitendes, zu demselben Hinzutretendes gedacht ist. Auch das kann man schon aus der Zwölftafelbestimmung entnehmen, daß bei dem *lingua nuncupare* an solche zu dem Hauptakt hinzutretende Nebenfestsetzungen gedacht ist, welche in mündlicher, einseitiger Rede getroffen sind: sie schienen, als nicht in dem Hauptakt selbst enthalten, einer besondern Sanktion des Gesetzes (*ita ius esto*) zu bedürfen. Auch wo sonst des *nuncupare* Erwähnung geschieht, erscheint dasselbe als eine in solenner einseitiger Rede erfolgende Festsetzung: so in den *nuncupata vota*

[1] Gell. N. A. XV, 13, 11. [2] De l. l. V, 163.
[3] S. v. Rodus (265). [4] Fest. p. 173 M. Cic. de or. I, 57, 245.

bei Einholung von Auspicien bezw. Darbringung von Opfern,[1] in den *leges nuncupatae* bei Einweihung eines Tempels.[2] Dabei ist noch zu bemerken, daß das *nuncupare* wohl immer als ein vor Zeugen erfolgendes und auf nichts Unbestimmtes gehendes, wenn es sich um Geld handelt, auf eine bestimmte Geldsumme gerichtetes gedacht wird. Ausgehen muß das *lingua nuncupare* von demjenigen, welcher durch dasselbe irgend eine Haftung oder Verpflichtung übernimmt. Das ist bei der Mancipation nicht der *mancipio accipiens*, sondern der *mancipio dans*; er ist in dem Zwölftafelsatz das Subjekt des *uti lingua nuncupassit*. Es wird das einmal bestätigt durch Cic. de off. III, 16: *Ac de iure quidem praediorum sancitum est apud nos iure civili, ut in his vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret: a iureconsultis etiam reticentiae poena est constituta.* Unzweifelhaft ist damit auf unsere Zwölftafelbestimmung Bezug genommen und der Verkäufer, also der Mancipant, als der, von welchem das *lingua nuncupare* ausgeht, bezeichnet. Zugleich giebt die Stelle einen Beleg dafür, daß der Mancipant aus dem Mancipationsakt (im weitern Sinne) nur für das einstand, was er ausdrücklich durch *lingua nuncupare* garantiert hatte. Weiter wird der Mancipant als Subjekt des *lingua nuncupare* erwiesen durch die *nuncupatio* bei dem *testamentum per aes et libram*, deren Subjekt auch nicht etwa der *familiae emtor*, sondern der Testator, der Mancipant ist. — Fragen wir weiter, was der mögliche Inhalt der an den Hauptakt der Mancipation sich anschließenden *nuncupatio* sein könne, so ist natürlich die Meinung zurückzuweisen, daß nach dem mehrerwähnten Zwölftafelgesetz alles Mögliche rechtsgültig geworden sei, was die eine oder andere Partei neben dem *nexum* oder *mancipium* ausgesprochen habe. Durch den Inhalt des Hauptakts der Mancipation ist schon die Grenze gezogen für das, was möglicher Inhalt der an jenen sich anschließenden Nebenfestsetzung bilden kann: es können nur irgend welche Modalitäten jenes Hauptinhalts sein. Im einzelnen ergiebt sich aus den Quellen bezüglich des möglichen Inhalts der *nuncupatio*, welche übrigens schon bei Cicero in der Regel nicht mehr mit diesem Ausdruck bezeichnet wird, sondern durch *in mancipio dicere, in mancipii lege dicere* wiedergegeben wird, folgendes. Nach Cic. de off. 3, 16 konnte der Mancipant in der *nuncupatio* gewisse *vitia* bezeichnen, für deren Abwesenheit in Bezug auf die mancipierte Sache er Garantie übernehmen wollte. Ebenso konnte bei Mancipation eines Grundstückes in der *nuncupatio* der *modus*, der Flächeninhalt desselben angegeben werden, für welchen der Mancipant die Garantie übernehmen wollte. Es ist dies daraus zu entnehmen, daß nach Paul. II, 17, 4 die Klage *si quis de modo mentiatur, in duplum eius, quod mentitus est* gehen soll, was sich, wie wir sehen werden, nur aus der Verlautbarung des *modus* in der *lex mancipii* erklärt. Nach der bätischen Fiduciartafel ist auch anzunehmen, daß die *adfines* des mancipierten Grundstückes in der *nuncupatio* angegeben werden konnten. Auch dafür, daß die mancipierte Sache von gewissen Servituten frei oder überhaupt servitutfrei sind, konnte durch ausdrückliche Zusage in der *nuncupatio* Garantie übernommen werden. Ebenso konnte der Veräußerer das Dasein von Servitutrechten zu Gunsten des mancipierten Grundstücks durch Verlautbarung derselben in der *nuncupatio* garantieren. Den Inhalt der *nuncupatio* scheinen dem Gesagten nach nur assertorische, deklaratorische Angaben schon

[1] Fest. s. v. Nuncupata (173). [2] Varro, de l. l. VI, 60.

an der mancipierten Sache bestehender Rechte, Lasten, des Umfanges oder der Qualitäten derselben, sowie Versicherungen zu ihren Gunsten bestehender Rechte gebildet zu haben, für deren Vorhandensein der Veräußerer die Garantie übernahm, also eventuell haftete. Dagegen Neubegründung von Rechten konnte in der *nuncupatio* nicht geschehen, auch nicht durch Vorbehalt von Personal- oder Prädialservitutrechten zu Gunsten des Veräußerers. Solcher Vorbehalt mußte in den rechtbegründenden Hauptakt selbst aufgenommen werden. — Auch eine Garantieablehnung in Bezug auf bestimmte faktische Mängel der Sache und bestimmte auf derselben lastende Servituten konnte in die *nuncupatio* aufgenommen werden, aber als Inhalt der an die *mancipatio* sich anlehnenden *nuncupatio* wird die Garantieübernahme historisch älter sein, als die Garantieablehnung. Die Aufnahme letzterer in die *nuncupatio* erwies sich erst als notwendig, als, wie Cicero de off. III, 16 sagt, *a iureconsultis etiam reticentiae poena est constituta.* Seitdem mußten, wenn der Veräußerer sich nicht einer Haftung aussetzen wollte, die demselben bekannten *vitia* der Sache und darauf lastenden Servituten in der *nuncupatio* verlautbart werden. Zwischen der Wirkung aber der Garantieübernahme und der Garantieablehnung besteht der wichtige Unterschied, daß aus der erstern, falls sich die Behauptung der Nunkupation als falsch erweist, gegen den *mentitus* eine Klage aufs doppelte entspringt, die letztere eine Klage wegen Verschweigens des betreffenden Fehlers ausschließt.

Vor allem wichtig ist nun aber die bisher ausgesetzte Frage, worauf die Haftung des Mancipanten dafür, daß dem *mancipio accipiens* die Sache nicht evinciert werde, zurückzuführen ist. Aus den verschiedensten Äußerungen der Alten geht hervor, daß der *mancipio dans* durch die Mancipation die *auctoritas* für den Erwerb des *mancipio accipiens* übernimmt. Der Sinn dieser Übernahme der *auctoritas* ist, vorläufig angegeben, der, daß der *mancipio dans* sich dadurch anheischig macht, in einem etwaigen demnächst gegen den *mancipio accipiens* von seiten eines Dritten zu erhebenden Prozeß auf Herausgabe der Sache auf Grund eines angeblichen, schon aus der Zeit vor der Mancipation herrührenden Rechts dem erstern als Urheber von dessen Erwerb beizustehen und das *periculum iudicii* zu tragen. Ist diese Verpflichtung schon durch den Hauptakt der Mancipation begründet, oder stützt sie sich auf eine besondere Erklärung des *mancipio dans* in der *nuncupatio*? Daß die Gewährleistungspflicht auf das *mancipium* zurückgeführt wird, ist kein genügender Grund, sie aus dem Hauptakt selbst herzuleiten, denn auch die *nuncupatio* bildet einen Teil des *mancipium*, wenn auch nur einen Nebenteil: auch was in der *nuncupatio* verlautbart wird, ist *in mancipio* verlautbart, nach dem Sprachgebrauch, welcher, was *in mancipii lege* ausgedrückt ist, als *in mancipio* ausgedrückt ansieht.[1] Die Annahme nun, nach welcher die Gewährleistungspflicht des *mancipio dans* aus dem Hauptakt selbst folgt, sieht sich genötigt, dieselbe als eine stillschweigende Folge der Mancipation anzusehen, sie auf das Schweigen des Mancipanten zu der Behauptung des *mancipio accipiens* zurückzuführen. Man denkt sich also die Sache ähnlich wie bei dem Nexum im engern Sinne, bei welchem der Empfänger des imaginären Darlehns zu der Behauptung des Darlehnsgebers auch nur geschwiegen haben wird und doch streng verpflichtet wurde, aber es besteht zwischen beiden Fällen der nicht zu übersehende Unterschied, daß bei Abschluß des *nexum* der

[1] Vgl. Karlowa, Rechtsgeschäft S. 194 ff.

imaginäre Darlehnsgeber in der von ihm zu sprechenden Formel die strenge Verpflichtung des Empfängers durch die zugewogenen Erzpfunde ausgedrückt haben wird, so daß der Empfänger durch sein Schweigen dazu sich dieser strengen Verpflichtung unterwarf, während bei der *mancipatio* der *mancipio accipiens* in der von ihm gesprochenen Formel nur den Eigentumerwerbswillen ausdrückte, nicht aber etwa dem *mancipio dans* eine Garantie für den Übergang des Eigentums auf ihn, den *mancipio accipiens*, auferlegte, so daß nun das Schweigen des *mancipio dans* zu jener Behauptung nur seine Zustimmung zu dem Übergang seines etwaigen Eigentums auf den *mancipio accipiens*, nicht aber zu einer in den Worten des *mancipio accipiens* gar nicht ausgedrückten Garantieauferlegung enthielt. Die Mancipation ist aber ein solcher Akt, bei welchem man eine solche wichtige rechtliche Wirkung, wie die einer Haftung für den Erwerb des *mancipio accipiens*, nicht annehmen kann, wenn ihr nicht deutlich durch die *lingua* der einen oder andern Partei Ausdruck gegeben ist. Wenn auch sonst *ex XII tabulis* es genügend war, *ea praestari, quae essent lingua nuncupata*, wie sollte es bei einer so wichtigen Haftung, wie der für Eviktion, anders sein?

Wir haben aber auch ausdrückliche Hindeutungen darauf, daß die Gewährleistungspflicht des Mancipanten auf einer ausdrücklichen Übernahme in der *nuncupatio* beruhte. Eine solche findet sich in Plaut. Curcul. IV, 2, v. 8 ff.:

Egone ab lenone
Mancipio accipiam, quibus sui nihil est nisi una lingua,
Qui abiurant si quid creditumst, alienos mancupatis
Manu alienos emittitis alienisque inperatis
Nec vobis auctor ullus est nec vosmet estis ulli.

Die Erwähnung der *lingua* des Mancipanten bei der Mancipation kann doch nur eine Anspielung auf das *lingua nuncupare* sein, worin er sich verpflichtete. bei einem etwaigen Eviktionsprozeß als *auctor* aufzutreten. Die Worte: *Nec vobis auctor ullus est nec vosmet estis ulli* möchte ich aber jetzt nicht erklären: Ihr übernehmt keinem gegenüber die *auctoritas*, sondern sie lieber auf das *auctoritatem defugere* beziehen: Ihr tretet keinem als *auctor* (im Eviktionsprozeß) zur Seite, und auch euch tritt keiner als *auctor* zur Seite. Ferner findet sich eine Hindeutung bei Cic. pro Murena 2: *Quodsi in iis rebus repetendis, quae mancipi sunt, is periculum iudicii praestare debet, qui se nexu obligavit, profecto etiam rectius in iudicio consulis designati is potissimum consul, qui consulem declaravit, auctor beneficii populi Romani defensorque periculi esse debebit.* Hier wird der *auctor* im Eviktionsprozeß mit dem *auctor* im *iudicium consulis designati* verglichen. *Auctor* im letztern soll der *consul* sein, welcher *consulem declararit.* Soll nun der Vergleich mit dem *auctor* im Eviktionsprozeß irgendwie zutreffen, so muß auch das *nexu se obligare*, wodurch der Mancipant das *periculum* des künftigen Eviktionsprozesses auf sich nimmt, ein *declarare*, eine ausdrückliche Erklärung sein, und da der Mancipant redend nur in der *nuncupatio* auftritt, so kann dieses *declarare* nur in der *nuncupatio* erfolgt sein. Auch das ist ein *nexu se obligare* oder *mancipio promittere*, sofern die *nuncupatio* unmittelbar an den Hauptakt der Mancipation sich anschließt und vor dem *libripens* und den fünf Zeugen geschieht, wie die *nuncupatio* des *testamentum per aes et libram* beweist. Weiter ist hier hinzuweisen auf die Nachricht Varros de l. VI, 7 § 74, nach welcher *„caveri postea lege coeptum est ab his, qui praedia venderent, vadem ne darent; ab eo adscribi coeptum in lege mancipiorum: Vadem ne poscerent nec dabitur.* Die Garantiepflicht des

Mancipanten, welche er in der *nuncupatio* übernahm, ging dahin, dem *mancipio accipiens* in einem zukünftigen Eviktionsprozeß als *auctor* gegenüber dem Evincenten zur Seite zu treten. In alter Zeit scheinen nun von dem Mancipanten, wenn der Eviktionsprozeß drohte, auf Verlangen des *mancipio accipiens vades* für sein Erscheinen vor dem Prätor zu dem bestimmten Termin gegeben zu sein. Später aber wurde in der *lex mancipiorum* die oben angeführte Klausel hinzugefügt, welche die Verpflichtung zur Stellung solcher *vades* ausschloß. Die *lex mancipiorum* ist eben die der Mancipation hinzugefügte *nuncupatio*, die in einseitiger Rede des Mancipanten erfolgte *(Vadem ne poscas nec dabitur)*. Es zeigt sich hier also, daß die *nuncupatio* der Ort für die auf die Haftung des Mancipanten wegen etwaiger Eviktion sich beziehenden Bestimmungen war. Endlich ist die wohl später an die Stelle des *vadimonium* getretene *satisdatio secundum mancipium* zu berücksichtigen, deren bei Cic. ad Att. V, 1 und in der sogenannten bätischen Fiduciartafel Erwähnung geschieht. Es ist dies eine Bürgschaftsleistung zu Gunsten der im Mancipium übernommenen Gewährleistungspflicht. Es ist gesagt worden, die durch die Mancipation begründete Gewährleistungspflicht sei zwar die materielle, aber nicht die formelle Basis der Satisdation.[1] Diese sei nur möglich, wenn der materielle Inhalt jener Garantie in Form der Stipulation ausgesprochen werde, für welche Stipulation dann Bürgen bestellt würden. Zu solcher Annahme ist man freilich genötigt, wenn man die Garantiepflicht in der Mancipation vom Mancipanten stillschweigend übernommen werden läßt: zu solcher stillschweigenden Garantieübernahme könnten allerdings Sponsoren oder Fidepromissoren nicht unmittelbar hinzutreten. Anders, wenn die Garantieübernahme durch *nuncupatio* geschah, welche ja eben *lingua* erfolgte, also unzweifelhaft *verbis* geschah. Die dadurch begründete *obligatio* kann nur als eine *verborum obligatio* aufgefaßt werden, zu welcher unbedenklich unmittelbar *sponsores* hinzutreten konnten. In der bätischen Fiduciartafel wird außer der *satisdatio secundum mancipium* eine bloße *repromissio* erwähnt, durch welche wohl die Haftung wegen Eviktion, wenn keine Mancipation des Kaufobjekts stattfand, übernommen wurde. Als Vorbild der Fassung dieser *repromissio* wird ausdrücklich die *satisdatio secundum mancipium* bezeichnet *(neve ut in ea verba, quae in verba satis s[ecundum] m[ancipium] dari solet, repromitteret neve simplam neve . . .)*. Wäre die *satisdatio secundum mancipium* als eine *promissio* des Mancipanten selbst gedacht, zu welcher die Bürgschaftsstipulation hinzutrat, so wäre eine solche Verweisung auf sie als Vorbild der *repromissio* ganz überflüssig gewesen; es hätte sich von selbst verstanden, daß die *promissio* des Hauptschuldners dieselbe Fassung zu erhalten habe, mochte zu derselben auch eine Bürgschaftsstipulation hinzutreten. Anders dagegen, wenn die *satisdatio secundum mancipium* nur die zu der in der *nuncupatio* übernommenen Garantiepflicht des Mancipanten hinzutretende Bürgschaftsstipulation war. Dann war es, wenn nicht mancipiert wurde und die Haftung für Eviktion vom Veräußerer durch eine *repromissio* übernommen wurde, doch nicht so selbstverständlich, daß solche *promissio* des Hauptverpflichteten in ihrer Fassung ganz dem Muster der im ersten Fall stattfindenden Bürgschaftsstipulation zu folgen habe; es war nicht überflüssig, daß hier auf die Bürgschaftsstipulation als Muster besonders hingewiesen wurde.

Die Mancipation ist dem Dargelegten nach in ihrer Hauptdisposition ein

[1] Bechmann, Der Kauf I, S. 369.

Akt, welcher auf eine dingliche Wirkung abzielt, es konnte sich aber, und der Käufer der Sache hatte einen Anspruch darauf, daß das geschah, dem durch die Rede des *mancipio accipiens* ausgedrückten Hauptwillensakt eine durch Rede des Mancipanten auszudrückende Nebendispostion, wodurch dieser die *auctoritas* für die beabsichtigte dingliche Wirkung übernahm, anschließen. Der Hauptakt der Mancipation enthält auch nichts auf die materielle *causa* der Rechtsübertragung Bezügliches: die der Mancipation unterliegende Kausalberedung ist etwas außer ihr liegendes. Diese Behauptung würde hinfällig sein, wenn, wie Huschke,[1] Keller,[2] Bechmann[3] u. a. angenommen haben, im Falle eines Kaufes der wirkliche Kaufpreis in die Mancipationsformel aufgenommen wäre. Auf die unabweisbare Frage, welche Bedeutung dann neben dem wirklichen *pretium* das *quasi pretii loco* hingegebene *aes* habe, antwortet Bechmann, es sei solchenfalls die Mancipation ein wahrer, wirklicher Kauf, und das hingegebene Stückchen *aes* sei nur imaginäres Zahlmittel, nur das Zahlen des Preises sei imaginär. Dann aber läßt Gaius' Darstellung die Frage nicht nur im Dunkeln, sondern sie widerspricht jener Auffassung geradezu. Denn Gaius charakterisiert die *mancipatio* geradezu als eine *imaginaria venditio*, und sieht damit das *pretium* selbst, nicht etwa bloß das Zahlen desselben, als etwas Imaginäres an. Ein weiteres vollbeweiskräftiges Argument für die Aufnahme des reellen Kaufpreises in die Mancipationsformel soll die *venditio H. S. nummo uno* sein, denn es stehe fest, daß der *nummus unus* in der Mancipation habe vorkommen können. Es „hätte die Erwähnung des *nummus unus* absolut gar keinen Sinn, wenn nicht in den Fällen, wo ein wahrer Kauf vorlag, auch der wahre Kaufpreis erwähnt wurde oder erwähnt werden konnte."[4] Fragen wir also, welche Rolle die *venditio nummo uno* und andere Geschäfte, bei welchen der *nummus unus* vorkommt, im römischen Rechte spielen. Der *nummus unus* ist nicht, wie das *rauduscudum* bei der Mancipation, ein imaginärer, bildlicher Preis, sondern in diesem Sinne ein wirklicher Preis, wie das deutlich aus einer der in den am 20. September 1887 neu aufgefundenen Wachstafeln erhaltenen Urkunde hervorgeht.[5] Nach dieser kauft die Dicidia Margaris von der Poppaea Prisci liberta Note zwei Sklaven, und zwar *mancipia singula sestertiis nu(mmis sin) gulis ob seste(rtios)*: für je einen Sklaven wurde ein *sestertius nummus unus* entrichtet, während ohne Zweifel dasselbe *rauduscudum* bei verschiedenen Mancipationsakten als imaginäres *pretium* dienen konnte. Der *sestertius nummus unus* ist aber ein Minimalpreis und als solcher kein reelles Äquivalent der Sache, für welche er gegeben wird, er ist seinem Betrage nach nur *dicis causa* ein Äquivalent, also nach der Seite des Äquivalents nur *dicis causa* ein Kauf. Solcher *venditiones* und *locationes dicis causa* bedienten sich Magistrate und Jurisprudenz als eines Auskunftsmittels, um Rechtswirkungen herzustellen, für deren Herbeiführung das bisherige Recht nur den Weg des wirklichen Kaufs und der wirklichen *locatio* kannte. Um z. B. einen Bürger in den wenigen zulässigen Fällen, also vor allem, weil er sich nicht zum Kriegsdienst gestellt, in die Sklaverei versetzen zu können, gab es nur den Weg des Verkaufes *trans Tiberim*. Sollte es

[1] Über d. Recht des Nexum S. 46, A. 49. Kommentar zu Fl. Syntroph. instr. donat. p. 41 f.

[2] Institutionen S. 32. [3] Bechmann, a. a. O. S. 187 f. [4] Bechmann, a. a. O. S. 189.

[5] V. Scialoja, Nuove tavolette cerate pompejane in Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano Fasc. I, p. 5 sqq. Derselbe, Di nuovo sulle tavolette cerate pompejane a. a. O. Fasc. IV, p. 205 sqq.

aber eben nur zur Strafe geschehen, so erfolgte der Verkauf *nummo uno*.[1] Wenn Gesellschaften von Unternehmern bestimmte Leistungen dem Staat gegenüber ohne Entgelt übernehmen wollten, so konnte dieses doch, da das Staatsvermögensrecht keinen andern Weg, als den der *locatio* der *ultrotributa* kannte, nur durch *locatio nummo uno* geschehen.[2] Um das *fideicommissum hereditatis* oder einer *pars* der *hereditas* zur Ausführung zu bringen, war es vor dem *Sct. Trebellianum in usu*, dem Fideikommissar, welchem die *hereditas* zu restituieren war, dieselbe *nummo uno dicis causa* zu verkaufen.[3] Es war das offenbar ein von der Jurisprudenz an die Hand gegebenes Auskunftsmittel (*remedii loco*), denn der Erbschaftskauf war ein den Römern bekanntes Geschäft.[4] Landassignationen an einzelne Bürger erfolgten nach altherkömmlichem Recht nur *ex agro publico*. Wenn einmal, wie in dem von Vitruv. de Architect. I, 4 in fin. berichteten Falle, ein Magistrat von Privaten Land aufkaufte, um dasselbe einzelnen Bürgern unentgeltlich zu quiritischem Eigentum zuzuweisen, so bediente er sich des Auskunftsmittels des *nummo sestertio mancipare*. Wollte man aber in der Provinz einzelnen unentgeltlich Land so anweisen, daß das zugewiesene Stück nicht im quiritischen Eigentum stehen, sondern *ager privatus vectigalis* sein, also dem römischen Volk das Obereigentum daran verbleiben sollte, so war weder Assignation noch *nummo sestertio mancipio dare* der geeignete Modus dafür; das Auskunftsmittel fand man hier in der den Verkauf der *agri quaestorii*, welchen ja auch ein *vectigal* auferlegt war, zum Muster nehmenden *venditio nummo uno*.[5]

In den bisher betrachteten Fällen ist die *venditio nummo uno* ein *remedium*, um für eine beabsichtigte Rechtswirkung, für deren Herbeiführung das geltende Recht einen andern Modus nicht oder noch nicht kennt, einen solchen in Anlehnung an den Kauf oder die *locatio* zu schaffen. Die *venditio nummo uno* wird aber noch zu anderem Zweck verwandt, sie erscheint auch als zu anderen *causae* einer in Mancipationsform geschehenden Rechtsübertragung hinzutretend. Hier hatte sie die Bedeutung, die Eviktionshaftung, welche, da der Kauf die häufigste Erwerbskausa war, regelmäßig durch die einen Nebenbestandteil der *mancipatio* bildende *nuncupatio* übernommen wurde, auf einen Minimalbetrag herabzusetzen, so daß dieselbe nur *dicis causa* übernommen, reell ausgeschlossen wurde. In dieser Anwendung begegnet uns die *venditio sestertio nummo uno* als zur *donationis causa*, zur *fiducia*, zum reellen Kauf selbst hinzutretend. Indem man vor der Mancipation dem, der *mancipio* empfangen soll, die Sache für einen Sesterz verkauft, setzt man dadurch seine eventuelle Gewährleistungspflicht für das *duplum* des Kaufpreises bezw. Werts der Sache auf das *duplum* eines Sesterz herab. Schon früher war das *mancipare nummo uno* als bei Schenkungen vorkommend aus einer Anzahl von Inschriften bekannt,[6] und es wurde auf Grund derselben die Ansicht aufgestellt, es habe nur bei Schenkungen und ähnlichen Liberalitätsgründen stattgefunden, welche Ansicht schon Leist mit Recht als

[1] Liv. ep. 1, 55. [2] Val. Max. V, 2, § 10. [3] Gai. II, 252.

[4] Ein anderer Fall, in welchem die *locatio* oder *venditio nummo uno* ein Auskunftsmittel für den sonst mangelnden Übertragungsmodus bieten soll, findet sich in l. 66 D. de iure dotium 23, 3.

[5] Lex agrar. c. 21. 22. 30. 33.

[6] Zusammengestellt sind dieselben bei Leist, Mancipation und Eigentumstradition S. 169f. Vgl. insbes. d. Donat. Fl. Artemidori (C. I. L. 6, 2, 1360 n. 10241), die der Statia Irene (C. I. L. 6, 2, 1363 n. 10247), die der Iulia Monime (C. I. L. 6, 2, 1355 n. 10231) und die des Fl. Syntrophus (C. I. L. 6, 2, 1359 n. 10239). Diese u. a. auch bei Bruns-Mommsen, Fontes i. r. a. p. 251 sqq.

irrig verwarf. Die bätische Fiduciartafel belehrte denn auch darüber, daß es auch bei der *fiducia* und dem reellen Verkauf selbst vorkam. Eine sehr willkommene Bestätigung bietet eine der am 20. September 1887 in Pompeji aufgefundenen Urkunden. Nach derselben hat die Verkäuferin Pr(i)sci liberta Note beschworen, daß die von ihr zu verkaufenden Sklaven Simplex und Petrinus in ihrem Eigentum und Besitze seien, daß sie niemandem verpfändet seien und in keines Anderen Miteigentum ständen, und es hat die Dicidia Margaris von jener die genannten Sklaven je für einen Sesterz um so und so viel Sesterzen (die Summe ist nicht mehr erhalten) gekauft und mancipiert erhalten. Hier ist zunächst hervorzuheben, daß der *sestertius nummus unus* und der reelle Preis in unmittelbarer Verbindung miteinander auftreten, und die Mancipation erst darauf folgt. Bestand schon bisher nicht die geringste Nötigung, eine Erwähnung des *sestertius nummus* in dem Mancipationsformular selbst anzunehmen, konnte man vielmehr bisher schon, nach der Art, in welcher der *sestertius nummus unus* regelmäßig in Verbindung mit der der Mancipation unterliegenden Kausalberedung erwähnt wird, der Ansicht sein, es sei in den hier in Betracht kommenden Fällen das *vendere nummo uno* eine dem Mancipationsakt vorausgehende, mit der der Mancipation unterliegenden Kausalberedung in Verbindung stehende Vereinbarung, so hat diese Annahme durch die neue Pompejanische Urkunde eine Bestätigung erhalten. Sodann scheint es, daß der *sestertius nummus* nicht etwa versprochen, sondern immer gleich bar gegeben wurde, während das reelle *pretium* zunächst nur versprochen wurde. In dem Falle der Pompejanischen Urkunde scheint, während ein *sestertius nummus* je für einen Sklaven gegeben wird, für beide ein reeller Gesamtpreis versprochen zu sein. Was ist nun in dem Falle der Urkunde der Zweck des *sestertius nummus unus* neben dem reellen Preis? Mommsen[1] spricht seine Meinung darüber dahin aus, es habe wohl das Eigentum sofort übergehen, das Kaufgeld aber kreditiert werden sollen. Schon Krüger[2] hatte früher in seiner Abhandlung über die bätische Fiduciartafel geäußert, die *mancipatio nummo uno* sei auch die bequemste Form für den Verkauf mit Kreditierung des Kaufpreises gewesen. Wir können davon absehen, ob es für die Vereinbarung, den Kaufpreis zu kreditieren, eines solchen eigentümlichen Ausdrucks bedurft habe. Es fehlt an jeder Andeutung dafür, daß das *vendere nummo uno* jemals diesen Sinn gehabt habe. Namentlich in der Pompejanischen Urkunde kann es diesen Sinn nicht haben. Es ist mit Alibrandi[3] anzunehmen, daß diese Urkunde, in welcher der geschehenen Mancipation Erwähnung geschieht, erst bei oder nach Bezahlung des realen Preises ausgestellt ist. Es bezieht sich zwar diese Urkunde auf denselben Kauf wie die zweite, aber sie ist als später ausgestellt zu denken als die zweite, welche sich auf den der Mancipation vorhergehenden Kauf bezieht.[4] Das *vendere nummo uno* in der ersten Urkunde hat die Bedeutung, die Haf-

[1] Hermes Bd. XXIII, S. 157—159. [2] Kritische Versuche S. 53, A. 2.

[3] Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano Fasc. I, p. 16 sqq.

[4] Alibrandi hat meines Erachtens den Sinn dieser Urkunde im ganzen richtig aufgefaßt, wenn ich gleich nicht mit allen von ihm vorgeschlagenen Ergänzungen übereinstimmen kann. Namentlich halte ich für richtig die Annahme einer darin verabredeten *lex commissoria* und der sich daran knüpfenden weitern Beredung, daß die Sache vom Verkäufer weiter verkauft werden könne und der etwaige Mindererlös ihm von dem ersten säumigen Käufer zu ersetzen sei. Das rätselhafte *ada* in Z. 13 ist wohl nicht richtig gelesen: es dürfte *alii* zu lesen sein. Eine ganz abweichende Auffassung sucht Eck durchzuführen in d. Ztschr. d. Savignystift. Bd. IX, S. 60 ff. Darauf wird bei der Erörterung der *fiducia* zurückzukommen sein.

tung für Eviktion auf ein Minimum herabzusetzen. Es steht hier im engen Zusammenhange mit dem im Beginne der Urkunde erwähnten Eid der Verkäuferin. Dieser soll der Käuferin eine Garantie geben für die *bona fides* in Bezug auf das von der Verkäuferin behauptete ausschließliche und unbelastete Eigentum an den Sklaven, wohl gerade deshalb, weil die Haftung für Eviktion durch das *vendere nummo* reell ausgeschlossen wird. — Fragen wir, wie weit wir die *venditio nummo uno* als Mittel der Ausschließung der Haftung für Eviktion bei der Mancipation zurückversetzen dürfen, so darf man wohl nicht über die Zeiten des Plautus hinausgehen, denn nach den in dessen Komödien vorkommenden Äußerungen muß die Mancipation ganz unterlassen werden, wenn die *auctoritas* nicht übernommen werden soll. Der Gebrauch, eine nur *dicis causa* vorzunehmende Leistung in der kleinsten Münze festzusetzen, reicht zwar wohl schon in ältere Zeiten zurück, vielleicht in Zeiten, wo es bei den Römern nur Kupfermünzen gab: wenigstens wird nach Liv. 31, 13, 7 Ländereien, welche im Obereigentum der *populus* verbleiben sollen, ohne sie reell zinspflichtig zu machen, noch im Jahre 554 a. u. *testandi causa* ein *as* als *vectigal* auferlegt. Dagegen von einer *venditio* oder *mancipatio* für einen *as* im Privatverkehr findet sich keine Spur, hier tritt ständig der *sestertius nummus unus* auf. Man geht wohl kaum fehl mit der Annahme, daß das *vendere* für einen Minimalbetrag zum Zwecke der Ausschließung der Haftung für Eviktion erst nach Einführung der Silbermünze aufgekommen ist. —

Allem bisherigen nach hat sich uns die *mancipatio* für die Zeit, zu welcher nur ein *rauduscul*um, ein Stückchen Erz imaginär dem *mancipio dans* zugewogen wurde, als ein Akt ergeben, welcher innerhalb seiner Form selbst von der ihm etwa unterliegenden Kausalberedung nichts enthielt. Die verschiedenartigsten materiellen Zwecke konnten einer *mancipatio,* mochte sie zum Zwecke der Eigentumsübertragung oder der Bestellung einer *servitus rustica* vorgenommen werden, zu Grunde liegen. Eine besonders geartete, die *fiducia,* wird später in anderem Zusammenhange ausführlicher betrachtet werden müssen.

Die l. 77 D. de reg. iuris 50, 17 führt zwar begreiflicherweise unter den *actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem* und *in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem* die *mancipatio* nicht mehr an. Daß sie aber zu denselben gehörte, dafür besitzen wir, wenn es dessen überhaupt bedürfte, ein besonderes Zeugnis in Fr. Vat. § 329: *Sub conditione cognitor non recte datur, non magis quam mancipatur aut acceptum vel expensum fertur.* Mit Recht sagt Ennecerus,[1] der Grund davon, daß *condicio* und *dies* der Mancipation nicht hinzugefügt werden konnten, liege nicht darin, daß sie überhaupt ein formelles Geschäft ist. Worin der wahre Grund davon zu finden ist, wird bei einer allgemeinen Erörterung der Geschichte der Bedingungen zur Sprache kommen. Ob der Mancipation eine Resolutivbedingung beigefügt werden konnte? Früher habe ich diese Frage als eine noch offene bezeichnet,[2] jetzt glaube ich sie verneinen zu müssen. Das notwendig zur Formel gehörige *isque mihi emtus esto hoc aere aeneaque libra,* bezw. das imaginäre Zuwägen des Erzes scheint mir nicht etwas möglicherweise durch Eintritt einer hinzugefügten Resolutivbedingung Auflösbares zu sein; es ist so, wie es überliefert ist, unveränderlicher Formelbestandteil, der nicht durch irgend welchen Erfolg in seiner Wirkung modificierbar ist. Damit

[1] Über Begriff u. Wirkung der Suspensivbedingung S. 28 ff.
[2] Rechtsgeschäft S. 105.

ist denn auch ausgesprochen, daß *in diem addictio* und *lex commissoria* nicht einer *mancipatio* beigefügt bezw. in dieselbe aufgenommen werden konnten. Sollte dem Verkauf einer *res mancipi* eine *in diem addictio* oder *lex commissoria* beigefügt werden, so wurde dieselbe zunächst nur tradiert, nicht mancipiert oder *in iure* cediert; das *meum esse ex iure Quiritium* verblieb also dem Verkäufer bis zur Vereitelung der Resolutivbedingung, in welchem Falle dann die Mancipation nachgeholt wurde, wie die neu aufgefundenen Pompejanischen Wachstafeln, welche von einem Sklavenverkauf mit *lex commissoria* handeln, nach den in dieser Beziehung meines Erachtens richtigen Ergänzungen ALIBRANDIS zeigen.

Ist die *mancipatio* ein Akt, der nichts von der ihm unterliegenden Kausalredung enthält, sondern die den Eigentumsübergang bewirkende Kraft lediglich wegen der vom Recht sanktionierten Form hat, in welcher der Eigentumserwerbs- bezw. -übergangswille hier auftritt, so liegt kein innerer Grund vor, den Satz, wonach das Eigentum der aus der *causa emtionis* tradierten Ware nicht anders auf den Käufer übergehen soll, als wenn das *pretium* gezahlt, sichergestellt oder kreditiert ist, auch auf die Mancipation zu übertragen. Äußere Beweise für die Anwendung des Satzes auch auf die Mancipation liegen nicht vor. Daß die von LEIST[1] vorgebrachten völlig haltlos sind, hat schon GOLDSCHMIDT[2] gezeigt. Wohl kam der Satz auch für *res mancipi* zur Anwendung, aber nur für die Tradition derselben, das bonitarische Eigentum ging durch Tradition nicht anders auf den Empfänger über, als wenn der Preis gezahlt u. s. w. war. Für die Mancipation das gleiche zu bestimmen, dazu lag keinerlei dringender Grund vor. Der Verkäufer konnte sich ja mit der Tradition begnügen, durch dieselbe hatte er dem Käufer alles verschafft, was dieser vor Zahlung des Preises wünschen könnte; nahm er Mancipation vor Zahlung oder Kreditierung des Preises vor, so hatte er die im Eigentum der Ware für ihn liegende Sicherung aufgegeben.

Wie bei allen wichtigen Rechtsgeschäften, so haben auch bei Mancipationen die Parteien ein Interesse daran, sich schon unmittelbar nach Vornahme derselben den Beweis des Hergangs zu sichern. Es könnte scheinen, als ob die Gegenwart des *libripens* und der fünf Zeugen bei dem Akt eine weitere Fürsorge in dieser Beziehung überflüssig mache, aber diese Personen gehören zur Solennität des Akts, sie stehen in demselben und sind insofern, wenigstens bezüglich ihrer eigenen Mitwirkung, nicht ganz unbefangen. Das Beweismittel für die rechtsgemäße Vollziehung der Solennität muß etwas außerhalb des Akts Stehendes sein. Die Mancipation reicht nun jedenfalls als reeller Kauf in die Anfänge des römischen Staats zurück, in Zeiten, in welchen von einer Verwendung der Schrift zur Beurkundung von Rechtsakten noch nicht die Rede war. Aus dieser Zeit stammt meines Erachtens der *antestatus*. Er ist eine Persönlichkeit außer den bei der Solennität selbst fungierenden Personen, welche von dem *mancipio accipiens*, dem den Erwerb machenden zum Zeugen, zum *testis* gemacht wird. Er ist nicht Solennitäts-, sondern Beweiszeuge. Der Akt des *antestari* geht nach den erhaltenen Urkunden vom *mancipio accipiens* aus. Da ferner das *antestatus est*, z. B. *Ti. Julium Erotem*, immer unmittelbar nach dem Bericht über die Vornahme des Mancipationsakts erwähnt wird, so

[1] Mancipation und Eigentumstradition S. 79 ff.
[2] Handelsrecht I, 2, S. 838, A. 14.

ist anzunehmen, daß der *mancipio accipiens* unmittelbar nach dieser Vornahme eine Person, welche bei dem Akt außer den Solennitätspersonen von Anfang an gegenwärtig gewesen war, aufforderte, sich das Geschehene im Gedächtnis einzuprägen, um demnächst darüber, falls es nötig sei, aussagen zu können. Möglich, daß früher, als noch keine Urkunden über den Akt aufgenommen wurden, mehrere Personen antestiert wurden. Dies erschien nach dem Aufkommen der Urkunden als überflüssig, der *antestatus* ist später auch nichts weiter, als eine in Reminiscenz an die Vergangenheit beibehaltene Solennitätsperson, welche neben dem *libripens* besonders in der Mancipationsurkunde aufgeführt wurde.

b. Die *in iure cessio.*

§ 29. *Dominus legitimus* einer Sache, sei es eine *res mancipi* oder eine *nec mancipi*, kann man werden durch *in iure cessio.* Von Varro[1] wird sie aufgeführt unter den *res, quae dominum legitimum perficiunt*, von Gaius[2] und Ulpian[3] unter den Akten, durch welche *res ad alium transferuntur*, oder den *alienationes.* Ihrer äußern Gestalt nach aber ist die *in iure cessio* Scheinprozeß, *legis actio*, deren weiterer Verlauf durch das Zugeständnis des scheinbar Belangten abgeschnitten wird. Der Akt muß vor sich gehen vor einem *magistratus populi Romani*, bei welchem das *lege agere* möglich ist. Der, welchem das Eigentum der Sache übertragen werden soll, stellt hier, wie bei wirklichem Prozeß, indem er die Sache ergreift, die Eigentumsbehauptung auf: *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio.* Daß diesem *dicere* sich auch ein *facere*, nämlich das *festucam imponere* samt den begleitenden Worten: *Sicut dixi, ecce tibi, vindictam imposui*, angeschlossen habe, wie Huschke[4] und Puntschart[5] annehmen, sagt Gaius mit keinem Wort; denn unter *vindicare* versteht er hier, wie auch sonst wohl, einzig das *intendere suam rem ex i. Q. esse*,[6] wie ja Ulpian XIX, 9, wenn er den, *cui ceditur*, als *vindicans*, seine Funktion bei der *in iure cessio* als *vindicare* bezeichnet, das *vindicare* offenbar in dem Sinne des *intendere rem suam ex iure Quiritium esse* nimmt. Aus dem Schweigen des Gaius über das *festucam imponere* darf man denn auch wohl entnehmen, daß ein solches zu seiner Zeit bei der *in iure cessio* nicht vorkam, keineswegs aber, daß es in älterer Zeit bei gewissen Anwendungen derselben nicht vorgekommen. Daß der Ausdruck *vindicare* sich für die Funktion dessen, welchem eine Sache *in iure* cediert wird, erhalten hat, spricht immerhin dafür, daß einstmals auch hier die Rechtsbehauptung mit dem *festucam imponere* verbunden war. Für die *manumissio vindicta* haben wir Beweise dafür in dem Namen derselben und der Stelle des Boethius in Cic. Top. 2, 10: *Erat etiam pars altera adipiscendae libertatis, quae vindicta vocabatur. Vindicta vero est virgula quaedam, quam lictor manumittendi servi capiti imponens eundem servum in libertatem vindicabat, dicens quaedam verba sollemnia.* Vergl. Pers. V, 175. Bei der *in iure cessio* eines *ususfructus* dürfte ein *festucam imponere* nicht vorgekommen sein; nirgends wird aber auch, soviel ich sehe, in Bezug auf diese Anwendung der *in iure cessio* der Erwerber des

[1] De r. r. II, 10, 4. [2] Gai. II, 24. [3] Ulp. XIX, 9. 10.
[4] Ztschr. f. Rechtsgesch. VII, S. 179 f. [5] Grundgesetzl. Civilr. der Römer S. 241.
[6] Lotmar, Zur Leg. act. sacr. in rem S. 37. S. 336. Zweifelnd Brinz, Zur. Kontravindikation S. 102. Degenkolb, Einlassungszwang S. 252. Demelius, Confessio S. 102.

ususfructus als *vindicans* bezeichnet. — Nach erfolgter Rechtsbehauptung des *is, cui ceditur,* richtet der Magistrat an den scheinbar Belangten die Frage, *an contra vindicet.* Da dieser nun die Frage verneint oder dazu schweigt, so erfolgt die magistratische *addictio* der Sache an den Vindikanten. Zunächst ist hier noch näher darauf hinzuweisen, in welchem Sinne dieses Verfahren als Scheinprozeß bezeichnet werden kann. Isid. Or. V, 25 definiert das *cedere* bei der *in iure cessio* so: *Nam cedere proprie dicitur, qui contra veritatem alicui consentit.* Was hier Isidor vom *cedens* sagt, gilt von allen drei bei der *in iure cessio* mitwirkenden Personen. Der Vindikant, welchem das Eigentum nach seiner eigenen Meinung erst übertragen werden soll, stellt, wie wenn das Eigentum an der Sache ihm schon zustehe, eine assertorische Rechtsbehauptung auf. Der Magistrat, welcher weiß, daß *contra veritatem* diese Behauptung aufgestellt ist, vielmehr das Eigentum erst übertragen werden soll, richtet die Frage an den Beklagten, ob er kontravindiciere, und der *cedens,* welcher weiß, daß die Behauptung des Vindikanten *contra veritatem* aufgestellt ist, gesteht dieselbe durch die Verneinung der Frage des Prätors oder sein Schweigen zu. Endlich der Magistrat addiciert die Sache dem Kläger als eine ihm bereits gehörige, obwohl er ja weiß, daß erst durch diesen ganzen Akt das Eigentum auf den Vindikanten übergehen soll. Alle also handeln *contra veritatem:* sie erklären etwas, was sie nicht meinen und nicht wollen, um eine rechtliche Wirkung herbeizuführen, welche sie nicht erreichen könnten, wenn sie das, was sie wirklich beabsichtigen und wollen, erklärten, sondern nur durch das, was sie der Wahrheit zuwider erklären, erreichen können. Wollten sie durch das, was sie wahrheitswidrig erklären, eine Täuschung hervorrufen, so würde ein simulierter Akt vorliegen. Da sie aber weder sich untereinander noch andere täuschen wollen, so kann nur von einem fingierten Prozeß gesprochen werden. Daß dem Magistrat gegenüber jemals die *in iure cessio* simulierter Prozeß gewesen, daß also dieselbe historisch aus der Massenerscheinung simulierter Vindikationen hervorgewachsen sei, dafür spricht meines Wissens nicht eine Spur. Können wir auch nicht nachweisen, für welche Fälle ihres spätern umfangreichen Geltungsbereichs die *in iure cessio* zuerst Anwendung fand, so handelte es sich doch höchstwahrscheinlich um Begründung von Rechtswirkungen, für deren Herstellung das älteste Recht keine Formen besaß. Dem ältesten Recht ist der Scheinprozeß fremd: für die rechtlichen Wirkungen, deren Herbeiführung durch den Privatwillen es gestattete und sanktionierte, besaß es Rechtsgeschäftsformen, welche außerhalb des Prozesses lagen. Die *in iure cessio* ist jünger, als Testament und Mancipation, jünger auch wahrscheinlich als die Mancipation in ihrer Gestalt als imaginärer Kauf. Die *manumissio vindicta,* die Verwendung derselben bei der Emancipation und Adoption, sowie die den Schlußakt der letztern bildende *vindicatio filii* von seiten des *adoptans* zeigen, daß man sich des Scheinprozesses bediente, um Rechtserfolge, welche der Fortschritt der Ideen verlangte, für welche aber das bisherige Recht keine Geschäftsformen bot, herbeiführen. Daß diese Rechtserfolge zunächst auf mißbräuchlichem Wege durch simulierte Prozesse gegen den Willen der Magistrate und der Jurisprudenz erreicht worden seien, ist, auch abgesehen davon, daß es an jeglicher Spur solcher Entwickelung fehlt, bei der ganzen Rolle, welche die älteren Juristen dem rechtsgeschäftlichen Verkehr gegenüber spielten, bei der strengen Zucht, in welcher sie ihn hielten, und bei dem auch die Magistratur beherrschenden Einflusse derselben innerlich durchaus unwahrscheinlich. Innerlich wahrschein-

licher ist es, daß bei der Abneigung der Römer, für die Vermehrung der Vehikel des rechtsgeschäftlichen Verkehrs den Apparat der Gesetzgebung in Bewegung zu setzen, die Jurisprudenz auf den Gedanken verfallen, prozessualische Formen zum Zweck von durch den Privatwillen herbeizuführenden rechtlichen Erfolgen zu benutzen. Es zeigt sich hier, wie die alte Jurisprudenz unter Benutzung der durch das vorhandene Recht gebotenen Mittel geradezu rechtsschöpferisch zu operieren verstand. Der Einfluß, welchen sie auf die die Rechtspflege leitenden Magistrate übte, sicherte ihr die Anerkennung der ins Leben zu rufenden Schöpfungen seitens dieser. Fragen wir, von welchen Anfängen aus der Scheinprozeß sich entwickelte, und wie die einzelnen Anwendungsfälle desselben sich zeitlich zu einander verhalten, so werden wir eher mit einiger Wahrscheinlichkeit die jüngeren Ausläufer als die Anfänge angeben können. Als den jüngsten der uns bekannten Anwendungsfälle möchte ich die *in iure cessio* der *tutela legitima* über eine Frau betrachten. Ihr Aufkommen fällt wohl erst in eine Zeit, in welcher auch für die Frauen Mittel ersonnen wurden, sich von der lästigen Agnatentutel frei zu machen. Andererseits weicht sie von den anderen Fällen der *in iure cessio* dadurch ab, daß es sich bei ihr nicht um Übertragung des Rechts, sondern nur um Übertragung des Rechts der Ausübung der fortbestehenden *legitima tutela* handelt. Ferner möchte ich annehmen, daß die *in iure cessio* früher in Anwendung auf *res corporales* als auf *res incorporales* zugelassen ist. *In iure cessio* ist zwar der einzige *modus* vertragsmäßiger Bestellung der städtischen Servituten und Personalservituten, welchen das alte Civilrecht (abgesehen von der *deductio*) kennt, aber beide Arten von Servituten sind erst verhältnismäßig spät aufgekommen. Es scheint nun freilich auf den ersten Blick gar kein besonderes Bedürfnis für die Anwendung des Scheinprozesses zum Zweck der Übertragung des quiritischen Eigentums an *res mancipi* vorgelegen zu haben, und aus diesem Grunde könnte man geneigt sein, die Anwendung zum Zweck der Servitutenbestellung für die ältere zu halten, so daß die Zulassung zum Zweck der Eigentumsübertragung lediglich der Konformität halber geschehen wäre. Solcher Annahme steht doch aber die Erwägung gegenüber, daß die Römer sonst die Verwendung des Scheinprozesses nur aus bestimmten praktischen Gründen, zur Befriedigung bestimmter praktischer Bedürfnisse zugelassen haben. Beim Mangel ausdrücklicher Zeugnisse über so entlegene Zeiten wird sich wohl nur aus dem, was der *in iure cessio* auch später noch gegenüber der Mancipation und Tradition eigentümlich ist, ein Anhaltspunkt für eine Vermutung über die Zwecke, zu deren Erreichung sie verwendet werden mußte, gewinnen lassen. Von der Mancipation unterscheidet sich die *in iure cessio* in Bezug auf die Wirkung dadurch, daß bei ihr als prozessualem Vorgang eine *nuncupatio* nicht hinzugefügt werden kann, daß bei ihr also auch die der Mancipation eigentümliche Pflicht des Veräußerers, in einem etwaigen Eviktionsprozeß dem Erwerber als *auctor* zur Seite zu treten und das *periculum iudicii* zu tragen, wegfällt. Die gegenteilige Annahme von Huschke[1] ist völlig haltlos. Dieser Unterschied wird aber kaum Veranlassung zu einer ersten Anwendung der *in iure cessio* für Übertragung des Eigentums von *res mancipi* gegeben haben. In Bezug auf *res mancipi* überhaupt lag ein besonderes Bedürfnis zur Einführung jener Übertragungsform nicht vor. Nur wenn man annimmt, daß Grundstücke ursprünglich unveräußerlich waren, könnte eine Ver-

[1] Recht des Nexum S. 9 f.

äußerung derselben zuerst, ehe die Mancipation auch auf sie übertragen wurde, in der Form des Scheinprozesses bewerkstelligt worden sein. Von der Tradition unterscheidet sich aber die *in iure cessio* dadurch, daß jene nur *ex iusta causa* das Eigentum zu übertragen vermag, und zwar, wenn sie *ex causa emtionis* geschieht, nur dann, wenn der Preis bezahlt oder kreditiert ist, diese dagegen nur ihrer Form wegen, ganz ohne Rücksicht auf die ihr etwa unterliegende *causa*, und, falls dies Kauf ist, ganz ohne Rücksicht darauf, ob der Preis bezahlt bezw. kreditiert ist oder nicht, Eigentum überträgt. Es ist nun gar nicht wahrscheinlich, daß, seit Hingabe einer *res nec mancipi* für römisches Geld, also Kauf, als Grund des Erwerbes quiritischen Eigentums an solchen Sachen zugelassen war, damit allgemein schon Tradition *ex iusta causa* als solcher Erwerbsgrund anerkannt war. Bevor nun die Zahl der *iustae causae traditionis* sich erweitert hatte, konnte einstweilen die *in iure cessio* als Notbehelf dienen, um quiritisches Eigentum an solchen Sachen auch aus Gründen zu übertragen, welche noch nicht als *causae traditionis* sanktioniert waren. Auch als dann Tradition *ex iusta causa* allgemein als Erwerbsgrund quiritischen Eigentums anerkannt war, gab es doch noch Zwecke, die nicht vermöge Tradition, sondern nur vermöge der *in iure cessio sub pacto fiduciae* erreicht werden konnten. Überall also diente die *in iure cessio* als juristischer Notbehelf, um, was vermittelst der gewöhnlichen Geschäfte nicht erreicht werden konnte, soweit dies im Wege des Scheinprozesses möglich war, zu erreichen. Als den ältesten Fall der Verwendung des Scheinprozesses ist man geneigt, die *manumissio vindicta* anzusehen. Wie dem auch sein mag, sicher ist, daß sie sich in bemerkenswerter Weise von den übrigen Anwendungen des Scheinprozesses unterscheidet. Sie führt ihren eigenen Namen, der sich dadurch rechtfertigt, daß noch später, als in den anderen Fällen des Scheinprozesses, das *festucam imponere* bei ihr vorkam; sie wird nirgends, so viel ich sehe, mit dem Ausdruck *in iure cessio* bezeichnet, und das hat wohl seinen guten Grund. Von Abtretung oder Bestellung eines Rechts, wie in den Fällen der *in iure cessio*, ist dabei nicht die Rede, und die Funktion des Manumittenten besteht nicht bloß in einem Schweigen zur *vindicatio in libertatem* oder einer Verneinung der an ihn gerichteten Frage, ob er kontravindiciere. Der Manumittent giebt vielmehr eine geradezu auf die Freiheit des bisherigen Sklaven gerichtete Willenserklärung ab, und die *manumissio vindicta* nimmt auf dieser Seite auch äußerlich die Gestalt eines konstitutiven Rechtsgeschäfts an; nach Paul. ep. p. 159 M. sprach der Herr, indem er den Sklaven beim Kopf oder einem andern Glied faßte, die Worte: *Hunc hominem liberum esse volo* und entließ ihn dann aus seiner Hand. Gerade deshalb wird der Akt wohl nicht unter die die Schranken des Scheinprozesses innehaltende *in iure cessio* gerechnet.

Von besonderem Interesse ist nun die Frage, wie weit für die in der Form des Scheinprozesses vollzogenen Privatrechtsgeschäfte die Regeln der *legis actio*, also des Prozesses gelten; wie weit also, um den Iheringschen Ausdruck zu gebrauchen, die dogmatische Selbständigkeit des Scheingeschäfts, der *in iure cessio*, dem originären Geschäft, der wirklichen Vindikation, gegenüber geht. Degenkolb, im wesentlichen Ihering folgend, behauptet, die rechtliche Kraft des Scheinprozesses sei abzuleiten nicht aus dem Prozeßrecht, sondern von dem friedlichen Verkehrsrecht, d. h. aus der Ordnung der Rechtsgeschäfte.[1] Diese Unabhängigkeit des Scheingeschäfts

[1] Einlassungszwang S. 269.

gegenüber dem originären soll sich bei der *in iure cessio* darin zeigen, daß das Urteil, auch das Urteil im Vindikationsprozeß nur unter den Parteien Wirkungen erzeugte, die *in iure cessio* dagegen weiter reichte, absolut wirkte.[2] Mit Recht wendet hiergegen Demelius[1] ein, daß sich dann nicht einmal ein bloßer äußerlicher Anknüpfungszusammenhang zwischen zwei so grundverschiedenen Dingen, als es Eigentumsübertragung und Urteil im Vindikationsprozesse seien, aufrecht erhalten lasse. Ein originäres Geschäft müsse diejenige Wirkung, derentwegen es als Scheingeschäft verwendet werde, doch vor allen Dingen selbst haben können. Ein Beispiel, wo das Scheingeschäft eine Wirkung hervorbringe, die das Vorbild gar nicht haben könne, werde sich wohl nicht finden lassen. Demelius selbst glaubt in der *confessio in iure* der Vindikation gegenüber eine Preisgebung der vindicierten Sache an den Eigentum persequierenden Vindikanten zu sehen. Die *in iure cessio* gründe ihre Wirkung nicht auf die angebliche rechtsstreitendende Kraft der *confessio = iudicatum*, sondern vielmehr auf die Aneignungs- bezw. Entäußerungserklärung mit Ergreifung bezw. Preisgebung *apud praetorem*. Dieser Auffassung steht nur entgegen, daß die Behauptung des Vindikanten doch eben keine auf Aneignung, d. h. Erwerb gerichtete Erklärung, sondern die assertorische Behauptung bereits bestehenden Eigentums und die *confessio* keine Entäußerungserklärung, sondern ein Zugestehen des angeblich bestehenden Eigentums des Vindikanten ist. *Cedere* hat hier nicht die Bedeutung des Aufgebens, Abtretens, sondern des sich Zurückziehens vom Streite, des sich auf Streit nicht Einlassens, Nachgebens. Wäre Demelius' Behauptung richtig, so würde auch kein Scheinprozeß vorliegen, sondern auch äußerlich konstitutive Willenserklärungen, welche nur vor dem Prätor vorgenommen würden. Ihering aber und die, welche ihm gefolgt sind, übersehen bei der vorliegenden Frage, daß das zwischen zwei Personen gefällte Urteil auch für die, welche ihr Recht von ihnen ableiten, also auch zu Gunsten und gegen die Singularsuccessoren derselben, gilt, sofern das Urteil vor dem abgeleiteten Erwerb liegt. Was für das Urteil, gilt auch für die *confessio in iure* bezw. die sich daran anschließende *addictio*. Die Wirkung des konstitutiven Eigentumsübertragungsgeschäfts reicht also nicht weiter, als die Wirkung des Urteils bezw. der *confessio in iure*. Auch jene kann dem Dritten, welcher sein Recht nicht vom Veräußerer ableitet, nicht präjudicieren. Vermag er sein Eigentumsrecht nachzuweisen, so kann er, ungeachtet des vom Veräußerer mit dem Erwerber vorgenommenen Eigentumsübertragungsgeschäfts, Herausgabe der Sache verlangen. Bezüglich dieses Punktes trifft es also nicht zu, daß Sachenrechtsprozeß und Sachenveräußerung einander nicht deckten. Aber auch in anderen Beziehungen dürfte die *in iure cessio* den Regeln der originären *legis actio* folgen, in weiterem Umfange, als man gewöhnlich annimmt. Anerkannt ist zwar, daß der Satz, nach welchem ein *filiusfamilias* seinem Vater nicht durch *in iure cessio* erwerben kann, darin begründet ist, daß er weder in eigenem Namen vindicieren kann, noch die *legis actio* einen Stellvertreter zuläßt. Allgemein aber nimmt man an, daß der Prätor seine Mitwirkung zur freiwilligen Gerichtsbarkeit *(legis actio)* allenthalben, wo er stand und ging, gewähren, sowie daß die unstreitige *legis actio* auch an den *feriae* stattfinden konnte. In

[1] Ihering, Geist III, 1, S. 286. Degenkolb, a. a. O. S. 278. Bechmann, Kauf I, S. 554.
[2] Die *confessio* S. 99 ff.

den Quellen werden diese Sätze nur für Manumissionen,[1] Emancipationen, Adoptionen,[2] also im wesentlichen nur für die *manumissio vindicta* ausgesprochen, und von dieser auf die *in iure cessio* in ihrer Funktion als Eigentumsübertragung, Servitutbestellung u. s. w. einen Schluß zu machen, erscheint mir nicht sicher, schon deshalb nicht, weil die *manumissio vindicta* auch äußerlich zum Teil konstitutives Rechtsgeschäft ist. Eine Manumission kann beim Prokonsul auch außerhalb seiner Provinz geschehen (l. 36 § 1 D. de manumissis vind. 1, 7), eine *in iure cessio* kann nach Gaius vorgenommen werden auch in den Provinzen bei den *praesides* derselben. Daß sie auch bei einem *praeses provinciae* außerhalb seiner Provinz vorgenommen werden könne, sagt er nicht. Nach Varro de r. r. 10, 4 wird quiritisches Eigentum an einem Sklaven erworben: *si in iure cessit qui potuit cedere et ubi oportuit ubi* (es ist wohl zu lesen *et ibi ubi oportuit*). Wie das zu verstehen: ob damit nur Vornahme des Akts vor einem Magistrat, welcher kein *imperium* hat, ausgeschlossen werden soll, oder ob der Akt damit an die betreffenden Magistrate in Rom. die Statthalter der betreffenden Provinzen bezw. gar an die ordentliche Gerichtsstätte verwiesen werden soll, bleibt zweifelhaft. Manumissionen brauchen nicht notwendig *pro tribunali* zu geschehen: *plerumque in transitu servi manumitti solent, cum aut lavandi aut gestandi aut ludorum gratia prodierit praetor aut proconsul legatusve Caesaris.* Ob das auch für die *in iure cessio* zum Zweck einer Eigentumsübertragung oder Servitutbestellung galt? Den Prätor oder den Provinzialstatthalter auch an anderer als an der ordentlichen Gerichtsstätte mit dergleichen Sachen zu behelligen, lag doch wohl kein besonderes Bedürfnis vor. Manumissionen und Emancipationen konnten auch *die feriato* geschehen. Wieder mag sich der Zweifel regen, ob auch das für die *in iure cessio* galt? Einem Menschen das Geschenk der Freiheit, sei es aus wirklicher Sklaverei oder aus dem *in mancipio esse,* zu gewähren, stimmte wohl zum Charakter der Feiertage, kaum aber der Vornahme einer *in iure cessio* zum Zweck von Eigentumsübertragungen und Servitutbestellungen. — Ergeben so die Quellen kein reines Resultat, so lassen sie jedenfalls Zweifel, ob die *in iure cessio* von den Schranken, denen die *legis actio* zum Zwecke wirklichen Streits unterlag, in demselben Maße befreit worden sei, wie die *manumissio vindicta.*

Von den Anwendungen der *in iure cessio,* welche nicht zum Zweck der Eigentumsübertragung oder Servitutbestellung geschahen, ist im Zusammenhange mit den Rechtsmaterien, welchen sie angehören, zu handeln. Bezüglich jener aber ist nur noch hervorzuheben, daß die *in iure cessio* ein dem *ius civile Romanorum* im engern Sinne angehöriger Akt war, dessen Peregrinen, ja, da sie *legis actio* war, wohl auch Latinen, welche *commercium* mit römischen Bürgern hatten, nicht fähig waren. Da in dieser Form nur quiritisches Eigentum übertragen bezw. nur eine *iusta servitus* bestellt werden konnte, so war sie auf Provinzialgrundstücke nicht anwendbar. Eine Übertragung des Besitzes der Sache war damit, daß sie *in iure* cediert wurde, noch nicht verbunden.

---

[1] Gai. I, 20; § 2 I de libert. 1, 5; l. 7 f. D. de man. v. 40, 2.
[2] Paul. II, 25, § 3.

C. Die Usukapion.

§ 30. Den Wortlaut der XII Tafeln in Bezug auf das, was sie über *usus auctoritas* bestimmt haben, auf Grund von Cic. Top. IV, 23 u. p. Caec. 19, 54 herstellen zu wollen, mag gewagt sein. Das aber dürfen wir nach der zweiten Stelle namentlich annehmen, daß in der Bestimung *usus* und *auctoritas* nebeneinander gestellt waren in dem Sinne, daß sowohl *usus* als *auctoritas* für den *fundus* zwei Jahre, für andere Sachen ein Jahr dauern sollte. Regelmäßig denkt man sich nun die Worte der XII Tafeln so gefaßt: *Usus auctoritas fundi biennium esto, ceterarum rerum annus.* Auf diese angebliche Fassung treffen völlig die Worte Danzs[1] zu, es sei von vornherein bedenklich, anzunehmen, daß ein Satz der XII Tafeln so dunkel gelautet haben möchte. Schwierig genug sei es schon, diesen Satz ins Deutsche zu übersetzen, noch schwieriger, den eigentlichen Sinn desselben festzustellen. Meines Erachtens muß man einfach zugestehen, daß die Sache so nicht gelautet haben könne. Soll der Sinn darin enthalten gewesen sein, welchen die Ciceronischen Stellen annehmen lassen, so muß statt des Nominativs *biennium — annus* der Akkusativ *biennium — annum* gesetzt werden, der Akkusativ, welcher bei Angabe der Dauer und Ausdehnung der Zeit steht, also: *Usus auctoritas fundi biennium esto, ceterarum rerum annum* (= *per annum*).[2] Denkt man sich die Bestimmung so gefaßt, so kann sie nicht wohl bedeuten: der Gebrauch, der zugleich eine Bekräftigung ist, soll zwei resp. ein Jahr dauern. Denn die *auctoritas* in diesem angeblichen Sinne, die das Eigentumsrecht bewirkende Kraft des *usus*, tritt ja erst nach Ablauf von zwei bezw. einem Jahre ein, während dieser Zeit ist nur *usus* da, noch nicht *auctoritas*. Die Zwölftafelbestimmung kann aber nur bedeuten, daß auch die *auctoritas* zwei bezw. ein Jahr hindurch dauern solle. Daß die XII Tafeln von *usus*, nicht von *usucapio* reden, entspricht nur der Präzision ihrer Ausdrucksweise, denn *usucapio* ist doch, genau genommen, der durch Vollendung des *usus* bewirkte Eigentumserwerb, er tritt im Moment der Vollendung des *usus* ein, der *usus*, nicht die *usucapio*, dauert zwei bezw. ein Jahr hindurch. Auch kann man aus jener Fassung nicht entnehmen, daß die XII Tafeln von Extinktivverjährung, nicht von Acquisitivverjährung redeten, wie Burckhardt[3] es mit folgenden Worten thut: „Wörtlich genommen sagt aber doch die Stelle einfach: der *usus* und die *auctoritas* dauert zwei Jahre, bezüglich ein Jahr. Von einem Fortdauern kann aber natürlich nur auf der Seite des bisher Berechtigten die Rede sein. Also nicht: man erwirbt das Eigentum in zwei Jahren, sondern: das Eigentum, welches man hat, wird nach dieser Zeit verloren u. s. w.“ Hier wird dem Dauern des *usus* das Fortdauern des bisherigen Eigentums substituiert. Und von einem Fortdauern kann doch nur in Bezug auf das Eigentum des bisher Berechtigten die Rede sein, nicht aber in Bezug auf den *usus* desselben, vielmehr muß während der gesetzlichen Frist, während welcher der

[1] Lehrb. d. G. d. röm. R. I², S. 222.

[2] Von philologischer Seite ist mir der Zweifel geäußert worden, ob bei dem einfachen *esse* die Zeitbestimmung im Akkusativ stehen könne, und das mag für die klassische Latinität begründet sein. In der alten Latinität kommt es jedoch vor. Vgl. Cato, de agricultura (ed. Keil) c. CXX: *Mustum si voles totum annum habere — —. Totum annum mustum erit.* Holtze, *Syntaxis priscorum scriptor. lat. usque ad Terentium* I, p. 218 sq. *Esse* hat in unserm Zwölftafelsatz die Bedeutung des Dauerns, Währens, wie bei Properz II, 19, 14: — *non solet esse diu.* Cic. ad Att. XII, 3: *ut sine te sim totos dies.*

[3] Ztschr. f. Rechtsgesch. VII, S. 91.

Usus des Nichteigentümers dauert, ein *non usus* von seiten des bisherigen Eigentümers vorliegen. — Der ältere Sprachgebrauch scheint den Vorgang des Ersitzens selbst nicht als *usucapio, usucapere,* sondern als *usus, usu suum facere*[1] bezeichnet zu haben. In diesem Zusammenhange fragt es sich, wie die Wortform *ususcapio* zu erklären sei. Ist mit Voigt[2] zu sagen, daß *ususcapio* nur verderbte Schreibung sei oder etwa auch auf Mißverständnis später Zeiten beruhe, die vielleicht auf *pignoris capio* hinblickten, oder soll man Schöll[3] beipflichten, daß *„usum capere is dicebatur, cui usus a nemine interruptus legitimo tempore explebatur“;* oder verdient die Annahme Beifall, welcher sich Pernice[4] zuneigt, daß *ususcapio* wie *usus (et) auctoritas* durch Zusammenschiebung gebildet, *usus* also als Nominativ zu fassen und die Umbildung vielleicht aus der Abneigung des Lateins gegen rein synthetische Kompositionen unter dem Einflusse der rationalistischen Jurisprudenz hervorgegangen sei? Meines Erachtens muß auf Grund der von Schöll und Voigt angeführten Zeugnisse angenommen werden, daß *ususcapio* die ursprüngliche Form sei. Ferner meine ich, daß nicht leicht ein Jurist Schöll darin beistimmen wird, daß die *ususcapio* als ein *usum capere* verstanden werden müsse, denn kapiert wird nicht der *usus,* sondern die Sache zu Eigentum. Dennoch nehme ich mit Schöll an, daß *usus* als Genitiv aufzufassen sei, aber dieser Genitiv ist aktivisch, nicht passivisch zu verstehen: *ususcapio* ist nicht die *capio* des *usus,* sondern die vom *usus* ausgehende, durch ihn bewirkte *capio,* wie z. B. *iniuriae praetoris* die vom Prätor ausgehenden Ungerechtigkeiten bedeutet. Später bedeutet nun *usucapere* unzweifelhaft den Vorgang des Ersitzens selbst, es bezeichnet nicht den momentanen Erwerb nach vollendeter Ersitzungszeit, sondern den durch die ganze Ersitzungszeit sich hindurchziehenden Vorgang der Ersitzung. Wie diese veränderte Auffassung sich gebildet und vielleicht auch auf die Umbildung des Wortes eingewirkt, läßt sich nur durch ein Eingehen auf den Begriff des *usus* zeigen. Über die historische Entwickelung der Usukapion hat Stintzing[5] die Ansicht aufgestellt, es sei im alten Recht, wie es auf Grund der XII Tafeln galt, die Ersitzung in ein oder zwei Jahren ohne weitere Voraussetzung, also ohne Voraussetzung der auf *titulus* beruhenden *bona fides* gestattet gewesen, sofern nicht die Zueignung ein *furtum* enthalten habe. Die Lehre vom *titulus,* deren Spuren sich im ältesten Recht nicht fänden, sei mit der Anerkennung der *bonae fidei possessio* entstanden und durch die Ausbildung der *Publiciana* entwickelt. Als so auch unvollkommene Erwerbungen eine rechtliche Bedeutung erlangt hätten, sei die Entstehung des Verlangens natürlich gewesen, daß der Usukapient mindestens einen solchen Grund für seinen Erwerb, wie er jenen unvollkommenen Erwerbungen und der zum Schutz derselben bestimmten *Publiciana* zu Grunde lag, haben müsse. Folgender Einwand gegen diese Deduktion liegt sehr nahe. Zur Grundlage der *Publiciana* ist die Fiktion der vollendeten Usukapion gemacht, und häufig wird der Schluß gemacht: *usucapere potest, ergo et Publicianam habet.*[6] Das spricht doch dafür, daß die Erfordernisse der Usukapion das Vorbild derer der *Publiciana,*

[1] Vgl. Plaut. Amphitruo 1, 1, 219. Auct. ad Herenn. IV, 29, 40. L. 1 § 1 D. ex quib. caus. mai. 4, 6. Vgl. auch A. Schmidt, Die Persönlichk. d. Sklaven nach röm. R. S. 8, A. 12.

[2] Die XII Tafeln II, S. 223, A. 1. [3] Legis XII tabularum reliquiae p. 104.

[4] Labeo II, S. 153, Anm.

[5] Das Wesen von *bona fides* und *titulus* in d. röm. Usukapionslehre (1852).

[6] L. 7 §§ 2 u. 17 D. de Publ. 6, 2.

nicht umgekehrt diese das jener gewesen sind, umsomehr, als für die *Publiciana* so Sätze geltend geworden sind, auf welche man ohne die Analogie der Usukapion kaum verfallen wäre.[1] Um diesen Einwand im voraus zu entkräften, bemerkt Stintzing, es habe sich von selbst verstanden, daß die *Publiciana in concreto* nur demjenigen habe verstattet werden können, welcher sich durch die Berufung auf einen Rechtsakt gleichsam *ad causam* legitimierte, und daher habe der Prätor seinen Schutz an die Bedingung der *causa* knüpfen müssen. Für mich liegt diese Selbstverständlichkeit nicht vor. Warum die Erteilung der *Publiciana* an die Fiktion der Usukapion knüpfen, wenn man dieselbe doch an andere Erfordernisse, welche für diese nicht bestanden, knüpfen wollte? Und wie stimmt dazu die Formel der *Publiciana*, in welcher es nach Gai. IV, 36 heisst: *Si quem hominem A. Agerius emit [et] is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ex iure Quiritium eius esse oporteret* etc., denn hier ist doch offenbar der Titel als ein Erfordernis der Usukapion hingestellt und erst infolgedavon ein Erfordernis der *Publiciana*. Giebt so die Stintzingsche Ansicht keine haltbare Erklärung dafür, wie das Erfordernis des *titulus* in die römische Usukapionslehre hineingekommen ist, so faßt sie andererseits die Bestimmungen der XII Tafeln nicht richtig auf, wenn sie annimmt, daß diese über die Eigentumsersitzung keine anderen Bestimmungen enthalten hätten, als solche, welche die Zeit, den *hostis*, das *furtum* und die Unverjährbarkeit gewisser Objekte betroffen hätten. Unter *usus* versteht er daher nur den Besitz der Sache, wie es die Meisten thun. Allein der Begriff des *usus* ist ein anderer. Wie in der Servitutenlehre noch später unter *usus* die in der Absicht, dies zu thun, vorgenommene Ausübung des Rechtsinhalts verstanden wird, so ist entsprechend unter dem *usus* der XII Tafeln die mit der Absicht, Eigentumsinhalt auszuüben, vorgenommene Ausübung solches Inhalts zu verstehen. In dem Besitzen der Sache kann Ausübung von Eigentumsinhalt liegen, aber der Besitz deckt sich doch nicht mit jener. Der Besitz kann möglicherweise nicht Ausübung von Eigentumsinhalt sein, und letztere läßt sich denken ohne Besitz, worauf demnächst zurückzukommen sein wird. Die XII Tafeln haben auch meines Erachtens noch nicht vom Titel, der *causa* der Usukapion gesprochen, und schwerlich hat auch schon in der nächstfolgenden Zeit die *interpretatio* der Juristen dieses Erfordernis, sowie es von den Juristen der Kaiserzeit verlangt wird, entwickelt. Jedenfalls aber setzt der *usus*, welchen die XII Tafeln verlangen, mehr voraus, als Besitzergreifung ohne *furtum*. Eine gewisse objektive Grundlage ist von selbst durch den Begriff des *usus*, d. h. der Ausübung des Eigentumsinhalts, gefordert, auch ohne daß sie *explicite* gefordert wird. Solche Grundlage wurde gewiß in dem gefunden, was man später *iusta causa usucapionis* nannte, aber ob bloß darin, ist eine andere Frage. Die später als anomal erscheinenden Usukapionen erklären sich daraus. Wenn ein römischer Bürger einem andern *fiduciae causa* durch Mancipation oder *in iure cessio* eine Sache zu Eigentum übertrug, entweder um ihm eine Sicherung für eine Forderung zu verschaffen, oder damit die Sache gesicherter bei dem Empfänger sei, so ist durch die *fiducia* der Übertragungsakt als ein solcher charakterisiert, welcher den Empfänger nur für einen bestimmten Zweck zum Eigentümer machen soll: er erhält nur ein kausales Eigentum. Nach Wegfall des Zwecks behält er, wie dies in der Lehre von der *fiducia* näher zu zeigen ist, ein rein

[1] L. 9 § 5, l. 12 § 4 D. eod. tit. Pernice, Labeo II, S. 161.

formales Eigentum, mit der Besitzergreifung hat der Fiduciant wieder die materielle Eigentumsausübung, den Usus. Während die spätere Veräußerung einer vermachten Sache durch den Testator als Widerruf des Vermächtnisses angesehen wird, sagt Paulus III, 6 § 16, daß in dem spätern *pignori vel fiduciae dare* der Sache von seiten des Testators ein solcher Widerruf nicht zu sehen sei, ein deutlicher Beweis dafür, daß man in dem *fiduciae dare* materiell keine völlige Veräußerung sah, und wenn der Fiduziant sie nach Beendigung der *causa* des Eigentums des Fiduciars wieder in Besitz nimmt, so liegt darin kein *furtum*, sondern nur eine Ausübung des Eigentumsinhalts, welche, mit einer erst später zu betrachtenden Ausnahme, durch Fortsetzung während eines Jahres zum Rückerwerb auch des formellrechtlichen Eigentums führt. Auch darin, daß dieser Erwerb des quiritischen Eigentums als eine *usureceptio* bezeichnet wird, liegt deutlich ausgesprochen, daß diese Ersitzung nur als ein Rückerwerb des formalen Eigentums betrachtet wurde. Das Institut des *usus* als Erwerbsart des Eigentums und gewisser anderer Rechte ist ein sehr altes, es reicht, wie man mit Recht annimmt, über die XII Tafeln zurück, es ist älter, als die durch die Interdikte geschützte *possessio*. Nicht die *Publiciana*, wohl aber die Ausbildung der durch die Interdikte geschützten *possessio* hat einen umbildenden Einfluß auch auf das ältere Institut des *usus* ausgeübt. Jetzt bildete sich die Auffassung, daß *„sine possessione usucapio contingere non potest“*, und daß *per continuationem possessionis temporis lege definiti* das Eigentum erworben werde. Die Auffassung verlor sich, daß infolge der gesetzlichen Dauer der Eigentumsausübung in einem bestimmten Moment die *capio* des Eigentums erfolge: vielmehr wurde jetzt das *capere* als von dem Besitzerwerb durch die gesetzliche Zeit hindurch bis zum Ablauf derselben sich hinziehend, als durch diese ganze Zeit hindurch dauernd und erst mit dem Ablauf derselben vollendet angesehen, die durch den *usus* in einem bestimmten Moment bewirkte *capio* wird zu einem länger dauernden *capere* vermittelst des *usus*, d. h. des Besites, *usus* wird jetzt mit *possessio* identifiziert. Solche veränderte Auffassung zog aber weitere Konsequenzen nach sich. Der *usus* im alten Sinne war nicht identisch mit *possessio*, seinem Begriff nach hatte er eine gewisse objektive Rechtfertigung, welche ihn zur Ausübung des Eigentumsinhalts machte, gefordert; in der *possessio* an sich, auch der *iusta possessio* im Sinne des Interdiktenbesitzes liegt nichts Derartiges, sie ist faktische Beherrschung der Sache, mit dem Willen, die faktische Herrschaft für sich zu haben. Jetzt mußte diese objektive Rechtfertigung der *possessio*, welche die bloße *possessio* zum *usucapere* gestalten kann, *explicite* gefordert werden, das *initium possessionis* mußte ein besonders gerechtfertigtes sein. Das Erfordernis einer materiellen *causa usucapionis*, eines materiellen Erwerbsgrundes, welcher an sich, falls kein besonderer Mangel vorlag, das Eigentum zu verschaffen vermochte, scheint jetzt erst aufgestellt zu sein. Je weniger der Begriff der *possessio* selbst ein solches Moment in sich schloß, welches es hätte rechtfertigen können, an eine ein- oder zweijährige Dauer derselben den Eigentumserwerb zu knüpfen, desto strenger mußte man es anfänglich mit der nun zur Usukapion geforderten objektiven rechtlichen Grundlage derselben nehmen. Daß in Fällen, wo nur irrtümlich, wenn auch infolge noch so gerechtfertigten Irrtums, ein Rechtsgeschäft, welches überhaupt nicht, auch nicht äußerlich und faktisch zustande gekommen, als Grundlage des Besitzes angenommen war, eine Ersitzung von den *veteres* der republikanischen Zeit noch nicht zu-

gelassen wurde, darf wohl nicht bezweifelt werden. Aber auch nicht jedes äußerlich und thatsächlich abgeschlossene Geschäft, welches an einem Mangel litt, der den Eigentumserwerb verhinderte, wurde im Fall eines entschuldbaren Irrtums des Besitzerwerbers bezüglich dieses Mangels als genügende *causa usucapionis* zugelassen. Der Errichtungsakt und Bestand des Geschäfts selbst mußten tadellos sein, der Mangel durfte sich wohl bloß auf die Wirksamkeit des Geschäfts beziehen. Hatte jemand von einem *impubes*, welchen er irrigerweise für einen *pubes* hielt, *sine tutoris auctoritate* eine Sache gekauft oder von einem *furiosus*, welchen er irrigerweise für *sanae mentis* hielt, so war das Kaufgeschäft nichtig, und in republikanischer Zeit wird man noch nicht, wie in der Kaiserzeit, hier *utilitatis causa* eine Ersitzung zugelassen haben, mit der Begründung, *ut hic plus quam in re sit in existimatione.* In alter Zeit mußte gewiß, was den Geschäftsbestand anlangt, *in re* alles in Ordnung sein und die *existimatio* nichts nachzuhelfen haben. Wohl aber wird man damals schon die objektive Grundlage der Usukapion als genügend vorhanden betrachtet haben, wenn der Käufer *„ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere, puta procuratorem esse“* (l. 109 D. de verb. sign. 50, 16). Fraglich ist, wie die *veteres* es aufgefaßt haben, wenn jemand von einer unter Geschlechtsvormundschaft stehenden Frau wissentlich *sine tutore auctore* oder unter Assistenz eines *falsus tutor*, von welchem er wußte, daß er nicht *tutor* sei, eine *res mancipi* kaufte. Nach Vat. fr. § 1 nahmen die *veteres* an, daß er nicht *bona fide* gekauft habe, also nicht ersitzen könne, ob nur wegen Mangels der *bona fides*, oder auch, weil kein genügender Titel vorliege, geht aus der citierten Stelle nicht ganz klar hervor, sie scheinen sich darüber nicht ausgesprochen zu haben; doch möchte ich annehmen, daß Labeos Meinung, daß der Käufer hier nicht *pro emtore*, sondern *pro possessore* besitze, also auch kein für die Usukapion genügender Titel vorliege, der Auffassung des alten Rechts entsprach.

Auch seitdem man nun für die Usukapion verlangte, daß der Besitzerwerb sich auf einen materiellen Erwerbsgrund stütze, der, von dem Mangel abgesehen, Eigentum zu verschaffen imstande war, wird sich der Satz nicht gleich in dieser Allgemeinheit festgestellt haben, sondern, wie man später die *Publiciana* zunächst auf Grund des Kaufs gewährte, wird man auch bei der Ersitzung nicht gleich die allgemeine Regel formuliert, sondern die einzelnen materiellen Erwerbsgründe, auf welche die Ersitzung sich stützen könne, bezeichnet haben.[1] Ob man da langsam und schrittweise vorgegangen, ob in Bezug auf einzelne später sicher anerkannte erst Zweifel zu überwinden waren, wird man näher nicht mehr ergründen können. So mag am spätesten auf Grund einer *datio ob causam* eine Usukapion anerkannt sein.[2] Als sicher wird man annehmen können, daß die Scheidung der Ersitzungstitel nach den einzelnen anerkannten Eigentumserwerbsgründen und die feste technische Bezeichnung derselben vermittelst der Präposition *pro* mit nachfolgendem Ablativ eines Worts, welches die specielle *causa* des Erwerbs ausdrückt, schon von den republikanischen Juristen herrührt. An der Spitze dieser Erwerbsgründe steht der *pro emtore*, die Eigentümlichkeit dieses Titels sowie die Kontroversen, welche sie in Bezug auf den Zeitpunkt der *bona fides* hervorrief, werden bei dem Eingehen auf die letztere zur Erörterung kommen. Ursprünglich waren es gewiß

[1] Vgl. Fitting im Archiv f. civ. Praxis Bd. 52, S. 414 f.
[2] Vgl. Fitting, a. a. O. S. 31, 23.

nur civile Eigentumserwerbsgründe, auf welche hin eine Usukapion stattfinden konnte. Seitdem man aber denen, in deren *bonis* eine Sache zufolge prätorischen *iubere possidere* sich befand, die *Publiciana* gewährte, wurde gewiß auch solcher Besitzerwerb zufolge prätorischen *iussus* als *iusta causa usucapionis* anerkannt.[1] Ein Eingehen auf die einzelnen Usukapionsgründe würde aber zu sehr in dogmatische Erörterung hereinführen.

Wie bezüglich des Titels, müssen wir aber auch bezüglich der *bona fides* fragen, ob bezw. in welchem Sinne dieselbe bereits in republikanischer Zeit zur Ersitzung erfordert wurde. In neuerer Zeit ist die Ansicht geäußert,[2] auf den Gedanken, die *res furtivae* für usukapionsunfähig zu erklären, würde die Gesetzgebung beim Vorhandensein des Erfordernisses der *bona fides* nie gekommen sein. Mit dem Satz, daß *res furtivae* nicht ersessen werden könnten, schieße das römische Recht über das Ziel hinaus. Es sei logisch nach der spätern Gestaltung nicht zu rechtfertigen, daß man die *res furtiva* auch in der Hand des gutgläubigen Erwerbers nicht ersessen werden lasse: denn die Erfordernisse der Ersitzung seien durchgängig subjektive geworden. Mit dem Gefühl, zu weit gegangen zu sein, hänge wohl auch der schon von der *lex Atinia* aufgestellte Satz zusammen, daß der objektive Mangel geheilt werde, wenn die Sache in die Gewalt des Eigentümers mit dessen Wissen zurückkehre. In dieser Deduktion ist der Grund des Satzes, wonach *res furtivae* der Ersitzung entzogen sind, verkannt. Er ist nicht aufgestellt mit Rücksicht auf den Erwerber, sondern aus Rücksicht auf den bisherigen Eigentümer: die unredliche Art, auf welche er um den Besitz der Sache gebracht ist, soll nicht auch die Veranlassung werden, daß er das Eigentum der in andere Hände gekommenen Sache durch Ersitzung verlieren könne. Aus diesem Grunde erklärt sich auch der keineswegs wunderlich hölzerne, sondern sehr vernünftige Satz, daß das *vitium* gehoben, also die Sache wieder ersitzbar sein soll, wenn dieselbe in die Gewalt des Eigentümers mit dessen Wissen zurückgelangt ist, denn damit ist ihm ja die Möglichkeit gegeben, die Sache wieder an sich zu ziehen, es bedarf jener besondern Verhinderung der Usukapion nicht mehr. Wenn der Eigentümer jene Möglichkeit nicht benutzt, so verdient er die ihm durch jenen Rechtssatz zu teil gewordene Rücksichtnahme nicht mehr. Ich kann nur der Äußerung Bechmanns[3] zustimmen, daß es nicht wohl jemals eine normale Usukapion ganz ohne *bona fides* gegeben haben könne. Durch den alten Begriff des *usus* als der Ausübung des Eigentumsinhalts wurde von selbst eine gewisse Gutgläubigkeit gefordert, denn den *animus iuris exercendi,* welcher zum *usus* in jenem Sinne erforderlich ist, kann derjenige, welcher weiß, daß sein Erwerb ein unredlicher ist, nicht haben. Speziell gefordert wird *bona fides* erst sein, seitdem das Erfordernis spezieller materieller Eigentumserwerbsgründe als Grundlage der Usukapion *explicite* aufgestellt wurde. Suchen wir zunächst zu

[1] Pernice, Labeo II, S. 189 sagt: „Bei der Noxalduktion läßt sich die akkommodierte Klage nicht feststellen (am nächsten liege die Fiktion der *noxae datio);* daß dem *ex secundo decreto missus* die *Publiciana* zustand, ist möglich: erklärlicherweise ist ihre Spur in den Digesten verwischt"; aber l. 6 D. de Public. 6, 2 sagt: *Item si servum ex causa noxali, quia non defendebatur, iussu praetoris duxero et amisero possessionem, competit Publiciana,* und l. 18 § 15 D. de damno infecto 39, 2: *Non solum autem eum punit praetor, qui in possessione esse, sed etiam eum, qui possidere passus non fuerit, cum alioquin, si is, qui iussu praetoris coeperat possidere et possidendo dominium capere, aut non admissus aut eiectus inde fuerit, utile interdictum unde vi vel Publicianam habere potest* u. s. w.

[2] Pernice, a. a. O. S. 156 f. [3] Der Kauf I, S. 619.

bestimmen, in welchem Verhältnis nach der Auffassung der späteren römischen Juristen die *iusta causa usucapionis* und die *bona fides* zu einander stehen. Wie man heute auch das Wesen des *titulus* und der *bona fides* bestimmen möge, man faßt sie doch beide als positive Erfordernisse der Usukapion auf, indem man zugleich darüber verschiedener Meinung ist, ob *bona fides* oder *titulus* das Haupterfordernis, bezw. die eine oder der andere das sekundäre sei. Meines Erachtens ist aber nach der Auffassung der römischen Juristen die *iusta causa* positives Erfordernis der Usukapion, die *bona fides* dagegen nur ein negatives Erfordernis des Erwerbsgrundes, der Erwerber darf nicht *in mala fide* sein, d. h. *mala fides* im Moment des Erwerbs ist ein Hindernis der Usukapion. Die *iusta causa* ist zur Begründung der *usucapio* nötig, *mala fides* schließt, auch wenn ein Titel vorhanden ist, die Usukapion aus. Daß das die Auffassung der römischen Juristen ist, zeigen die Stellen, in welchen der zwar auf Grund eines Titels aber *mala fide* geschehende Besitzerwerb als ein *vitiosum initium* bezeichnet wird.[1] Solches *vitium* vernichtet völlig die Kraft des Titels für die Usukapion, so daß sich Aussprüche in den Quellen finden, nach welchen wer eine Sache von einem Nichteigentümer *mala fide* kauft, gar nicht *pro emtore*, sondern *pro possessore* besitzt (l. 33 § 1 D. de usurp. 41, 3. Vat. fr. § 1), während Andere allerdings, unter Hinweis darauf, daß *separata est causa possessionis et usucapionis* von jenem sagen: *pro emtore possidet, licet non usucapiat* (l. 2 § 1 D. pro emtore 41, 4). Das Verhältnis von *titulus* und *bona fides* nach der Auffassung der Römer ist also dahin zu bestimmen, daß der *titulus* den zur Usukapion erforderlichen rechtmäßigen Erwerbswillen, das *pro suo possidere*, positiv begründen muß, die *bona fides* dagegen Abwesenheit eines Hindernisses ist, der *mala fides*, welches trotz Vorhandenseins des positiven Erfordernisses jenen rechtmäßigen Erwerbswillen ausschließt. Meines Erachtens muß die *mala fides* diese Bedeutung eines die Kraft des speziellen materiellen Erwerbsgrundes ausschließenden Hindernisses gehabt haben, seitdem überhaupt die Römer einen solchen als die positive Unterlage der Usukapion aufgestellt haben. Das ist entschieden auch die Auffassung der späteren römischen Juristen, welche kaum vom *ius bonae fidei possessoris vetustissimum* in Bezug auf die Usukapion hätten reden können (Tryphoninus in l. 12 § 8 D. de captivis 49, 15), wenn etwa erst seit Quintus Marcus Scaevola das Erfordernis der *bona fides* von der Jurisprudenz aufgestellt wäre. Nirgends tritt die innige Beziehung des negativen Erfordernisses der *bona fides* zu dem materiellen Erwerbsgrunde deutlicher hervor, als bei den Meinungsverschiedenheiten der römischen Juristen bezüglich des Zeitpunktes, in welchem *bona fides* vorliegen muß, wenn es sich um Usukapion auf Grund eines Kaufs handelt; denn daß darüber seit Beginn der

[1] L. 2 § 13 D. pro emptore 41, 4: *Si servus bona fide emerit peculiari nomine, ego ubi primum cognovi sciam alienam, processuram usucapionem Celsus ait: initium enim possessionis sine vitio fuisse.* L. 15 § 2 D. de usurp. et usuc. 41, 3: *Si quis bona fide possidens ante usucapionem amissa possessione cognoverit esse rem alienam et iterum nanciscatur possessionem, non capiet usu, quia initium secundae possessionis vitiosum est.* L. 7 § 4 D. pro emtore 41, 4: *Qui bona fide alienum fundum emit et possessionem eius amisit, deinde eo tempore apprehendisset, quo scit rem alienam esse, non capiet longo tempore, quia initium secundae possessionis vitio non carebit etc.* L. 5 pr. D. de longi temp. pr. 44, 3: *An vitium auctoris vel donatoris eiusve qui mihi rem legavit mihi noceat, si forte auctor meus iustum initium possidendi non habuit, videndum est.* L. 3 C. communia de usuc. 7, 30: *Si mala fide servum tuum sciens Antiochus tenuit, intentionem tuam contra successorem eius, licet bona fide possidet, propter initii vitium usucapio non absumpsit.*

Kaiserzeit Meinungsverschiedenheiten vorlagen, lassen unsere Quellen doch trotz der zertrümmerten und verstümmelten Überlieferung erkennen. Die eine Meinung ging dahin, daß zur Zeit des Kaufkontrakts *bona fides*, die andere, daß sie zur Zeit der Tradition vorhanden sein müsse. Als Vertreter der letztern Ansicht werden Sabinus und Cassius angeführt, und Ulpian, der dies berichtet, bemerkt dabei, daß diese Ansicht die Oberhand gewonnen habe,[1] womit er sie selbst zu billigen scheint. Auch Papinian[2] bekennt sich als einen Anhänger dieser Ansicht. Wer die erstere Ansicht verteidigt habe, wird nicht gesagt. Möglich, daß es Vertreter der Prokulianischen Rechtsschule gewesen sind. Bei der *Publiciana*, deren Erfordernisse ja nach denen der Usukapion gebildet waren, scheint zuerst eine dritte Ansicht geltend gemacht zu sein, und zwar im Anschluß an die Ediktsworte: *Qui bona fide emit.* Auch wer in Bezug auf die Usukapion der Ansicht huldigte, daß *bona fides* nur im Moment der Tradition nötig sei, mußte doch in Bezug auf die *Publiciana* stutzig werden und der neuen Meinung zustimmen, daß nicht bloß auf den Moment der Tradition, sondern auch auf den des Kaufkontrakts zu sehen sei:[3] einer, welcher im Moment des Kontrakts *in mala fide* gewesen, konnte doch nicht für einen *bonae fidei emtor* angesehen werden. Wenn also Ulpian für die Usukapion der Ansicht des Sabinus, für die *Publiciana* dagegen der Ansicht, welche im Moment des Kaufs und der Tradition *bona fides* verlangt, zustimmt, so kann man ihm Inkonsequenz, aber nicht einen offenen Widerspruch mit sich selbst vorwerfen. Was man für die *Publiciana* annahm, wirkte nun aber wieder auf die Usukapion zurück. Julian und namentlich Paulus[4] verlangen auch bei der Usukapion *bona fides* in beiden Momenten, und diese Ansicht, welche in größter Ausführlichkeit und namentlich im Beginn der Titels *pro emtore* vorgetragen ist, muß man als die von den Kompilatoren bezw. Justinian gebilligte ansehen. Meines Erachtens muß man die Ansicht, welche nur auf den Moment des Kaufkontrakts sah, falls Kauf und Tradition nicht zusammenfielen, als die ältere, den republikanischen Juristen vielleicht allein bekannte ansehen. In dem Kaufkontrakte selbst, nicht etwa erst in der Tradition auf Grund des Kaufs, liegt nach der allgemeinen Auffassung der römischen Juristen die *causa* des Erwerbs, der materielle Erwerbsgrund; die Tradition ist zwar nicht bloß *solutio*, sie ist aber auch nicht der Anfang, die Wurzel, sondern das Ende, die Vollendung des Erwerbs. Wie man beim Kauf einer *species* das *periculum* schon vom Moment des Kontrakts, nicht erst vom Moment der Tradition übergehen ließ, so verlangte man bei der Usukapion auch *bona fides* zur Zeit des Kontrakts. Gerade darin aber, daß man *bona fides* nur zur Zeit des Kontrakts, nicht zur Zeit der Tradition verlangte, zeigt sich, daß man die *bona fides* als ein (negatives) Erfordernis der Wurzel, des letzten Grundes des Erwerbs ansah, nicht als ein positives Erfordernis des Usukapionsbeginns, der ja unzweifelhaft erst von der Tradition, dem Besitzbeginn datiert werden konnte. Sabinus aber mag bei der Aufstellung seiner neuen Ansicht von der Erwägung geleitet sein, daß mit der Tradition sich erst die Kaufscausa vollende und *bona fides* in dem Moment, wo die *causa* vollendet werde und ihre Wirksamkeit zeigen solle, vorhanden sein müsse. Das aber scheint mir gerade aus dem Gegensatz der ältern und neuern Auffassung hervorzugehen, daß das Erfordernis der *bona fides*

[1] L. 10 pr. D. de usurp. et usuc. 41, 3.
[2] L. 44 §§ 1 u. 2 D. eod. tit.
[3] L. 7 §§ 16 u. 17 D. de Publ. 6, 2.
[4] L. 2 pr. D. pro emtore 41, 4.

in enger Beziehung stand zu der Usukapion begründenden Kraft des Erwerbsgrundes, *mala fides* im Moment des Erwerbsgrundes verhindert die Usukapion begründende Kraft desselben.

Die hier über das Verhältnis der *bona fides* zu der *iusta causa usucapionis* entwickelte Auffassung könnte nun aber vielleicht noch völlig scheitern an dem Begriff und Inhalt der *bona fides*. Stillschweigend ist bis jetzt vorausgesetzt, daß sie die Abwesenheit wirklicher Unredlichkeit, also in der Regel die völlige Unkenntnis des der vollen Wirksamkeit des Erwerbsakts entgegenstehenden Mangels sei. Es ist aber namentlich in neuerer Zeit mit Energie die Auffassung verteidigt, daß *bona fides* bei der Ersitzung mehr sei, daß sie gewissenhafte Redlichkeit, redliche Gesinnung in ihrer Beziehung auf sämtliche Elemente und Erfordernisse des einzelnen vorliegenden Geschäfts sei. Der Begriff der *bona fides* bei der Ersitzung soll kein anderer sein, als bei den Verträgen, jedes Verhalten also, welches das Geschäft nicht als ein redliches, ehrenwertes dem andern Kontrahenten gegenüber erscheinen lasse, könne nicht Grundlage einer Ersitzung sein. Bei Bechmann[1] nimmt diese Ansicht die Gestalt an, daß er sich die Ersitzung als einen Vorteil denkt, welcher dem Betreffenden nur dann zu gute komme, wenn er sich beim Erwerbe in aller Beziehung als ehrlicher und anständiger Mann betragen habe. Gerade im ältern Recht sei die *bona fides* in einem viel weitern Umfange zur Geltung gelangt, sie sei ursprünglich die die Aneignung ethisch rechtfertigende Ehrenhaftigkeit in der Totalität ihrer Beziehungen zum objektiven Geschäft gewesen.[2] Fragen wir nun, auf welche Anhaltspunkte sich diese weitgreifende Auffassung stützt, so sind es Stellen, nach welchen ein unredliches Verhalten nicht allgemein jedem gegenüber, sondern speziell dem gegenüber, gegen welchen die Unredlichkeit begangen ist, die Ersitzung ausschließen kann. Hat z. B. ein Prokurator[3] eine Sache billiger verkauft, als er nach der Vollmacht durfte, so geht natürlich Eigentum auf den Käufer nicht über, aber dieser kann, falls er beim Kauf den Mangel nicht kannte, ersitzen. War aber der Käufer mit dem Prokurator im Einverständnis, hat er ihn vielleicht bestochen, so kann er nicht ersitzen, die von seiner Seite der *rei vindicatio* des *dominus* opponierte *exceptio rei voluntate domini venditae* könnte mit der *replica doli* zurückgeschlagen werden. Wie aber, wenn eine nur vermeintlich dem Vollmachtgeber, in Wahrheit einem Dritten gehörige Sache so verkauft wäre? Würde auch diesem gegenüber keine Ersitzung auf Grund solchen Kaufs, weil sich der Käufer bei demselben nicht redlich und ehrenhaft betragen hat, möglich sein? — Wenn ein Pfandgläubiger das Pfand *mala fide* vielleicht viel zu billig verkauft und der Käufer an der Unredlichkeit teilgenommen hat, so kann eventuell auch der Käufer zur Rückgabe gezwungen werden. Wenn aber eine dem Verpfänder nur vermeintlich gehörige Sache in dieser Weise verkauft und gekauft wäre, sollte deshalb der Käufer, weil er sich bei dem Kauf nicht ehrenhaft und redlich verhalten, dem Dritten, dem wahren Eigentümer gegenüber nicht usukapieren können? Nach l. 8 pr. D. pro emtore 41, 4 soll, wer Sachen von jemand gekauft, von welchem er wußte, daß er den Kaufpreis sofort durchbringen werde, nach der Ansicht der *plerique*, also nicht aller, als *bonae fidei emtor* gelten. Wie haben sich die Dissentienten das Verhältnis gedacht? Sie meinten wohl, wenn die Kaufsache nur tradiert sei, so könne die der *rei vin-*

[1] Der Kauf I, S. 626. [2] A. a. O., namentl. S. 627. [3] L. 7 § 6 D. pro emtore 41, 4.

dicatio des Verkäufers opponierte *exceptio rei venditae et traditae* durch die *replica doli* zurückgewiesen werden; sie nahmen also an, daß dem leichtsinnigen Verkäufer gegenüber keine Ersitzung stattfinden könne. Niemand aber dürfte auf den Gedanken gekommen sein, daß, wenn von dem Verschwender eine ihm nur vermeintlich gehörige Sache in jener Weise verkauft sei, auf Grund solchen Kaufs dem wahren Eigentümer gegenüber keine Ersitzung möglich sei. Es kann also auf Grund solcher Anhaltspunkte nicht der weitgehende Satz aufgestellt werden, daß jemals das römische Recht als Grundlage der Ersitzung verlangt, daß der Erwerber der Sache sich bei dem Geschäft in redlicher, ehrenhafter Weise betragen habe. Ein gegen die *bona fides* im Sinne der obligatorischen Verträge verstoßendes Verhalten kann nur dem andern Kontrahenten gegenüber die Ersitzung ausschließen, nicht gegenüber Dritten. Dem dritten Eigentümer gegenüber, mit welchem der Erwerber in gar keinem kontraktlichen oder sonstigen obligatorischem Verhältnis stand, welchem er also nicht zu einer besondern *bona fides* verpflichtet ist, genügt die Abwesenheit wirklicher Unredlichkeit. In diesem Zusammenhange findet meines Erachtens auch die bestrittene Frage ihre Lösung, ob zu der Ersitzung auf Grund eines Kaufs Zahlung bezw. Kreditierung des Preises erforderlich sei oder nicht. Dem Verkäufer gegenüber ist Ersitzung ohne Preiszahlung bezw. Kreditierung nicht möglich, denn ihm gegenüber würde es ohne die Zahlung an der vollen Kraft des Titels fehlen. Dafür spricht auch l. 38 § 2 D. de lib. causa 40, 12. Dritten gegenüber aber kommt die Nichtzahlung des Preises nicht in Betracht. Hat jemand von einem Nichteigentümer eine Sache *bona fide* gekauft, so wird die Ersitzung dem dritten wahren Eigentümer gegenüber nicht dadurch gehindert, daß dem verkaufenden Nichteigentümer der Kaufpreis nicht gezahlt bezw. von demselben nicht kreditiert ist. Und so erklärt sich auch, daß für die *Publiciana* Zahlung des Preises nicht gefordert wird. Würde sie gegen den Verkäufer selbst angestellt, so könnte dieser die *exceptio dominii* opponieren und die *replica rei venditae st traditae* durch Duplik, daß der Preis noch nicht gezahlt sei, zurückschlagen. Wie schon hervorgehoben, wird in der Regel, wenn auch nicht immer, die Abwesenheit der Unredlichkeit auf dem Nichtwissen des Mangels beruhen. Dieses Nichtwissen muß ein völliges sein, Zweifel können den Erwerb zu einem unredlichen machen. Aber es genügt, daß das Nichtwissen ein völliges ist. Auf die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Nichtwissens kommt es nicht an; auch ein völliges Nichtwissen, welches auf einem Mangel an Überlegung beruht, schließt die Unredlichkeit aus, und diese Abwesenheit der Unredlichkeit genügt, da es sich nicht um ein den Titel ergänzendes Erfordernis handelt, sondern um das Nichtvorhandensein eines die Kraft des Titels ausschließenden Hindernisses. *Bona fide emere* wird, wie A. Pernice[1] ganz mit Recht sagt, einfach mit dem irrtümlichen, *mala fide emere* mit dem wissentlichen Kauf einer fremden Sache gleichgesetzt, und der Glaube schlechthin, nicht etwa bloß der auf zureichende Gründe gestützte reicht hier zur *bona fides* aus. — Daß Rechtsirrtum in Bezug auf die Wirksamkeit des Titels schlechthin nichts nützt, scheint nicht mit dem Erfordernis der *bona fides* zusammenzuhängen; er schließt selbständig die usukapionbegründende Kraft des Titels ans. Das ist gewiß ein alter Satz, der aber in diesem Zusammenhange nicht näher erörtert werden kann. Das Wissen spielt

[1] Labeo II, S. 227.

aber bei der Usukapion noch in anderen Beziehungen, welche mit dem Titel nichts zu thun haben, eine Rolle. In l. 44 § 4 D. de usurp. 41, 3 findet sich eine Entscheidung Papinians, daß jemand, welcher als *filiusfamilias* eine Sache für sein *peculium* gekauft und, nachdem er ohne sein Wissen *paterfamilias* geworden, dieselbe tradiert erhalten hat, usukapieren könne, obwohl er sich irrtümlich noch für einen *filiusfamilias* halte. Papinian giebt die Entscheidung in Form der Frage: *cur non capiat usu,* welche den Zweifel durchfühlen läßt, und den Grund des Zweifels deutet er in den Worten an, *quamvis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quaesitam nec possidere possit.* Der Irrtum bezieht sich auf die Fähigkeit der Person zur Usukapion. Man dürfte in alter Zeit den Satz aufgestellt haben: wer seine Fähigkeit zur Usukapion nicht kennt, z. B. ein römischer Bürger, welcher sich für einen Peregrinen hält, kann nicht usukapieren. Eine andere hier in Betracht kommende Entscheidung ist die des Pomponius in l. 32 § 1 D. h. t.: *Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen eius usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere vel quia in iure erranti non procedat usucapio.* Pomponius ist bezüglich der Entscheidung selbst ganz sicher, nur bezüglich des Grundes zeigt er ein auffälliges Schwanken. Meines Erachtens ist der wahre Grund der Richtigkeit der Entscheidung von Pomponius nicht angegeben: die Sache muß nicht bloß rechtlich fähig sein ersessen zu werden, sondern die Person, welche ersitzen soll, muß auch diese rechtliche Fähigkeit der Sache wissen. Die *existimatio mentis* spielte im alten Recht ihre selbständige Rolle: die *existimatio* kann nicht die *res* ersetzen, es ist nicht *plus in existimatione quam in re,* aber die *res* kann auch nicht die *existimatio* ersetzen es ist auch nicht *plus in re quam in existimatione.* Pomponius hält noch an der alten Entscheidung fest, ohne sich noch des Grundes derselben bewußt zu sein.

Über die Dauer der Ersitzung braucht hier nicht ausführlicher gehandelt zu werden. Ob die durch die zwölf Tafeln angeordnete Dauer des *usus* von zwei Jahren in Bezug auf den *fundus,* von einem Jahre in Bezug auf *ceterae res* schon früher so gegolten hat, muß natürlich dahingestellt bleiben. Daß für den *fundus* die doppelte Zeit gefordert wird, erklärt sich aus der größern Bedeutsamkeit desselben für den bisherigen Eigentümer bezw. dessen *familia.* Waren Grundstücke ursprünglich vielleicht ganz unveräußerlich, so erklärt es sich, daß auch, nachdem eine Veräußerung derselben zugelassen war, der Verlust derselben durch *usus* eines andern nicht so rasch eintreten sollte, wie bei den *ceterae res.* Nach Cicero soll die zweijährige Ersitzungsfrist auf *aedes,* welche in dem Gesetze nicht genannt seien, erst durch Interpretation ausgedehnt sein.[1] Es ist nicht unwahrscheinlich, daß die Cicero gleichzeitigen Juristen ebenso gedacht haben. Vom Standpunkte der Zeit der zwölf Tafeln scheint mir aber die Deduktion unrichtig. Da die Stadt Rom damals noch einen entschieden bäuerlichen Charakter hatte, da auch innerhalb ihrer Mauern damals noch Landwirtschaft betrieben wurde, so hat man damals mit dem Worte *fundus* jedes Grundstück, auch ein Gebäudegrundstück bezeichnet. Noch nach dem Zeugnis des Florentinus libro VIII Institutionum in l. 211 D. de

[1] pro Caec. 19, 54: *verba reperta sunt, non quae impedirent, sed quae indicarent voluntatem. Lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium. At utimur eodem iure in aedibus, quae in lege non appellantur.* Top. IV, 23: *Item: quod in re pari valet, valeat in hac, quae par est; ut, quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium. at in lege aedes non appellantur, et sunt ceterarum omnium, quarum annuus est usus.*

verb. sign. 50, 16: *Fundi appellatione omne aedificium et omnis ager continetur;* aber er fügt gleich hinzu: *sed in usu urbana aedificia aedes, rustica villae dicuntur;* und dazu stimmt die Äußerung Ulpians in l. 60 pr. D. eod. tit.: *fundus autem integrum aliquid est, et plerumque sine villa locum accipimus.* Ebenso sagt Isidor Or. XV, 13, 4: *fundus — et urbanum aedificium et rusticum intelligendum est,* und z. B. bei Cat. R. R. 8, 2 wird das Stadtgrundstück als *fundus urbanus* bezeichnet. Wenn also Cicero die Bestimmung der XII Tafeln über die Ersitzungszeit des *fundus* nur durch ausdehnende Interpretation auf *aedes* anwendbar sein läßt, so legt er dabei den spätern engern Sprachgebrauch, nicht den der XII Tafeln zu Grunde. — In welchem Moment die Usukapion als abgelaufen angesehen wurde, darüber bestehen noch heute verschiedene Ansichten. Aus dem Ausspruch des Q. Mucius Scaevola bei Gell. N. A. 3, 2: *lege non isse usurpatum mulierem, quae kalendis Ianuariis apud virum causa matrimonii esse coepisset et a. d. IV. kal. Ian. sequentes usurpatum isset. Non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex XII tabulis deberet, quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex kalendis* soll folgen, daß für die Vollendung des *usus* als Begründungsakt der *manus* der letzte Tag ganz abgelaufen sein müßte, daß also nicht schon mit der Erreichung des letzten Tags des Jahres die *manus* begründet werde. Mir scheint aber dabei nicht erkannt zu sein, daß es sich bei dem *usus* als Begründung des *iustum matrimonium* bezw. der damit verbundenen *manus* nicht um die Tage, sondern um die Nächte handelt, wofür ja ein äußerer Beweis darin liegt, daß die Unterbrechungsfrist nicht ein Zeitraum von drei Tagen, sondern ein *trinoctium* ist. Hat die Ehe am 1. Januar begonnen, so ist die letzte Nacht dieses Jahres die zwischen dem 30. und 31. Dezember, denn die folgende fällt nicht mehr ganz, sondern nur mit den ersten sechs Stunden in dieses Jahr, kommt also nicht mehr in Betracht. Der *usus* ist abgelaufen, die *manus* also begründet mit dem Ablauf der letzten, ganz in dieses Jahr fallenden Nacht, also mit der zwischen dem 30. und 31. Dezember. Der Fall bietet also keine rechte Analogie für die Vollendung der Usukapion von Sachen. Es kommen sodann zwei Stellen Ulpians in Betracht: l. 6 und 7 D. de usurp. et usuc. 41, 3, welche aber erst von den Kompilatoren aneinander gerückt sind, da die eine aus dem 11. Buch *ad edictum*, die andere aus dem 27. *ad Sabinum* entlehnt ist. Die erste: *In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus* versteht man dahin, es müsse der ganze letzte Tag abgelaufen sein. Das sagt sie aber nicht. Die Äußerung ist höchstwahrscheinlich gethan bei der Besprechung der Berechnung der Frist der *minor aetas*, denn im 11. Buch *ad edictum* handelt Ulpian von den *in integrum restitutiones*, und wir wissen, daß bei der Frage der Restitution die Minderjährigkeit so berechnet wird, *ut a momento in momentum tempus spectetur.* In der Stelle ist gesagt, daß bei Berechnung des Ablaufs der Usukapion nicht *a momento ad momentum*, sondern der letzte Tag (nicht etwa ganz abgelaufen sein müsse, sondern) als ein ganzer gerechnet werde. Wenn also auch nicht geradezu gesagt ist, daß der letzte Tag nur begonnen haben müsse, damit die Frist vollendet sei, so ist die Äußerung doch völlig vereinbar mit der Auffassung, daß die Usukapion vollendet sei, sobald der letzte Tag der Frist nur begonnen hat. Es soll der Tag, wenngleich er nur begonnen hat, nicht nur nach den bereits eingetretenen Zeitmomenten, sondern als ein ganzer in Betracht kommen. Die zweite Stelle will in Anwendung auf einen konkreten Fall den Zeitpunkt angeben, in welchem die Usukapion als abgelaufen anzusehen ist.

Sie sagt, wer am 1. Januar mittags zu besitzen angefangen, vollende die Usukapion *hora sexta noctis pridie kalendas Ianuarias*. Bedeutet das am Schluß oder beim Beginne des 31. Dezember? *Hora sexta* ist der Mitternachtsmoment, der Zeitpunkt, zu welchem die sechste Nachtstunde vollendet, abgelaufen ist. Die Römer rechnen den *dies civilis* von Mitternacht zu Mitternacht. Was *ante mediam noctem* geschehen, ist an dem Tage geschehen, *a quo die ea nox coeperit*. Was gerade *media nocte* geschehen,[1] zu dem Moment, wo die *sexta hora noctis* vollendet wird, ist schon an dem Tage geschehen, *qui proximus eam noctem illucescit*.[1] *Hora sexta noctis pridie kalendas Ianuarias* kann nach römischer Auffassung nur bedeuten: um den Mitternachtsmoment, zu welchem der Tag vor dem 1. Januar, d. h. der 31. Dezember beginnt. Mit Ulpians Stellen steht also nicht in offenbarem Widerspruch, sondern in völligem Einklang l. 15 pr. D. de divers. temp. praescript. 44, 3 aus Venuleius libro V interdictorum: *In usucapione ita servatur ut, etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus.* In dem folgenden Teile der Stelle redet Venuleius nur von der *accessio possessionis* beim *interdictum utrubi*, welche im Justinianischen Recht bekanntlich antiquiert ist; es sind aber auf dieselbe bezügliche Stellen unter Ausmerzung der ausdrücklichen Beziehung auf das Interdikt in die Digesten aufgenommen, wohl in der Meinung, daß sie nun auf die *accessio possessionis* bei der Ersitzung bezogen werden könnten, auf welche sie indessen gar nicht passen. Krüger[2] nimmt nun an, auch im *pr.* unserer Stelle hätten die Kompilatoren, um das Fragment benutzen zu können, die Beziehung auf das *interdictum utrubi* getilgt und an seine Stelle die Usukapion gesetzt. Dagegen hat mit Recht schon Hölder[3] eingewandt, daß das *pr.* der *Lex* ganz anders gelautet haben müsse, hätte es ursprünglich vom *interdictum utrubi* gehandelt, es müßten die Kompilatoren die Stelle also mit ungewöhnlicher Gründlichkeit umgearbeitet haben. Auffallend ist es, daß die Äußerung gerade am Anfang der *Lex* steht, welche sonst allerdings lediglich von der *accessio possessionis* beim *utrubi* handelt. Daraus scheint die Absicht der Kompilatoren hervorzugehen, der Stelle die vermeintlich mögliche Beziehung auf die *accessio* bei der Ersitzung zu geben. Denn würde der Satz diese seine Stelle den Kompilatoren verdanken, von Venuleius oder auch einem andern Juristen in anderem Zusammenhange geschrieben sein.

Was die Unterbrechung der Ersitzung betrifft, so weisen gewisse, im spätern Recht noch geltende Sätze daraufhin, daß der *usucapio* der spätern Zeit der Republik und der Kaiserzeit eine ältere Periode vorausgegangen ist, die jenes alten *usus*, welcher durch die Ausbildung des Instituts des Interdiktenbesitzes eine Umbildung erfahren hat, so aber, daß einzelne Sätze beibehalten sind, welche nach der spätern Gestalt der *usucapio* als singulär erscheinen, was sie in alter Zeit durchaus nicht waren. Seitdem die *continuatio possessionis* während der gesetzlichen Zeit für die Vollendung der Usukapion verlangt wurde, hätte nach bloßer logischer Konsequenz durch jeden Verlust des Besitzes die Usukapion unterbrochen werden müssen, zunächst also durch den Tod des Usukapienten. In Wahrheit aber wird die Usukapion nicht durch den Tod unterbrochen, sie läuft fort und kann sogar *hereditate iacente* vollendet werden, vorausgesetzt, daß kein Dritter Besitz von der Sache ergreift. Daß darin nach der spätern Auffassung eine Singularität liegt, wird von Papinian in l. 44 § 3 D.

[1] Gell. III, 2. [2] Kritische Versuche S. 64 f. [3] Theorie der Zeitrechnung S. 99.

de usurp. 41, 3 ausdrücklich ausgesprochen (*Sed haec iure singulari recepta sunt*), und die Singularität liegt nicht etwa bloß darin, daß dem Erben die Zeit der *hereditas iacens* zugute kommt, sondern darin, daß durch den Tod, also die Unterbrechung des Besitzes, die Ersitzung nicht unterbrochen wird und die Ersitzung der Erben einfach als eine Fortsetzung der Ersitzung des Erblassers angesehen wird. Meines Erachtens ist diese Succession des Erben in die Usukapion des Erblassers sehr alt, sie reicht in Zeiten zurück, in welcher der alte *usus* noch unverändert bestand. Gebraucht werden konnte die Sache auch nach dem Tode des Erblassers für denselben überdauernde Interessen der *familia*, für welche sie bislang schon gebraucht war, auch *hereditate iacente*, den Usus konnte man also den Tod des Erblassers überdauern lassen, ohne irgend von der Konsequenz des Begriffs abzuweichen. — Eine andere Singularität des spätern Rechts liegt darin, daß die Ersitzung des Verpfänders (und auch die des *precario rogatus*) nicht durch den Besitz des Pfandgläubigers (bezw. des *precario rogans*) unterbrochen wird. Die Juristen legen sich das so zurecht, daß der Verpfänder *ad unam tantum causam*, nämlich *ad usucapionem* besitze, während im übrigen der Pfandgläubiger besitze. Das ist nur eine Verhüllung der Singularität, daß die Ersitzung des Verpfänders fortläuft, obwohl nicht er, sondern der Pfandgläubiger besitzt. Anders lag die Sache zur Zeit des alten Usus, bevor das Institut des Interdiktenbesitzes ausgebildet war. Der Usus des Verpfänders hörte nicht dadurch auf, daß er die Sache einem Gläubiger zum Pfand gab, eine Ausübung seines Eigentumsrechts lag auch darin, daß die Sache ihm dazu diente, einem Gläubiger Sicherung und sich weitern Kredit zu verschaffen. Erst dadurch, daß *continuatio possessionis* für die Usukapion verlangt und dem Pfandgläubiger die Besitzinterdikte gegeben wurden, gestaltete sich der Satz zu einem singulären. — Vielleicht ist auch der Satz ein alter, daß, falls eine bewegliche Sache zum Bestandteil einer andern beweglichen Sache gemacht wird, die Ersitzung der zum Teil gewordenen Sache nicht unterbrochen wird. Heißt es auch: *in quo verum est et aurum et gemmam possideri et usucapi*, so kann das *possideri* doch nicht vom Interdiktenbesitz verstanden werden, denn die *gemma inclusa auro alieno* ist vorläufig keine selbständige Sache, sie kann, bevor sie nicht losgetrennt ist, wie nicht Gegenstand der Vindikation, so auch nicht eines Interdiktenbesitzes sein, das *possideri* kann sich nur auf Usukapion beziehen, von welcher in der Stelle die Rede ist. Also, obwohl die Sache nicht Gegenstand eines selbständigen Besitzes ist, läuft dennoch die Usukapion fort. Darin liegt nichts Auffallendes, wenn man vom Begriff des alten *usus* ausgeht. Gebraucht wurde die *gemma* auch, nachdem sie in den Ring eingefügt war. Seitdem man aber Fortdauer des Besitzes zur Usukapion verlangt, erscheint die Nichtunterbrechung der Usukapion der *gemma* durch die Einfügung in den Ring als eine Singularität.[1]

[1] Die vielbesprochene l. 30 § 1 D. de usurp. et us. 41, 3 verstehe ich dahin, daß durch die Verbindung einer beweglichen Sache mit einem Grundstück die Ersitzung derselben, die nicht mehr bewegliche Sache, sondern Teil eines Grundstücks ist, unterbrochen wird, es müßte denn an der Vollendung der Ersitzung nur noch ein Zeitraum von 10 Tagen fehlen. Warum 10 Tage? Es ist dies die Dauer des kleinsten *modicum tempus*, wie es dem Konstituenten noch gelassen ist (l. 21 § 1 D. de pec. const. 13, 5) und zwischen den einzelnen Edikten des Kontumacialverfahrens verflossen sein muß (l. 69 D. de iudic. 5, 1). Die mit einer andern beweglichen Sache verbundene Sache bleibt aber beweglich, und ihre Ersitzung wird nicht unterbrochen, sondern kann in der für bewegliche Sachen bestimmten Frist vollendet werden.

Gaius spricht in l. 5 D. de usuc. et usurp. 41, 3 aus, es werde dadurch, daß jemand aus dem Besitz gewaltsam vertrieben oder die Sache ihm entrissen werde, der Besitz in natürlicher Weise unterbrochen, und zwar nicht bloß gegenüber dem Entreißenden, sondern allen gegenüber; auch mache es in diesem Falle nichts aus, ob der, welcher den Besitz unterbrochen habe *(usurpaverit)*, der Eigentümer war oder nicht. Stillschweigend wird dabei der Gegensatz gemacht eines *usurpare*, welches nicht *naturaliter*, sondern *iure civili* geschieht, bei welchem der Besitz nicht allen gegenüber, sondern nur dem Usurpanten gegenüber unterbrochen wird, welches endlich von dem *dominus* ausgehen muß. Von solchem *usurpare* ist in den Quellen des Justinianischen Rechts nichts mehr zu entdecken. Doch weist schon die Titelrubrik: *de usurpationibus et usucapionibus* darauf hin, daß die *usurpatio*, welche von Paulus in l. 2 D. h. t. als *usucapionis interruptio* definiert wird, früher eine bedeutsamere Rolle gespielt haben muß. Die *usurpatio* gehört nicht erst der Periode der durch das Aufkommen des Interdiktenbesitzes umgebildeten *usucapio*, sondern schon der Zeit des alten *usus* an. Es bestehen verschiedene Ansichten darüber, ob das Wort aus *usum-rapere* oder *usum-rupere*, oder *usu rapere* oder *usui rapere* entstanden sei.[1] Gegen die Ableitung aus *usum-rapere* bezw. *rupere* wird eingewandt, daß *usurpare* ein *verbum transitivum* sei, und z. B. gesagt werde: *usurpare servitutem*. Allein es steht ursprünglich, und zwar gerade in Bezug auf den *usus* bezw. die Usukapion, absolut, ohne einen hinzugefügten Akkusativ, wie *usurpatum isset* und *abesse a viro usurpandi causa* in der Äußerung des Q. Mucius bei Gellius 3, 2 §§ 12 und 13 zeigen. Auch bei Cic. de orat. 3, 28 § 110: — *sed ut ex iure civili surculo defringendo usurpare videantur* steht *usurpare* wohl absolut und ist dazu nicht aus dem Vorhergehenden *possessionem* zu ergänzen. *Usurpare* heißt: den *usus*, den Gebrauch, die Ausübung des Rechts an sich reißen, an sich ziehen, wobei nach Müllers[2] Bemerkung das Gewaltthätige in *rapere* zeigt, daß es zum Nachteil eines andern geschieht, dessen *usus* also dadurch unterbrochen wird. Schon früh scheinen einzelne Gebrauchshandlungen von seiten des Eigentümers oder kurzdauernde Verhinderungen des Gebrauchs dessen, der im *usus* war, von seiten dessen, gegen welchen der *usus* lief, zur Unterbrechung genügt zu haben, wie das *trinoctium usurpandi causa*, welches nach den XII Tafeln zur Unterbrechung des *usus* als Begründungsakt der *manus* genügte, zeigt. Diese Handlungen werden bald einen rein symbolischen Charakter angenommen haben; solcher symbolischer Akt ist das von Cicero in der citierten Stelle erwähnte *surculum defringere*, welches ein *ex iure civili usurpare* war. Den wirklichen Besitz unterbricht solche *usurpatio civilis* nicht, sondern sie unterbricht nur die Ersitzung zu Gunsten des den Akt vornehmenden Eigentümers. Daß trotz *continuatio possessionis* die Usukapion gegenüber dem bisherigen Eigentümer unterbrochen wurde, erscheint von der spätern Auffassung der Usukapion aus als etwas Fremdartiges und ist vielleicht schon lange vor Justinian durch die Praxis beseitigt. Damit der symbolische Akt die Wirkung der Unterbrechung der Usukapion haben konnte, mußte er natürlich formgerecht und bei Grundstücken wohl jedenfalls an der Sache selbst vorgenommen sein. Eine bloße dem Usukapienten gegenüber vorgenommene Pro-

[1] Vgl. die Nachweisungen bei Rein, Privatrecht S. 389, A. 2 u. Voigt, Die XII Tafeln II, S. 230, A. 22, auch Schöll, Leg. XII tab. rel. p. 104.

[2] Rh. Museum f. Jurispr. V, S. 200 ff.

testation oder *denunciatio* genügt nach l. 13 D. pro emptore 41, 4 nicht. Am unklarsten bleibt, ob und wie ein solches *ex iure civili usurpare* auch in Bezug auf die Ersitzung beweglicher Sachen möglich war. Nach Verschiedenheit der Sachen wird die Gestalt der *usurpatio civilis* eine verschiedene gewesen sein. Jedenfalls zeigt der Umstand, daß dem alten Appius Claudius Caecus von der Tradition ein *liber de usurpationibus* beigelegt wurde, daß über diese solennen Unterbrechungen des *usus* in seinen verschiedenen Anwendungen (auch die alte *usucapio* der Servituten kommt dabei mit in Betracht) in jener alten Zeit mehr zu sagen gewesen sein muß, als wir uns nach den verlorenen Spuren späterer Zeit vorzustellen vermögen.[1] Noch eine andere auffallende Äußerung des Gaius findet sich in l. 5 D. de usurp. 41, 3. Er sagt in Beziehung auf die Unterbrechung der Ersitzung durch Besitzentziehung: *ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat an ex lucrativa causa.* Daraus könnte man entnehmen, daß in irgend einem Falle es für die Frage der Unterbrechung der Ersitzung etwas ausmache, ob der Ersitzende *pro suo* oder *ex lucrativa causa* besitze. Unter dem *pro suo possidere* im Gegensatz des *ex lucrativa causa* ist der Erwerb aus onerosem Rechtstitel, namentlich auf Grund eines Kaufs zu verstehen. Inwiefern es aber für die Unterbrechung der Ersitzung etwas ausmachen könne, ob jemand *ex lucrativa causa* besitze oder nicht, scheint aus l. un. § 3[a] C. de usuc. transf. 7, 31 hervorzugehen, wo gesagt ist: *Quod et in rebus mobilibus observandum esse censemus, ut in omnibus iusto titulo possessionis antecessoris iusta detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriore forsitan alienae rei scientia, licet ex titulo lucrativo ea coepta est.* Huschke[2] entnimmt daraus meines Erachtens mit Recht, daß vor Justinian die Usukapion aus einem lukrativen Titel durch *mala fides superveniens* unterbrochen wurde, und findet dafür, ebenfalls mit Recht, einen weitern Beleg in l. 11 § 3 D. de Public. 6, 2: *Interdum tamen, licet furtiva mater distracta non sit, sed donata mihi ignoranti et apud me conceperit et pepererit, competit mihi in partu Publiciana, si modo eo tempore, quo experiar, furtivam matrem ignorem.* Daß die Stelle in der Justinianischen Fassung die Worte *quo experiar* enthielt, zeigt die Übersetzung der Basiliken.[3] Julian aber, meint Pernice,[4] habe sicherlich nicht so geschrieben; denn einmal betone er als allgemeine Regel der *Publiciana* bestimmt, daß nur der Augenblick des Erwerbs in Frage komme (während er in l. 7 § 17 D. de Public. 6, 2 doch nur von der *Publiciana* auf Grund von Kauf redet), und dann wolle er bei der Ersitzung des Kindes einer gestohlenen Sklavin auf den Moment der Geburt sehen (in l. 33 pr. D. de usurp. 41, 3 redet aber Julian nur von den Erfordernissen der Begründung der Usukapion des *partus* einer *ancilla furtiva*, nicht von ihrer Unterbrechung). Absichtlich haben die Kompilatoren den Satz: *si modo* u. s. w. wohl nicht stehen lassen; sie haben übersehen, daß sie ihn in Gemäßheit dessen, was Justinian in l. un C. de usuc. transf. 7, 31 für die Ersitzung angeordnet hatte, hätten korrigieren müssen. — Ist es denn aber innerlich so unglaublich, daß nach früherem Recht Usukapion auf Grund eines lukrativen Titels durch *mala fides superveniens* unterbrochen wurde? Entspricht es nicht gerade altrömischer Anschauung, den Erwerb durch *emere*, über-

[1] Mit Unrecht versteht Sanio, Varroniana S. 146 unter dem *liber de usurpationibus* eine Zusammenstellung von *exempla ex iure civili*, einen aus kasuistischen Rechtsbelehrungen bestehenden Rechtsspiegel.

[2] Das Recht der Publicianis. Klage S. 68 ff.

[3] Bas. 15, 2, 1.

[4] Labeo II, S. 206.

haupt jeden Erwerb, bei welchem der Erwerber seinerseits für das zu Erwerbende Etwas leistet oder aufgiebt, gegenüber dem, welcher ihm ein bloßes *lucrum* bringt, zu begünstigen? Der *titulus pro emtore* und die, welche ihm gleichgestellt sind, wie *titulus pro dote* u. s. w., sind kräftiger als die lukrativen Titel. Sie behalten ihre Kraft gegenüber der *mala fides superveniens*, während die letzteren dadurch die ihrige verlieren. Diese Begünstigung des onerosen Erwerbs vor dem lukrativen tritt auch in anderen Sätzen hervor. So kann *de dolo auctoris* nicht der *rei vindicatio* des Käufers, wohl aber der des Legatars und des Beschenkten eine *exceptio* opponiert werden. *Aliud est enim emere, aliud ex his causis* (*sc.. lucrativis*) *succedere* (l. 4 §§ 27—31 D. de dol. m. et m. e. 44, 4). Erst Justinian ferner machte allem Zweifel darüber ein Ende, daß die *longi temporis praescriptio* auch auf *donatio* oder *alia lucrativa causa* gestützt werden könne *nec occasione lucrativae causae repellatur* (l. 11 C. de praescriptione longi temporis 7, 33). Erst Justinian auch hat, nachdem lange schon auf Grund des onerosen Forderungserwerbes die vererbliche *actio utilis* gewährt war, verordnet in l. 33 pr. C. de donat. 8, 53 (54), daß auch im Falle der Schenkung einer Forderung dieselbe schon vor der Litiskontestation auf die Erben übergehen, d. h. also *actio utilis* stattfinden solle. Erweisen sich hier in vielfacher Beziehung Schenkung und andere *causae lucrativae* als weniger wirksam, wie Kauf und kaufähnliche Geschäfte, so kann der Satz nicht auffallen, den erst Justinian beseitigte, daß Usukapion auf Grund eines lukrativen Titels durch *mala fides superveniens* unterbrochen wurde.

Schon nach der Zwölftafelgesetzgebung waren gewisse Sachen dem *usus* entzogen. Zunächst ist die Bestimmung anzuführen, über welche Cicero de leg. II, 24, 61 berichtet: *Duae sunt praeterea leges de sepulchris, quarum altera privatorum aedificiis, altera ipsis sepulchris cavet. — — Quod autem forum, id est vestibulum sepulchri, bustumve usucapi vetat, tuetur sepulchrum.* Darüber bemerkt Burckhard:[1] „Das *forum bustumve* ist — als *res religiosa extra commercium* und kann schon wegen dieser ihrer Eigenschaft nicht usukapiert werden.“ Natürlich muß ihm bei dieser Annahme die Frage Schwierigkeiten bereiten, wie es komme, daß die XII Tafeln einen so selbstverständlichen Satz noch in einer besondern Bestimmung sanktionierten. Das *forum bustumve* ist aber keineswegs mit dem *locus religiosus* zu verwechseln. *Religiosus locus* ist nur der Ort, wo der Leichnam des Menschen endlich begraben oder seine Asche beigesetzt ist. Nicht einmal das ganze *sepulcrum, non totus, qui sepulturae destinatus est locus, religiosus fit,* sondern nur *quatenus corpus humatum est.*[2] Das *forum bustumve* gehören aber nicht einmal zum eigentlichen *sepulcrum.* Das *forum* der Zwölftafelbestimmung erklärt Cicero als *vestibulum sepulchri*; und unter den sechs Bedeutungen von *forum*, welche Festus p. 84 anführt, kommt vor: *quarto cum id forum antiqui appellabant, quod nunc vestibulum sepulchri dicari solet,* es ist der Vorhof der Gräber. *Bustum* bedeutet ursprünglich den Ort, wo der Tote verbrannt wurde, die Leichenbrandstätte, welche sich auch neben dem *sepulcrum* befand. *Forum* oder *bustum* konnten im Privateigentum stehen, bezw. standen darin. Damit sie nicht ihrer Bestimmung für die Zwecke des *sepulcrum* abwendig gemacht werden könnten, wurden sie durch besondere gesetzliche Bestimmung der Ersitzung entzogen (*quod autem forum — — bustumve usucapi vetat, tuetur ius sepulcrorum*).

[1] Ztschr. f. Rsgesch. VII, S. 111. [2] L. 2 § 5 D. de relig. 11, 7.

Der von Cicero gleichfalls auf die XII Tafeln zurückgeführte Satz, daß bezüglich des Grenzstreifens von *praedia rustica* die Usukapion *intra quinque pedes* ausgeschlossen sein solle, ist bei der Darstellung der *actio finium regundorum* zu berücksichtigen. — Auf den Satz der XII Tafeln über die *res furtivae* ist erst einzugehen, nachdem zuvor über die *auctoritas* gehandelt ist.

Auf die XII Tafeln wird von Gaius auch der früher geltende Satz zurückgeführt, nach welchem *res mancipi* einer in der Tutel ihrer Agnaten stehenden Frau nur usukapiert werden konnten, wenn sie von ihr *tutore auctore* tradiert waren. Aus Vat. Fr. 1 erfahren wir, daß, wenn jemand von einer Frau *sine tutoris auctoritate* oder wissentlich *falso tutore* eine *res mancipi* gekauft und tradiert erhalten hatte, er nach der Ansicht der *veteres* wie der Juristen der ersten Kaiserzeit nicht als *bonae fidei emtor* angesehen wurde, also nicht ersitzen konnte. Erst Julianus war wegen einer *Rutiliana constitutio* der Meinung, daß der Käufer, welcher der Frau das *pretium* gezahlt habe, auch usukapieren könne, und, wenn die Frau ihm vor vollendeter Usukapion die Rückgabe des Preises anbiete, aufhöre zu usukapieren. Was hat es mit dieser *Rutiliana constitutio* für eine Bewandtnis, über welche nach Bechmann besser alle Vermutungen unterbleiben?[1] Mit Übertretung dieses Verbots will ich es wagen, Folgendes zur Erwägung vorzulegen, und dabei an eine Bemerkung Bechmanns anknüpfen. Bechmann sagt, die *Rutiliana constitutio* sei jedenfalls nicht die unmittelbare Grundlage jener Ersitzung des Käufers, sonst könnte es nicht heißen, *propter Rutilianam constitutionem*, worauf Pernice ihm erwidert, *propter Rutilianam constitutionem* könne doch nur heißen: Julian bediente sich dieser Konstitution, um darauf seinen Satz zu stützen. Ich teile die Auffassung Bechmanns, daß Julian nach der Ausdrucksweise der Stelle seine Behauptung nicht unmittelbar auf die *Rutiliana constitutio* gründete, umsomehr da *propter Rutilianam constitutionem* nicht zu den folgenden Worten *eum, qui pretium dedisset, etiam usucapere* etc., sondern zu dem aus dem Frühern zu ergänzenden *putabat* zu ziehen ist, also nicht, wie es z. B. von Huschke in seiner Ausgabe geschieht, hinter *Iulianus*, sondern hinter *constitutionem* interpungiert werden muß. Julian entlehnt den von ihm zur Anwendung gebrachten juristischen Gedanken aus der *Rutiliana constitutio*, womit es recht wohl vereinbar wäre, daß jene *constitutio* gar nicht Veräußerungen von Frauen *sine tutore auctore* beträfe. Und nun vergleiche man, was Tryphoninus in l. 12 §§ 7 sq. D. de captivis 49, 15 über die *constitutio quae de redemptis lata est* mitteilt. Wenn jemand einen von den Feinden gefangenen fremden Sklaven losgekauft hat, so fällt dieser sofort in das Eigentum des *redemtor*, aber dadurch, daß ihm der von ihm bezahlte Preis angeboten wird, fällt der Sklave *iure postliminii* in das Eigentum des frühern Eigentümers zurück. Wenn er, ohne zu wissen, daß der Sklave ein *captivus* sei, in dem irrtümlichen Glauben, er gehöre dem Verkäufer, ihn gekauft hat, so kann von eigentlicher Usukapion nicht die Rede sein, da die *constitutio, quae de redemtis lata est*, den aus der Gefangenschaft losgekauften Sklaven dem *redemtor* sofort zu Eigentum zuweist; es soll dann aber der frühere *dominus transacto tempore quanto, nisi constitutio eum proprium fecisset, usucapi potuisset* das Recht verlieren, durch Anbieten des vom *redemtor* gezahlten Preises ihn *iure postliminii* wieder-

[1] Kauf I, S. 625, A. 3. Auch Pernice, Labeo II, S. 210, A. 11 geht auf die Deutung der geheimnisvollen Satzung nicht ein. Vgl. sonst Huschke in d. Ztschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. XIV, S. 20 u. die dort A. 3 Citierten. Voigt, Ius naturale IV, S, 519 ff.

zuerwerben. Wie Julian die Gedanken der *constitutio quae de redemtis lata est* auf den in Vat. Fr. 1 besprochenen Fall analog anwandte, liegt auf der Hand. Wie der frühere *dominus* dem *redemtor* gegenüber durch Anbieten des von diesem gebotenen Preises das Eigentum zurückerwerben konnte, aber durch Ablauf der Usukapionszeit dieses Einlösungsrecht verlor, so sollte nach Julians Ansicht die Frau vom Käufer durch Zahlung des Preises die Sache, welche in dessen *bona* gekommen war, zurückerwerben und die *usucapio* unterbrechen können, mit Ablauf der Usukapionszeit aber dieses Einlösungsrecht verlieren. Ist die *Rutiliana constitutio* mit der *constitutio, quae de redemtis lata est,* identisch, dann war sie jedenfalls kein von einem Juristen aufgestellter Satz, wie er ja auch wohl mit dem Ausdruck *constitutio* bezeichnet wird. Aber wofür ist denn die *constitutio* zu halten? Tryphoninus bezeichnet ihre Wirkung als *lex nostra, quam constitutio fecit* und setzt sie dem *vetus ius* entgegen. An eine kaiserliche Konstitution ist nicht zu denken, denn sonst würde der Name des Kaisers, von dem sie herrührte, beigefügt sein. Wäre die Konstitution in republikanische Zeit zu versetzen, so fiele schon dadurch die Möglichkeit, an eine *constitutio principis* zu denken, weg. An eine Ediktsbestimmung kann schon deshalb nicht gedacht werden, weil offenbar der *constitutio* direkte civilrechtliche Wirkung beigelegt wird. Ich vermeine nicht, eine Lösung des hier vorliegenden Problems bieten zu können, welche keinen Bedenken unterläge, doch trifft vielleicht folgende Vermutung das Richtige. Der Inhalt der *constitutio, quae de redemtis lata est,* bezieht sich auf internationale Verhältnisse, deren Leitung dem Senat zustand; und wenn auch dem Senat in republikanischer Zeit das Recht der Aufstellung von Rechtsnormen nicht zustand, so sind doch vorzugsweise auf dem Gebiet der internationalen Angelegenheiten Übergriffe vorgekommen.[1] So ist es nicht unwahrscheinlich, daß auch die *constitutio, quae de redemtis lata est,* eine solche auf Antrag eines Magistrats ergangene Festsetzung des Senats ist. Das Wort *constituere* ist in Gaius' Definition des Senatuskonsults auch auf den Senat angewandt (I, 4: *Senatusconsultum est quod senatus iubet atque constituit*). Der Urheber der *constitutio Rutiliana* könnte der P. Rutilius, tr. pl., sein,[2] welcher, sich stützend auf das alte Recht der *deditio,* den den Numantinern übergebenen, von ihnen nicht angenommenen und nach Rom zurückgekehrten Mancinus aus dem Senat auswies, *quod eum civem neget esse.* Auch da erscheint er in einer die internationalen Verhältnisse betreffenden Frage thätig. Daß die durch den Senat getroffene Festsetzung nach dem Urheber derselben von Julian als *Rutiliana* bezeichnet wird, entspricht römischer Sitte, wenn auch nicht dem offiziellen Sprachgebrauch, welchem die bei Tryphonin sich findende Bezeichnung: *Constitutio, quae de redemtis lata est,* mehr konform sein wird.

In der Zwölftafelbestimmung über den *usus* findet sich neben denselben die *auctoritas* gestellt. Dieselbe gesetzliche Dauer, welche für den *usus* vorgeschrieben wurde, ist auch der *auctoritas* gesteckt. Daß *usus* und *auctoritas* durch keine *copula* verbunden sind, kann überhaupt nicht befremden in einer *lex, quae asyndeta minime spreverit* (Schöll[3]), es kann umsoweniger befremden, da auch später noch in der gesetzlichen Sprache Ausdrücke, welche in innerer Beziehung zu einander stehen, mit Auslassung der kopulativen Konjunktion

[1] Mommsen, Staatsr. III, 2, S. 1236 f. [2] Cic. de Or. I, 40, 181.
[3] Leg. XII rel. p. 102.

nebeneinander gestellt werden. *Usus* und *auctoritas* stehen aber in innerer Beziehung zu einander. *Auctor* (von *augere*) ist der Bekräftiger. Die Bekräftigung kann nach Verschiedenheit der Fälle eine verschiedene sein; hier liegt sie darin, daß der Veräußerer für die Wirksamkeit des Veräußerungsakts die Garantie übernimmt; der *auctor* ist hier der Gewährsmann, der Garant. *Auctoritas* in unserer Zwölftafelbestimmung ist die Gewährsmannseigenschaft, die Garantiepflicht des Mancipanten. Wenn der *usus* durch seine Dauer zur *capio*, zum Eigentumserwerb geführt hat, so bedarf es der Gewähr des Mancipanten nicht mehr, bis zu diesem Moment ist aber dieselbe nötig. Dauer des *usus* und Dauer der *auctoritas* stehen also in innerer Beziehung zu einander. Die Erfüllung der Garantiepflicht des Mancipanten zeigt sich darin, daß er in dem Vindikationsprozeß gegen den Besitzer diesem als *auctor* zur Seite tritt. Diese Bedeutung der Garantiepflicht des Mancipanten gegenüber dem *mancipio accipiens* hat das Wort *auctoritas* auch in den beiden anderen Bestimmungen der XII Tafeln, in denen es vorkommt, zunächst in der von Cicero de off. 1, 12 berichteten: *Adversus hostem aeterna auctoritas (esto). Hostis* ist der *peregrinus*.[1] Das *mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius* war *ius proprium civium Romanorum*. Die Usukapion konnte nur unter römischen Bürgern vorkommen, einem Peregrinen konnte seine Sache nicht durch einen römischen Bürger durch *usus* abersessen werden. Hatte also ein *civis Romanus* einem andern *civis Romanus* eine Sache mancipiert, welche in Wahrheit einem *peregrinus* gehörte, so war die Garantiepflicht des Mancipanten gegen die Vindikation des peregrinischen Eigentümers eine *aeterna;* da der römische Besitzer sich dem Peregrinen gegenüber nicht auf zweijährigen bezw. einjährigen Usus berufen konnte, so dauerte auch die *auctoritas* des Mancipanten im Verhältnis zum *mancipio accipiens* nicht bloß zwei bezw. ein Jahr.[2]

---

[1] Cic. de off. I, 12, 37. Varro de l. l. V, 3.

[2] Im Gegensatz der Garantiepflicht des Mancipanten, welche zwei bezw. ein Jahr währte, war die Haftung des Verkäufers aus dem bloßen Kaufkontrakt für das *rem habere licere* nicht an jene Frist gebunden. Gerade im Gegensatz zu der zwei- bezw. einjährigen Garantiepflicht des Mancipanten wird jene Obligation des Verkäufers in den Digesten verschiedentlich als eine *perpetua* bezeichnet. Vgl. namentlich l. 39 § 4 D. de evict. 21, 2: *Qui statuliberum tradit, nisi dixerit eum statuliberum esse, evictionis nomine perpetuo obligatur.* Obgleich an dieser Stelle auf die sogenannte *auctoritatis actio* noch nicht eingegangen werden kann, so will ich doch hier schon bemerken, daß ich Lenels Auffassung (Ediktum S. 424 f., Palingenesia I, p. 464), daß in l. 39 cit. handgreiflich durch Interpolation verdeckte Spuren der *actio auctoritatis* vorliegen sollen, nicht teilen kann. Daß das *perpetuo obligatur* des § 4 verbietet, diesen Paragraphen auf die *actio* zu beziehen, wurde schon bemerkt. Auch im letzten Paragraphen weist nichts notwendig auf die Interpolation hin (welche Bechmann, Kauf I, S. 244 annimmt), zunächst nicht das *petente — tenetur*, denn wenn auch die Eviktionspflicht durch *stipulatio* übernommen war, mußte doch nach erfolgtem *petere* des Dritten der Käufer dem Verkäufer *litem* denuncieren, und wenn nun der letztere jenem im Prozeß nicht beistand, so konnte dafür der alte Ausdruck *auctoritatem defugere* oder *defugere* schlechthin gebraucht werden, wie er in der aus dem lib. VI *stipulationum* entlehnten l. 139 D. de verb. obl. 45, 1 gebraucht ist (in welche Stelle Lenel zwar die *duplae stipulatio* hineininterpoliert wissen will). Gebraucht doch Papinian in Vat. Fr. 10 den Ausdruck: *stipulatio auctoritatis* (vgl. Paul. S. R. 5, 10). Endlich kann ich die Interpolation nicht finden in *pr.* der Stelle wegen der Worte: *utilem sibi de evictione stipulationem in Titium dari* und *evictionem restitui.* Lenel meint, es liege zu Tage, daß Julian schrieb: „*utilem actionem dari*" und „*auctoritatem restitui*". Was die Kompilatoren an die Stelle gesetzt hätten, sei der bare Unsinn. Dabei hat Lenel nur sich nicht vergegenwärtigt, daß die Gewährleistungsstipulation zu den *stipulationes praetoriae*, und zwar den *cautionales* gehört; *quae instar actionum habent*, so daß auch von einem *stipulatio competit, stipula-*

Nach Gai. II, 45 u. 49 haben die XII Tafeln auch die Uusukapion einer *res furtiva* untersagt. Gaius erwähnt hier nichts von der *lex Atinia*, während die Justinianischen Institutionen § 2 de usuc. 2, 6 direkt sagen, daß *furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibent usucapionem*, womit andere Stellen zusammenzustimmen scheinen. Nach der gewöhnlichen, wahrscheinlich richtigen Annahme ist unsere *lex Atinia* ein im Jahre 557 a. u. durch den *tribunus plebis* C. Atinius Labeo zustande gebrachtes Plebiscit. Gellius XVII, 7 gedenkt einer unter P. Mucius Scaevola (cos. a. u. 621), Brutus und Manilius (cos. a. u. 605) verhandelten Frage, ob sich die Worte der *lex „Quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto"* nur auf die *furta post eam facta* oder auch auf die *ante facta* bezogen. Man hat mit Recht gesagt, daß diese Diskussion wohl kaum stattgefunden hätte, wenn die *lex Atinia* lange vor jenen Juristen zustande gekommen wäre. Von Cicero Verr. 2, 1 § 109 wird die *lex Atinia* in Bezug auf die Frage der Rückanwendung zusammen mit der *Furia* und *Voconia*, und zwar vor der *Furia* genannt. Nehmen wir an, daß das Alter die Reihenfolge bestimmt hat, in welcher er jene Gesetze genannt hat, so würde dies auch ungefähr auf die obengenannte Zeit für die *lex Atinia* führen, denn die *lex Furia testamentaria* ist 571 a. u., die *lex Voconia* 585 a. u. zustande gekommen. Vielleicht ist es nun doch keine bloße Ungenauigkeit des Gaius, wenn er den Satz, daß die *res furtiva* der Usukapion entzogen sei, nur auf die XII Tafeln zurückführt und dabei der *lex Atinia* keine Erwähnung thut. Hat die *lex Atinia* diesen Satz auch ausgesprochen, wie man dies doch wohl nach l. 4 § 6 D. de usuc. 41, 3 (*Quod dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur* etc.), nach l. 33 pr. D. eod. tit. und § 2 I. de usuc. 2, 6 annehmen muß, so war sie in dieser Beziehung eine bloße Wiederholung der Zwölftafelbestimmung, und konnte man dafür sich wohl in einer elementaren Darstellung allein auf das alte Gesetz, dem der Satz seinen ersten Ursprung verdankte, beziehen. Der Satz aber, welchen Gellius aus der *lex Atinia* anführt, redet nicht vom *usus* bezw. der *usucapio*, sondern von der *auctoritas*. Die Gewährleistungspflicht des Mancipanten einer *res furtiva* soll nicht etwa nach einem Jahre erlöschen, sondern eine *aeterna* sein, d. h. so lange dauern, bis die Sache wieder usukapierbar geworden und dann die Usukapionszeit abgelaufen ist. Es ist nun wohl anzunehmen, daß die Decemvirn, welche das Usukapionsverbot der *res furtiva* im Anschluß an die Bestimmungen über die *furta* aufgestellt haben werden, dabei nichts über die *auctoritas* bestimmt haben. Hingen nun gleich die die Regel bildenden Bestimmungen über den *usus* und die *auctoritas* eng miteinander zusammen, so ist es doch bei der Interpretationsweise der alten Juristen ganz begreiflich, daß man auch den Mancipanten einer *res furtiva* nach Ablauf von einem Jahre von der Gewährleistungspflicht befreit werden ließ, oder daß man doch bezüglich dieses Punktes im ungewissen war. So stellte

---

tionem dare (vgl. l. 15 § 28, l. 18 pr. D. de damno infecto 39, 2) gesprochen wird. Wie bei den *actiones*, so konnten auch bei den *praetoriae stipulationes* Änderungen in den in dem Edikt proponierten Formularen vorgenommen werden (l. 1 § 10 D. de praetor. stip. 36, 5: *Sed et si quid vel addi vel detrahi vel immutari in stipulatione oporteat, praetoriae erit iurisdictionis).* So kam man zur *stipulatio utilis*. Im Fall der l. 39 pr. hat der Minderjährige an Titius, dieser an Sejus verkauft. Der *minor* erlangt *in integrum restitutio* gegen Sejus, da genügte die ordentliche *stipulatio duplae* nicht, denn der *fundus* war ihm *praetoria cognitione*, durch die Restitutionserteilung *ablatus*, es mußte ihm eine dies berücksichtigende *stipulatio utilis* gegeben werden.

dann die *lex Atinia* ihre besondere Bestimmung über die *auctoritas* auf, und es konnte nach ihrer Erlassung darüber verhandelt werden, ob diese Bestimmung auch auf die *ante facta furta* zu beziehen sei. — Der *lex Atinia* verdankt auch der Satz seine Entstehung, daß das *vitium* der Furtivität aufhört, sobald die Sache in die *potestas* dessen, *cui subrepta est,* zurückgekehrt sei. Die Interpretation legte das dahin aus, daß die Sache in die *potestas* des *dominus* zurückgekehrt sein müsse, wenn die Sache vielleicht auch einem andern, etwa dem Usufruktuar, entwandt war. Das sagt Paulus in l. 4 § 6 D. de usuc. 41, 3. Die Zweifel darüber, ob, wenn der Eigentümer selbst etwa demjenigen, welchem er die Sache zu Pfand gegeben, die Sache entwandt hatte, dieselbe eine *res furtiva* werde, scheinen erst in der Kaiserzeit aufgetaucht zu sein. Labeo sagt in l. 49 D. de usurp. 41, 3 noch schlechthin: *Si quid est subreptum, id usucapi non potest, antequam in domini potestatem pervenerit.* Über diese Zweifel wird also erst an späterer Stelle zu handeln sein. Über die Früchte der *res furtiva* hat die *lex Atinia* selbst wohl keine Bestimmungen getroffen, aber ohne Zweifel hat sich schon die republikanische Jurisprudenz mit der Frage, inwiefern diese an der Furtivität der Muttersache teilnähmen, beschäftigt, wofür wir einen Beleg in der in l. 4 pr. D. pro suo 41, 10 erwähnten Meinung der Trebatius besitzen. Wie die Früchte überhaupt keine Teile der Muttersache, sondern schon seit ihrem ersten Keimen neue, wenn auch noch unfertige Sachen sind, so macht sich auch hier bei der Frage, ob die Früchte einer *res furtiva* auch furtiv seien, geltend, daß sie keine Teile sind, denn wären sie es, so müßte sich die Furtivität der Sache, deren Teile sie gewesen, auf sie übertragen, einerlei, bei wem sie getrennt würden. Dieser Satz mag nun einmal in der Kaiserzeit von einzelnen Juristen aufgestellt sein, durchgedrungen ist er auch dann nicht. Als alt dürfen wir den Satz ansehen, der sich auch später behauptet, daß die Früchte der *res furtiva* auch furtiv werden, wenn sie beim *fur* von der Muttersache getrennt werden, nicht aber, wenn sie bei einem spätern *bonae fidei possessor* getrennt werden. Daß sie Accessionen der Muttersache sind, macht sich, wenn sie noch beim *fur* selbst, bei dem also, von welchem das *vitium* der Muttersache herrührt, getrennt werden, für die Ansteckung ihrerseits durch dieses *vitium* geltend, nicht aber mehr, wenn sie bei einem *bonae fidei possessor* getrennt werden. Für den *partus ancillae* und auch für Tierjungen galt der besondere Satz, daß sie schon, wenn sie beim *fur* koncipiert sind, furtiv wurden. Diese Besonderheit ist gewiß so alt, wie der die Früchte der *res furtiva* betreffende Satz selbst. Es ist die Frage, wie sie sich erkläre; namentlich die Gleichstellung der Tierjungen mit den *res furtivae* in dieser Beziehung. Man hat gesagt, nur bei den Tierjungen lasse sich, wie bei den Sklavenkindern, leicht erkennen, wann sie entstanden seien, nicht aber bei den übrigen Früchten. Warum aber z. B. bei Feldfrüchten der Moment ihrer ersten Entstehung schwerer zu bestimmen sein solle, wie bei Tierjungen, ist nicht abzusehen. Mir scheint der Unterschied darin begründet, daß die Tiere höher organisierte, den Menschen ähnlichere Geschöpfe sind, als sonstige Sachen. Wie die Rechtsfähigkeit der physischen Person, nachdem sie geboren, schon von der Konzeption an datiert wird, so wird auch das Sklavenkind und das Tierjunge, nachdem es von der Muttersache separiert ist, als schon von dem Moment der Konzeption gewisser rechtlicher Eigenschaften als fähig angesehen. Für das Sklavenkind ist diese Begründung in l. 26 D. de statu hom. 1, 5 in Anknüpfung an den Satz *„Qui in utero sunt, in toto paene*

iure civili intelleguntur in rerum natura esse" geradezu ausgesprochen in den Worten: *praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam furtivum usu non capitur.* Und nicht bloß in diesem einen Falle dürfte die Fähigkeit der Sklavenkinder und der Tierjungen zu rechtlicher Charakterisierung vom Moment der Konzeption an sich geltend gemacht haben. Maßgebend scheint sie mir auch geworden zu sein bei der Frage, inwiefern die Verpfändung der Muttersache auch die Erzeugnisse derselben ergreife. Doch ist hier zweierlei wohl zu unterscheiden. Zukünftige Früchte einer Sache können als selbständige Objekte der Verpfändung in Betracht kommen, sei es für sich, sei es mit der Muttersache, und nach dem Recht der spätern Kaiserzeit galten sie, *etsi aperte id est non expressum,* als *tacita pactione* mit verpfändet. In solchem Fall, wo sie als selbständige Objekte der Verpfändung in Frage kommen, kommen sie natürlich nur als künftige selbständige Sachen, als *res futurae,* in Betracht, einerlei, ob es sich um Sklavenkinder, Tierjungen oder sonstige Früchte handelt, und Pfandrecht entsteht an ihnen nur, wenn sie zur Zeit ihrer Trennung ins Eigentum des Verpfänders oder seiner Erben fallen. Eine andere Frage ist, ob, ganz abgesehen von der ausdrücklichen oder stillschweigenden Mitverpfändung der Früchte, das Pfandrecht an der Muttersache die zur Zeit der Verpfändung der Muttersache schon pendenten Früchte mit ergreifen könne. Bezüglich der Früchte im engern Sinne, abgesehen von Sklavenkindern und Tierjungen, muß das verneint werden. Hängende Früchte, insbesondere reife, können wohl die Muttersache wertvoller machen und insofern bei Berechnung der *Quarta Falcidia* und bei den Rechtsmitteln wegen fraudulöser Veräußerungen[1] in Betracht kommen: rechtlicher Charakterisierung, wie solche auch in der Ergreifung durch den Pfandnexus liegen würde, sind sie vor ihrer Separation nicht fähig. Anders steht es mit den Sklavenkindern: wird eine schwangere Sklavin verpfändet, so ergreift der Pfandnexus auch das Kind, selbst wenn dieses bei seiner Geburt nicht in das Eigentum des Verpfänders fällt. Das beweisen l. 1 pr. D. de Salviano interd. 43, 13 und l. 18 § 2 D. de pign. act. 13, 7. Dasselbe möchte ich nun auch für Tierjungen behaupten, wenngleich ein äußerer Beleg dafür nicht beigebracht werden kann.

Das die *res furtivae* betreffende Usukapionsverbot wurde zunächst wahrscheinlich auch auf Grundstücke bezogen; denn man nahm an, daß an einem Grundstück ein *furtum* möglich sei. So erklärt sich wahrscheinlich Gai. II, 49: *vulgo dicitur furtivarum rerum et vi possessarum usucapionem per legem XII tabularum prohibitam esse.* Es änderten sich aber die Ansichten darüber, wohl schon in republikanischer Zeit, der Begriff des *furtum* wurde auf bewegliche Sachen beschränkt. So entstand bezüglich der Grundstücke eine Lücke. Eine *lex Plautia,* wahrscheinlich aus dem Jahre 664, verbot daher die Ersitzung der *res vi possessa,* und diese Bestimmung ist dann in die (Augustische) *lex Iulia de vi* aufgenommen.[2] Aus der Bezeichnung *lex Plautia et Iulia* oder *Iulia et Plautia* darf nicht entnommen werden, daß es sich nur um ein einziges Gesetz handle, denn es kommt auch sonst vor, daß mehrere Gesetze über denselben Gegenstand, von denen das eine den Inhalt des andern in sich aufgenommen, dasselbe ergänzt oder modifiziert hat, regelmäßig zusammen genannt werden.[3]

---

[1] L. 9 D. ad leg. Falcid. 35, 2. L. 25 § 4 ff. D. quae in fraudem cred. 43, 1.
[2] Gai. II, 45. 49. § 2 I. de usuc. 2, 6. L. 33 § 2 D. de usurp. 41, 3.
[3] Vgl. Bd. I, S. 426, A. 5.

Inwiefern hier etwa die ältere *Plautia* durch die *Iulia* bezüglich der Bestimmung über das Usukapionsverbot noch ergänzt oder modifiziert sei, läßt sich nicht mehr erkennen. Am detailliertesten ist dieses Verbot wohl angegeben von Venulejus in l. 6 D. vi bonor. rapt. 47, 8: *Quod vi possessum raptumve sit, antequam in potestatem domini heredisve eius perveniat, usucapi lex vetat.* Das Usukapionsverbot bezog sich also nicht bloß auf Grundstücke, sondern auch auf bewegliche Sachen, denn nur auf diese kann das *raptumve* bezogen werden. Enthielt es nun, sofern das *rapere* bewegliche Sachen betraf, nicht etwas ganz Überflüssiges, sofern im *rapere* immer auch die Begriffsmomente des *furtum* enthalten sind? Aber nicht in jedem *rapere* ist auch ein *furtum* enthalten. Ulpian sagt l. 39 pr. D. de furtis 47, 2, daß, wenn jemand *meretricem alienam ancillam rapuit vel celavit, furtum non esse: nec enim factum quaeritur, sed causa faciendi: causa autem faciendi libido fuit, non furtum.* Diese *ancilla rapta* war also keine *res furtiva,* nach der *lex Plautia et Iulia* war aber auch die Usukapion derselben verboten. Auf die nähere dogmatische Erläuterung des *vi possessum* kann hier nicht eingegangen werden, die Aufhebung des *vitium* war übrigens hier in ähnlicher Weise möglich, wie bei der *res furtiva.* —

Nach dem Vorbild der zuletzt betrachteten Usukapionsverbote ist auch das der Cäsarischen *lex Iulia repetundarum* vom Jahre 695 aufgestellt. Schon durch frühere *leges repetundarum* war das Verbot für Provinzialmagistrate aufgestellt, Geschenke über eine bestimmte Summe anzunehmen. Das gleiche Verbot der *lex Iulia repetundarum* war also im Ganzen nicht neu, aber sie fügte hinzu, daß, was ihrem Verbot zuwider dem Prokonsul oder Prätor geschenkt sei, auch nicht solle ersessen werden können, bis es in die *potestas* dessen, *a quo profecta res sit,* oder seiner Erben zurückgelangt sei.[1] Die Räubereien und Erpressungen der römischen Provinzialbeamten haben zu dieser Bestimmung geführt: das wider das Verbot Geschenkte soll einfach wie das Gestohlene und gewaltsam in Besitz genommene behandelt werden. In derselben Weise, wie Schenkungen, sollen aber onerose Geschäfte, unter denen sich eine Schenkung versteckt, behandelt werden.[2]

d. Die *adiudicatio.*

§ 31. Die *formula* der drei *iudicia divisoria* enthielt einen bei der Darstellung des römischen Formularprozesses näher ins Auge zu fassenden, *adiudicatio* genannten Bestandteil, durch welchen der *iudex,* der Teilungsrichter, vom Magistrat angewiesen wurde, nach seinem Befinden zum Zweck der Auseinandersetzung der Miterben, Miteigentümer, Grenznachbarn das bis dahin Gemeinschaftliche oder als gemeinschaftlich Angesehene oder bestimmte Stücke desselben einem der Miterben u. s. w. zu alleinigem Eigentum zuzusprechen.[3] Diese *adiudicatio* reicht aber über die Zeiten des Formularprozesses hinaus in die des Legisaktionsverfahrens. Die *adiudicatio* war zunächst eine der *civiles adquisitiones,* eine Erwerbsart des quiritischen Eigentums. Anwendbar war sie sowohl auf *res mancipi* als *nec mancipi.* Der richterliche Zuspruch selbst, ohne Besitzübertragung, begründete das quiritische Eigentum dessen,

[1] L. 8 pr. D. de lege Julia repet. 48, 11. L. 48 pr. D. de a. r. d. 41, 1.

[2] L. 8 § 1 cit.: *Eadem lex venditiones locationes eius rei causa pluris minorisve factas irritas facit impeditque usucapionem* u. s. w.

[3] Ulp. 19, 16. Gai. IV, 42. §§ 4—7 I. de off. iud. 4, 17. § 20 I. de act. 4, 6.

dem die Sache zugesprochen war, vorausgesetzt, daß sie im quiritischen Miteigentum der Miterben u. s. w. gestanden hatte; war dies nicht der Fall gewesen, so war die *adiudicatio* wenigstens Usukapionstitel.[1] Diesen konnte sie abgeben, da die *adiudicatio* keineswegs ein bloßer Formalakt, wie die *in iure cessio* war, sondern auch ein kausales Element in sich enthielt. Sie ist ein Modus der Ausscheidung von dem, was diesem bisherigen Miterben etc. für sich allein gehören soll, aus dem bis dahin Gemeinschaftlichen. Daß in alter Zeit bei der *adiudicatio* gewisse solenne Worte, etwa das Wort *adiudico*, gebraucht werden mußten, ist nicht unwahrscheinlich. Die *adiudicatio* wird, wie die *in iure cessio*, als *legis actio* bezeichnet und daraus die Konsequenz gezogen, daß nicht *ex certo tempore* (und natürlich auch nicht *sub conditione*) adjudiziert werden könne, *quia nulla legis actio prodita est de futuro*.[2] Als *legis actio* erscheint sie als Ausführungsakt der vom Magistrat, *apud quem legis actio erat*, beim vorhergehenden *lege agere* erteilten Vollmacht. Damit, daß die *adiudicatio* als *legis actio* bezeichnet wird, hängt zusammen (wie aber an dieser Stelle noch nicht dargelegt werden kann), daß sie nur, wenn sie in einem *iudicium legitimum* geschah,[3] quiritisches Eigentum bezw. civilrechtliche Servitut begründen konnte. Die *adiudicatio* ist übrigens nicht bloß Begründungsakt civiler Rechte geblieben. Sie würde ihre Bestimmung, zur Aufhebung des Miteigentums und Miterbrechts zu dienen, nur sehr unvollkommen erfüllen, wenn sie nicht eine weitere Ausdehnung erfahren hätte, welche erst an späterer Stelle betrachtet werden kann. Die Frage liegt nahe, ob die *adiudicatio* als *legis actio* auch anderen Beschränkungen der *legis actio* unterworfen war. Nachweisen läßt sich in dieser Beziehung, soviel ich sehe, nichts mehr, aber unwahrscheinlich ist es nicht, daß sie zur Zeit der *legis actiones* nicht an einem *dies nefastus* geschehen konnte.

3. Die *adquisitiones naturales*.

a. Die Okkupation.

§ 32. Nach römischer Anschauung, in welcher richtige historische Auffassung sich kundgab, war die Okkupation die ursprünglichste von allen Eigentumserwerbsarten. Klar tritt diese Anschauung in dem von Paulus in l. 1 § 1 D. de a. v. a. p. 41, 2 citierten Ausspruch des *Nerva filius* hervor, *dominium rerum ex naturali possessione coepisse, eiusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari caeloque capiuntur* etc. Nicht haben wir es hier zu thun mit der über die römische Rechtsordnung zurückreichenden Bedeutung der Okkupation, in dieser Rechtsordnung aber reicht sie weit zurück über die Ausbildung des selbständigen Schutzes der *possessio*. *Capere* ist das sinnliche Ergreifen, Fangen der Sache, *occupare* dieses Ergreifen mit dem Erfolge, daß man ihrer mächtig ist. Das *occupare* ist ein einseitiger Akt, es ist keine bloße Kundgebung des Willens, sondern eine reelle Ausführung desselben, ein faktisch sich des Sachkörpers Bemächtigen, und zwar mit dem Willen, denselben nun zu beherrschen, der Herr desselben zu sein. Die Eigentum verschaffende Kraft der Okkupation ist wohl am frühesten anerkannt bezüglich der in natürlicher Freiheit in der Luft, auf oder in der Erde oder im Meere befindlichen Naturprodukte. Das kausale Element enthält die Okkupation solcher Objekte in sich. Sie sind von der

[1] L. 17 D. de usurp. 41, 3. L. 7 pr. D. de Public. 6, 2.
[2] Vat. Fr. § 49. [3] Vat. Fr. § 47.

Natur und nach Anerkennung der Rechtsordnung fähig, der Herrschaft Einzelner unterworfen zu werden. Darin liegt für den Ersten, der sich solcher Sache faktisch bemächtigt, der Rechtfertigungsgrund, aus welchem er als rechtlicher Beherrscher der Sache, als Eigentümer angesehen werden soll. Es gehören dahin vor allem *omnia animalia (ferae bestiae et volucres et pisces), quae in terra caelo mari nascuntur.*[1] Der Eigentumserwerb durch Okkupation solcher Objekte ist schon auf der niedrigen Kulturstufe, auf welcher ein Volk noch lediglich von Jagd und Fischerei lebt, jedenfalls durch die Sitte anerkannt. Sehr treffend haben aber die Römer, und gewiß schon in alter Zeit, den Unterschied der *ferae,* der wilden Tiere, d. h. derer, bei welchen die Gattung oder Art noch in ungebändigter Freiheit lebt, und der zahmen, d. h. solcher, deren ganze Gattung oder Art meistens schon in ferner Vorzeit durch den Menschen gezähmt und innerlich überwunden ist, so daß sie mit ihm leben und sich, je nach ihrer Anlage, zu seinen Diensten bequemt haben, beim Eigentumsverlust anerkannt. Auch die vom Menschen eingefangene *fera,* deren Eigentümer er durch die Bemächtigung geworden ist, bleibt ihrer Natur nach wild und nur, solange sie innerhalb der faktischen Macht des Menschen bleibt, auch innerhalb seines Rechts stehend. Entzieht das wilde Tier sich der faktischen Beherrschung wieder, so hört damit auch die rechtliche Herrschaft über dasselbe auf, es hat sich wieder auf ein Gebiet begeben, aus welchem zwar fortwährend Einzelobjekte in das Gebiet rechtlicher Herrschaft hineingezogen werden, welches aber als solches außerhalb des menschlichen Rechtsgebiets steht, das Gebiet der *naturalis libertas.* Dabei macht sich aber noch wieder ein Unterschied geltend, ob das einzelne wilde Tier nur faktisch eingefangen oder ob es (soweit seine Gattung und Art das möglich machen) gezähmt ist.[2] Im ersten Fall ist sofort. wenn es sich der *custodia,* in welcher es gehalten wurde, entzogen, so daß eine Verfolgung desselben als etwas Aussichtsloses erscheint, nicht bloß der Besitz, sondern mit diesem zugleich das Eigentum an ihm untergegangen. Bei den gezähmten wilden Tieren sichert zunächst die Zähmung dem Eigentümer die faktische Herrschaft über das Tier, auch wenn es frei umherläuft und sich zeitweilig weit von seinem gewöhnlichen Aufenthaltsort entfernt. Bei solchen gezähmten *ferae* kann sich aber die seiner Gattung eigentümliche Wildheit wieder geltend machen, die Dressur ihren Einfluß verlieren. Bei ihnen war nun gewiß schon in republikanischer Zeit *talis regula comprobata,* daß sie so lange im Eigentum ständen, als sie den *animus revertendi* hätten, aber in diesem zu stehen aufhörten, wenn sie den *animus revertendi* nicht mehr hätten, d. h. die *consuetudo revertendi* aufgegeben hätten. Ob ein Wild auf eigenem oder fremdem Grund und Boden okkupiert wurde, hatte für den Eigentumserwerb keinen Einfluß. Auf die dogmatische Erörterung der Frage, welche Rechtsmittel dem Grundeigentümer gegen den wider seinen Willen sein Grundstück zum Zweck des Jagens Betretenden zustanden, kann hier nicht eingegangen werden.

Bis in die Anfänge des römischen Staatswesens geht auch der Eigentumserwerb durch das *ex hostibus capere* zurück. Nicht ist hier die Rede von der im Kriege vom römischen Heer bezw. den Soldaten gemachten Beute, welche an den Feldherrn bezw. den Staat fiel; es ist davon im Staatsvermögensrecht gehandelt. Aber auch der einzelne römische Bürger, welcher nicht Soldat ist, kann bei

[1] Gai. II, 66 f. §§ 12 ff. I. de r. d. 2, 1. L. 1 § 1 D. de a. r. d. 41, 1.
[2] Gai. II, 67 ff. L. 3 § 2—l. 5 pr. D. de a. r. d. 41, 1. § 12 I. de r. d. 2, 1.

sich bietender Gelegenheit der Personen und Sachen der *hostes* sich bemächtigen, welche durch solches *capere iure gentium* in sein Eigentum fallen. Solches *capere ex hostibus* ist zulässig entweder während wirklichen Krieges mit dem feindlichen Volk oder auch *in pace* den Angehörigen solchen Volks gegenüber, mit welchem die Römer überhaupt noch in keinem Bündnis- oder Freundschaftsverhältnis standen. Es handelt sich hier nicht eigentlich um *capere* von *res nullius*. Die *res hostiles* gehören nach römischer Anschauung den Feinden, wie sich deutlich darin zeigt, daß gewisse Sachen *iure postliminii* wieder in das Eigentum derselben zurückkehren können. Aber während der Dauer des Krieges sind Personen und Sachen der Feinde rechtlich schutzlos, erstere können durch *capere* von seiten der Römer zu Sklaven gemacht, letztere durch *capere* dem Feinde entzogen und in das Eigentum des Okkupierenden gebracht werden.[1]

Wie bei der Okkupation der *res quae terra caelo mari nascuntur* und anderer *res nullius* der Okkupant sich Sachen aus dem neben der menschlichen Rechtsordnung stehenden Reich der *naturalis libertas*, bei dem *ex hostibus capere* Sachen aus der feindlichen, während des Krieges nicht anerkannten Rechtsordnung aneignet, so eignet er sich bei den *res derelictae* Sachen an, die innerhalb des Gebiets der eigenen Rechtsordnung bisher im Recht eines andern standen, von diesem aber aufgegeben, fahren gelassen sind. Ulpian begründet in l. 1 D. pro derelicto 41, 7 den Eigentumserwerb an der *res pro derelicto habita* dadurch, daß *isdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur*, er findet darin also eine Anwendung desselben Gedankens, welcher in Bezug auf Obligationen in verschiedenen Wendungen von den römischen Juristen ausgedrückt wird: *„Fere quibuscunque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur“*, *„Prout quidque contractum est, ita et solvi debet“*, *„Omnia, quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt“*. Aber das Eigentumsrecht an einer Sache, wie es auch erworben sein mag, nicht bloß das durch Okkupation erworbene, kann durch Dereliktion aufgehoben werden. Nur *in abstracto* erscheint die Dereliktion als das Umgekehrte der Okkupation: wie diese der durch faktische Bemächtigung ausgeführte Aneignungswille, ist jene der durch Aufgeben der faktischen Herrschaft ausgeführte Enteignungswille: jene, wie diese, ein einseitiger Rechtsakt.

So wenigstens nach der Ansicht der Sabinianer. Ihr entgegenstand aber die Ansicht des Prokulus, nach welcher die *res pro derelicto habita* nicht aufhören sollte im Eigentum des Derelinquenten zu stehen, wenn sie nicht von einem andern in Besitz genommen sei.[2] Für uns fragt sich, welches war die Auffassung der ältern Jurisprudenz. Nun finden wir, daß selbst Anhänger der Sabinianischen Meinung, wie Gaius, Pomponius, die Dereliktion mit dem *iactus missilium*, dem Auswerfen von Wertgegenständen unter das Volk zusammenstellen. Besonders bemerkenswert ist in dieser Beziehung die Ausführung des Pomponius in l. 5 § 1 D. pro derelicto 41, 7: *Id, quod quis pro derelicto habuerit, continuo meum fit: sicuti cum quis aes sparserit aut aves amiserit, quamvis incertae personae voluerit eas esse, tamen eius fierent, cui casus tulerit ea, quae, cum quis pro derelicto habeat, simul intellegitur voluisse alicuius fieri.* Die das Verständnis erschwerende „wenig klare“ Fassung der Stelle ist wohl durch eine Korruption derselben hervorgebracht. Ohne den ursprünglichen Wortlaut herstellen zu wollen, glaube ich den Ge-

[1] § 17 I. de rer. div. 2, 1. L. 5 § 7, l. 7 pr. D. de adq. rer. d. 41, 1. L. 51 § 1 D. eod. tit.

[2] L. 2 § 1 D. pro derelicto 41, 7. L. 43 § 5 D. de furtis 47, 2.

danken des Pomponius so fassen zu dürfen: *Sicuti cum quis aes sparserit aut aves emiserit, quamvis incertae personae voluerit eas esse, tamen eas eius fieri voluit, cui casus tulerit, ita, cum quis pro derelicto habeat, ea simul intelligitur voluisse alicuius fieri.* Pomponius betrachtet danach den *iactus missilium* nicht etwa als eine Art Dereliktion, sondern er vergleicht die Dereliktion mit dem *iactus missilium*, während er sie andererseits doch unterscheidet. Den Unterschied findet er darin, daß der *iactans* die Absicht hat, das Eigentum *in incertam personam* zu übertragen, der Derelinquent, es aufzugeben. Den Vergleichungspunkt aber sieht er darin, daß der Jaktant, wenn auch sein Wille auf eine *incerta persona* gerichtet ist, doch will, daß, wer zugreift, Eigentümer werden solle, während der Derelinquent, dessen Wille auf Aufgabe des Eigentums gerichtet ist, doch zugleich als den Willen hegend betrachtet wird, daß die Sache in das Eigentum irgend eines Okkupanten kommen solle. Ganz gleich ist der Gedankengang der aus Gaius entnommenen Stelle der Institutionen, § 47 I. de rer. div. 2, 1. Also auch die Sabinianer setzen den Eigentumserwerb des Okkupanten an der *res pro derelicto habita* in der angegebenen Weise mit dem Willen des Derelinquenten in Beziehung. Darin liegt, wie Czyhlarz[1] wohl mit Recht sagt, eine Nachwirkung der ältern, von den Prokulianern festgehaltenen Auffassung, nach welcher durch den Akt der Dereliktion selbst der Derelinquent das Eigentum noch nicht verlor, sondern erst, wenn die Sache von einem andern okkupiert war. Meines Erachtens enthält diese Ansicht eine Anwendung des allgemeinen Prinzips, wonach der einseitige Verzicht auf ein Recht noch nicht für den Verzichtenden bindend ist, sondern dies erst dann wird, wenn er von dem oder einem von denen, zu deren Gunsten er gereicht acceptiert ist. Nach der alten Ansicht liegt in der Dereliktion eine durch Aufgabe der faktischen Herrschaft kundgegebene Verzichtserklärung zu Gunsten jedes, der zugreifen will. Danach wurde nicht etwa die Dereliktion als eine *traditio in incertam personam*, als ein Fall des *iactus missilium* aufgefaßt, wie Czyhlarz meint, sondern als ein einseitiger Willensakt, welcher aber zu seiner Wirksamkeit noch eines entsprechenden Akts eines andern, der Okkupation eines andern, bedarf.

Noch in einer andern Beziehung bestand über die Wirksamkeit der Okkupation von *res pro derelicto habitae*, wie es scheint, eine Meinungsverschiedenheit unter den römischen Juristen. Nicht in einer, sondern in mehreren Stellen wird in einer gerade durch diese Wiederkehr auffallenden Weise betont, daß die *res pro derelicto habita* durch die Okkupation *continuo* oder *statim* ins Eigentum des Okkupanten falle, und im § 47 I. de rer. div. 2, 1 läßt die Ausdrucksweise: *verius esse videtur — — statim eum dominum effici* darauf schließen, daß nach einer andern Ansicht der Eigentumserwerb einer *res pro derelicto habita* nicht sofort durch Okkupation stattfand. Czyhlarz, der das richtig hervorgehoben, meint, diese gegenteilige Ansicht ergebe sich aus der Lehre der Prokulianer, wonach der Erwerb derelinquierter Sachen dem Eigentumserwerb durch Tradition unterstellt sei.[2] Da die Tradition von *res mancipi* nicht sofort das quiritische Eigentum ergeben habe, so habe auch die Okkupation derelinquierter *res mancipi* nur den *titulus pro derelicto* begründen können, auf Grund dessen dann erst durch Usukapion das Eigentum erworben sei. Für uns fällt die Möglichkeit dieser Erklärung weg, denn uns ist die Dereliktion auch nach Prokulianischer Auffassung keine Tradition, sondern ein einseitiger Akt, ein Verzicht, welcher aber zu seiner

[1] Eigentumserwerbsarten S. 118. [2] A. a. O. S. 152.

Wirksamkeit einer Annahme durch Okkupation bedarf, und für diese Auffassung macht es keinen Unterschied, ob die *res pro derelicto habita* eine *res mancipi* oder *nec mancipi* war. Nirgends geben die in Justinians Kompilation aufgenommenen Stellen einen Anhaltspunkt für die Annahme, daß erst die Hand der Kompilatoren Erwähnungen jener angeblichen Prokulianischen Meinung ausgetilgt habe. In l. 2 § 1 D. pro derelicto 41, 7 wird die Ansicht des Prokulus von Paulus (ohne daß ein Anzeichen von Interpolation bemerkbar wäre) dahin angegeben, *non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit.* Prokulus läßt also durch das *occupare* der *res pro derelicto habita* das Eigentum des Derelinquenten aufhören bezw. des Okkupanten entstehen, ohne zwischen *res mancipi* und *nec mancipi* zu unterscheiden. Hätte er durch Okkupation der derelinquierten *res mancipi* nur Usukapionsbesitz entstehen lassen, so könnte das in dem Bericht des Paulus nicht übergangen sein, es müßte die Stelle dann interpoliert sein, wovon sie keine Spur bietet. Meines Erachtens war die Meinungsverschiedenheit der römischen Juristen eine andere. L. 2 pr. D. eod. tit. sagt: *Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus, possumus adquirere,* d. h. wir können eine Sache (durch Okkupation) zu Eigentum erwerben, wenn wir wissen, daß sie vom Eigentümer derelinquiert ist. Danach genügt es also nicht, daß die Sache vom Eigentümer derelinquiert sei, sondern der Okkupant muß auch wissen, daß sie nicht von einem beliebigen Besitzer, sondern vom Eigentümer derelinquiert sei. Nach Windscheid[1] faßt die Stelle die Herrenlosigkeit der Sache als Voraussetzung des Willens, Eigentum zu erwerben, nicht des Eigentumserwerbes selbst, oder, wie Czyhlarz[2] sagt, nur als das faktische Motiv des Erwerbswillens, nicht aber als rechtliche Voraussetzung des Erwerbes auf. Die Kenntnis der Herrenlosigkeit, fügt Dernburg[3] motivierend hinzu, werde in l. 2 pr. cit. wohl nur hervorgehoben, weil eine Okkupation ohne solche nicht leicht vorkomme. Was zunächst das letztere betrifft, so wird zwar eine Okkupation derelinquierter Sachen nicht häufig vorkommen, ohne daß der Okkupant weiß, eine Dereliktion sei vorgekommen; wohl aber wird sie häufig vorkommen, ohne daß er weiß, daß der Derelinquierende Eigentümer war. Daß aber die Stelle nur das faktische Motiv des Erwerbswillens habe hervorheben wollen, könnte man allenfalls annehmen, wenn es sich in derselben, wie in einem Responsum oder Reskripte, um die Entscheidung eines konkreten Falls handelte, während es sich einfach um Angabe eines abstrakten Satzes handelt. Notwendig erscheint der Satz, der Okkupant müsse wissen, daß der Derelinquent Eigentümer war, von der Ansicht der Prokulianer aus, wonach in der Dereliktion ein einseitiger Verzicht auf das Eigentum und in der darauf folgenden Okkupation eine Annahme dieses Verzichtes liegt. Diese Annahme konnte man natürlich nur in einer Okkupation von Seiten dessen finden, welcher weiß, daß der Derelinquent Eigentümer ist. Paulus war nun freilich kein Anhänger der Prokulianischen Ansicht, aber sein Gedanke kann folgender gewesen sein. Man hat sich auf l. 9 § 4 D. de iuris et fact. ig. 22, 6 berufen, aus welcher hervorgehe, daß es für den Eigentumserwerb, abgesehen von dem Erwerbswillen, nur auf die objektiven Voraussetzungen des Eigentumserwerbs ankomme. Aber der Fall, welchen diese Stelle vor Augen hat, ist ein Kauf, ein derivativer Erwerbsakt, ein *tradi a domino,* auf welchen sich der Erwerbswille stützt. Beim

[1] Lehrb. d. Pandektenrs. I⁷, § 184, A. 1. [2] A. a. O. S. 164.
[3] Pandekten I, § 203, A. 3.

danken des Pomponius so fassen zu dürfen: *Sicuti cum quis aes sparserit aut aves emiserit, quamvis incertae personae voluerit eas esse, tamen eas eius fieri voluit, cui casus tulerit, ita, cum quis pro derelicto habeat, ea simul intelligitur voluisse alicuius fieri.* Pomponius betrachtet danach den *iactus missilium* nicht etwa als eine Art Dereliktion, sondern er vergleicht die Dereliktion mit dem *iactus missilium*, während er sie andererseits doch unterscheidet. Den Unterschied findet er darin, daß der *iactans* die Absicht hat, das Eigentum *in incertam personam* zu übertragen, der Derelinquent, es aufzugeben. Den Vergleichungspunkt aber sieht er darin, daß der Jaktant, wenn auch sein Wille auf eine *incerta persona* gerichtet ist, doch will, daß, wer zugreift, Eigentümer werden solle, während der Derelinquent, dessen Wille auf Aufgabe des Eigentums gerichtet ist, doch zugleich als den Willen hegend betrachtet wird, daß die Sache in das Eigentum irgend eines Okkupanten kommen solle. Ganz gleich ist der Gedankengang der aus Gaius entnommenen Stelle der Institutionen, § 47 I. de rer. div. 2, 1. Also auch die Sabinianer setzen den Eigentumserwerb des Okkupanten an der *res pro derelicto habita* in der angegebenen Weise mit dem Willen des Derelinquenten in Beziehung. Darin liegt, wie Czyhlarz[1] wohl mit Recht sagt, eine Nachwirkung der ältern, von den Prokulianern festgehaltenen Auffassung, nach welcher durch den Akt der Dereliktion selbst der Derelinquent das Eigentum noch nicht verlor, sondern erst, wenn die Sache von einem andern okkupiert war. Meines Erachtens enthält diese Ansicht eine Anwendung des allgemeinen Prinzips, wonach der einseitige Verzicht auf ein Recht noch nicht für den Verzichtenden bindend ist, sondern dies erst dann wird, wenn er von dem oder einem von denen, zu deren Gunsten er gereicht acceptiert ist. Nach der alten Ansicht liegt in der Dereliktion eine durch Aufgabe der faktischen Herrschaft kundgegebene Verzichtserklärung zu Gunsten jedes, der zugreifen will. Danach wurde nicht etwa die Dereliktion als eine *traditio in incertam personam*, als ein Fall des *iactus missilium* aufgefaßt, wie Czyhlarz meint, sondern als ein einseitiger Willensakt, welcher aber zu seiner Wirksamkeit noch eines entsprechenden Akts eines andern, der Okkupation eines andern, bedarf.

Noch in einer andern Beziehung bestand über die Wirksamkeit der Okkupation von *res pro derelicto habitae*, wie es scheint, eine Meinungsverschiedenheit unter den römischen Juristen. Nicht in einer, sondern in mehreren Stellen wird in einer gerade durch diese Wiederkehr auffallenden Weise betont, daß die *res pro derelicto habita* durch die Okkupation *continuo* oder *statim* ins Eigentum des Okkupanten falle, und im § 47 I. de rer. div. 2, 1 läßt die Ausdrucksweise: *verius esse videtur — — statim eum dominum effici* darauf schließen, daß nach einer andern Ansicht der Eigentumserwerb einer *res pro derelicto habita* nicht sofort durch Okkupation stattfand. Czyhlarz, der das richtig hervorgehoben, meint, diese gegenteilige Ansicht ergebe sich aus der Lehre der Prokulianer, wonach der Erwerb derelinquierter Sachen dem Eigentumserwerb durch Tradition unterstellt sei.[2] Da die Tradition von *res mancipi* nicht sofort das quiritische Eigentum ergeben habe, so habe auch die Okkupation derelinquierter *res mancipi* nur den *titulus pro derelicto* begründen können, auf Grund dessen dann erst durch Usukapion das Eigentum erworben sei. Für uns fällt die Möglichkeit dieser Erklärung weg, denn uns ist die Dereliktion auch nach Prokulianischer Auffassung keine Tradition, sondern ein einseitiger Akt, ein Verzicht, welcher aber zu seiner

[1] Eigentumserwerbsarten S. 118. [2] A. a. O. S. 152.

Wirksamkeit einer Annahme durch Okkupation bedarf, und für diese Auffassung macht es keinen Unterschied, ob die *res pro derelicto habita* eine *res mancipi* oder *nec mancipi* war. Nirgends geben die in Justinians Kompilation aufgenommenen Stellen einen Anhaltspunkt für die Annahme, daß erst die Hand der Kompilatoren Erwähnungen jener angeblichen Prokulianischen Meinung ausgetilgt habe. In l. 2 § 1 D. pro derelicto 41, 7 wird die Ansicht des Prokulus von Paulus (ohne daß ein Anzeichen von Interpolation bemerkbar wäre) dahin angegeben, *non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit.* Prokulus läßt also durch das *occupare* der *res pro derelicto habita* das Eigentum des Derelinquenten aufhören bezw. des Okkupanten entstehen, ohne zwischen *res mancipi* und *nec mancipi* zu unterscheiden. Hätte er durch Okkupation der derelinquierten *res mancipi* nur Usukapionsbesitz entstehen lassen, so könnte das in dem Bericht des Paulus nicht übergangen sein, es müßte die Stelle dann interpoliert sein, wovon sie keine Spur bietet. Meines Erachtens war die Meinungsverschiedenheit der römischen Juristen eine andere. L. 2 pr. D. eod. tit. sagt: *Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus, possumus adquirere,* d. h. wir können eine Sache (durch Okkupation) zu Eigentum erwerben, wenn wir wissen, daß sie vom Eigentümer derelinquiert ist. Danach genügt es also nicht, daß die Sache vom Eigentümer derelinquiert sei, sondern der Okkupant muß auch wissen, daß sie nicht von einem beliebigen Besitzer, sondern vom Eigentümer derelinquiert sei. Nach Windscheid[1] faßt die Stelle die Herrenlosigkeit der Sache als Voraussetzung des Willens, Eigentum zu erwerben, nicht des Eigentumserwerbes selbst, oder, wie Czyhlarz[2] sagt, nur als das faktische Motiv des Erwerbswillens, nicht aber als rechtliche Voraussetzung des Erwerbes auf. Die Kenntnis der Herrenlosigkeit, fügt Dernburg[3] motivierend hinzu, werde in l. 2 pr. cit. wohl nur hervorgehoben, weil eine Okkupation ohne solche nicht leicht vorkomme. Was zunächst das letztere betrifft, so wird zwar eine Okkupation derelinquierter Sachen nicht häufig vorkommen, ohne daß der Okkupant weiß, eine Dereliktion sei vorgekommen; wohl aber wird sie häufig vorkommen, ohne daß er weiß, daß der Derelinquierende Eigentümer war. Daß aber die Stelle nur das faktische Motiv des Erwerbswillens habe hervorheben wollen, könnte man allenfalls annehmen, wenn es sich in derselben, wie in einem Responsum oder Reskripte, um die Entscheidung eines konkreten Falls handelte, während es sich einfach um Angabe eines abstrakten Satzes handelt. Notwendig erscheint der Satz, der Okkupant müsse wissen, daß der Derelinquent Eigentümer war, von der Ansicht der Prokulianer aus, wonach in der Dereliktion ein einseitiger Verzicht auf das Eigentum und in der darauf folgenden Okkupation eine Annahme dieses Verzichtes liegt. Diese Annahme konnte man natürlich nur in einer Okkupation von Seiten dessen finden, welcher weiß, daß der Derelinquent Eigentümer ist. Paulus war nun freilich kein Anhänger der Prokulianischen Ansicht, aber sein Gedanke kann folgender gewesen sein. Man hat sich auf l. 9 § 4 D. de iuris et fact. ig. 22, 6 berufen, aus welcher hervorgehe, daß es für den Eigentumserwerb, abgesehen von dem Erwerbswillen, nur auf die objektiven Voraussetzungen des Eigentumserwerbs ankomme. Aber der Fall, welchen diese Stelle vor Augen hat, ist ein Kauf, ein derivativer Erwerbsakt, ein *tradi a domino,* auf welchen sich der Erwerbswille stützt. Beim

[1] Lehrb. d. Pandektenrs. I[7], § 184, A. 1. [2] A. a. O. S. 164.
[3] Pandekten I, § 203, A. 3.

Erwerb einer *res pro derelicto habita* ist der Erwerbsakt ein originärer, ein auf sich selbst stützender. Wer dem *tradi a domino* eigentumsübertragende Kraft beilegt, auch wenn der Empfänger nicht weiß, daß der Tradent *dominus* ist, braucht nicht notwendig auch der einseitigen Okkupation einer vom Eigentümer derelinquierten Sache von seiten dessen, der nicht weiß, daß der Derelinquent Eigentümer war, eigentumsbegründende Kraft beizulegen. Dem *tradere* des *dominus* kann eine unmittelbarere Kraft für den Eigentumserwerb des Empfängers beigemessen werden, als dem *derelinquere* des *dominus* für die Wirkung der darauf folgenden Okkupation.

Ein Teil der römischen Juristen scheint also der Ansicht gewesen zu sein (und ich halte diese Ansicht für die ältere, aus der republikanischen Zeit herstammende), daß der Okkupant, wenn er nur glaube, nicht wisse, daß der Derelinquent Eigentümer war, die Sache nur *pro derelicto* usukapieren könne. Diesen Satz spricht Paulus in l. 4 D. pro derel. 41, 7 aus: *Id quod pro derelicto habitum est et haberi putamus, usucapere possumus, etiam si ignoramus, a quo derelictum est.* Wer nicht weiß, von wem die Sache derelinquiert ist, weiß jedenfalls nicht, daß der Eigentümer sie derelinquiert hat; aber es genügt für die Usukapion *pro derelicto*, daß er nicht weiß, daß sie von einem Nichteigentümer derelinquiert ist, er ist dann doch in *bona fide*.

b. Die Tradition.

§ 33. Noch immer wird in den namhaftesten Pandektenlehrbüchern[1] an der Auffassung festgehalten, wonach die Tradition, die Besitzübergabe der Sache für den Eigentumsübertragungsvertrag die Bedeutung haben soll, daß sie die Form der Übereignung, der notwendige Ausdruck des Eigentumsübertragungsvertrags sei. Mit demselben Rechte würde man die einseitige Besitzergreifung bei dem in die Urzeit zurückreichenden Eigentumserwerb durch Okkupation als die Form des Aneignungswillens, die Besitzaufgabe bei der Dereliktion als die Form des Enteignungswillens bezeichnen. Dagegen ist nun einmal zu erinnern, daß, wenn die Tradition als Form, als Ausdruck des Übereignungswillens fungieren sollte, sie der ihr gestellten Aufgabe nicht genügen könnte, denn da vermittelst Tradition auch bloßer juristischer Besitz oder gar bloße Detention für verschiedene Zwecke eingeräumt werden kann, so ist sie offenbar für sich zum Ausdruck des Eigentumsübertragungsvertrags untauglich; eine Form muß aber als eine bestimmte Weise der Erklärung des Willens denselben deutlich kundgeben. Des weitern ist aber gegen jene Auffassung einzuwenden, daß, was nun wirklich die Tradition für den Eigentumsübertragungsvertrag leistet, dabei ganz unbeachtet bleibt: daß sie nämlich die faktische Ausführung, die Realisierung jenes Vertrags ist. „Nicht eher soll das Eigentumsübertragungsgeschäft als rechtlich zustande gekommen gelten, als bis dem Erwerber die Thatsächlichkeit des Eigentums, die Möglichkeit voller Ausübung desselben verschafft ist."[2] Wem die Sache mancipiert oder *in iure* cediert, aber noch nicht tradiert ist, der ist zwar Eigentümer, aber er kann vor der Tradition sein Eigentum noch nicht ausüben, bei der Eigentumstradition ist ihm aber mit der Tradition schon diese Möglichkeit der Ausübung des Eigentumsinhalts verschafft.

[1] Windscheid I[6], § 171, S. 582. Dernburg I, § 211, S. 480.
[2] Karlowa, Das Rechtsgeschäft S. 217.

Die Tradition als Eigentumserwerbsart tritt im römischen Recht in doppelter Bedeutung auf. Sie ist einmal, wie Okkupation, Specifikation u. s. w., eine *naturalis adquisitio*, eine dem *ius gentium* angehörige Eigentumserwerbsart, welche im Verkehr der Römer mit den Peregrinen, bezw. der Peregrinen unter sich, eine große Rolle gespielt haben wird. Während aber Okkupation, Specifikation u. s. w. dem *ius gentium s. naturale* angehörige Eigentumserwerbsarten verblieben und für den Okkupanten u. s. w. nur einfaches *meum esse*, nicht quiritisches *meum esse* bewirken konnten, ist die Tradition auch in das *ius civile* im engern Sinne recipiert worden, vermittelst Tradition kann an *res nec mancipi* quiritisches Eigentum übertragen werden. Als Erwerbsart quiritischen Eigentums wird sie unter den übrigen *adquisitiones civiles* in Ulp. fr. XIX, 1 allein von allen aus dem *ius naturale* hergeleiteten Erwerbsarten angeführt, als solche konnte sie natürlich nur unter römischen Bürgern, bezw. solchen Personen, welche das *commercium* (*iuris civilis*) hatten, vorkommen. Aber noch bezüglich eines andern Erfordernisses wich meines Erachtens die Tradition als Erwerbsart des quiritischen Eigentums von der dem *ius gentium* angehörigen Tradition ab. Noch heute ist man zu keiner Einigkeit darüber gelangt, in welchem Sinne nach römischem Recht eine *iusta causa traditionis* zur Eigentumsübertragung verlangt werde. Nach der verbreiteteren Ansicht soll sie nur die Bedeutung haben, daß, wenn der Wille, Eigentum zu geben und zu nehmen, nicht ausdrücklich erklärt sei, namentlich der Bestimmungsgrund der Tradition die Erkenntnisquelle für den Eigentumsübertragungswillen sei. Als Gegner dieser Ansicht habe auch ich mich bekannt, und meine Auffassung der *iusta causa traditionis* dahin formuliert, daß Geber und Empfänger einen Zweck kundgegeben haben müßten, der dem Rechte nach durch Eigentumsübertragungswillen realisiert werden könne, auf Grund dessen rechtlich der *animus transferendi et accipiendi dominii* gefaßt werden könne.[1] Vielleicht ist es der Erreichung eines Einverständnisses nicht förderlich gewesen, daß man die Frage fast immer nur vom dogmatischen Standpunkte, nicht historisch behandelt hat. Es giebt Stellen — und gerade solche, in welchen die Tradition in der Reihe der *iuris gentium adquisitiones* aufgeführt wird —, in denen nur auf den Willen des tradierenden Eigentümers für den Eigentumsübergang Gewicht gelegt, die *causa traditionis* nicht erwähnt wird. *Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratum haberi* (l. 9 § 1 D. de acq. rer. dom. 41, 1; § 40 I. de rer. div. 2, 1). Auch für das *ius gentium* bleibt die psychologische Notwendigkeit bestehen, daß der, welcher Eigentum vermittelst Tradition übertragen will, sich einen Zweck vorstelle, zu dessen Erreichung er Eigentum übertragen will. Aber das *ius gentium* kannte keine Beschränkungen auf bestimmte *causae*, welche als taugliche Zwecke der Eigentumsübertragung besonders sanktioniert wären. Es genügte jeder Zweck, zu dessen Verfolgung und Erreichung Fassung des Eigentumsübertragungswillens faktisch denkbar war. Wenn z. B. ein Peregrine einem römischen Bürger oder einem andern Peregrinen zum Zweck sicherer Anvertrauung das Eigentum der anzuvertrauenden Sache übertragen wollte, sollte er dies nicht vermittelst Tradition haben erreichen können? Ganz anders bei der in das *ius civile* im engern Sinne recipierten Tradition. Hier waltete gewiß ursprünglich größere Strenge. Nur ein beschränkter Kreis von *causae* wird hier als taugliche Grundlage der

[1] Das Rechtsgeschäft u. seine Wirkungen S. 208 ff.

Übertragung quiritischen Eigentums an *res nec mancipi* vermittelst Tradition sanktioniert sein. Nur solche materielle *causae*, welche von der allgemeinen Anschauung des Verkehrslebens als Zwecke des Eigentumsübergangs anerkannt waren, wurden vom Civilrecht sanktioniert: objektive materielle Zwecke, welche auch sonst schon als Rechtsverhältnisse bezw. rechtliche Wirkungen anerkannt waren. Die *causa emtionis* eröffnete hier, wie sonst, den Reigen; aber der Kreis dieser *causae* war „anfänglich ohne Zweifel ein ziemlich enger und ging über Kauf, Schenkung, Mitgiftbestellung, Zahlung und *noxae datio* schwerlich weit hinaus". Die Jurisprudenz hatte aus diesen einzelnen anerkannten *causae* den allgemeinen Begriff der *iusta causa traditionis* noch nicht abstrahiert. Bei dem *tradere ex causa emtionis* genügte nicht Hingabe auf Grund irrtümlich angenommenen Kaufs, welchenfalls ja keine Unterscheidung von dem *tradere solvendi causa* nötig gewesen wäre, sondern, seitdem der Kauf Konsensualkontrakt war, mußte entweder im Moment der Tradition der Kauf vorgenommen werden oder wirklicher Abschluß des Kaufs, in welchem selbst schon die *causa traditionis* lag, vorhergegangen sein. Beim *tradere ex causa dotis* mußte eine gültige Ehe, welche erst das Rechtsverhältnis der *dos* ermöglichte, vorliegen, sonst konnte *ex causa dotis* kein quiritisches Eigentum übertragen werden. — Nur solche Zwecke, welche vom Verkehrsleben und der dasselbe kontrollierenden Jurisprudenz bereits zu festen Typen ausgebildet waren, werden zunächst als genügende *causae traditionis* zugelassen sein. Daß aber Geber und Empfänger jeden irgendwie denkbaren zukünftigen faktischen Erfolg in der der Tradition unterliegenden Kausalberedung zum Geschäftszweck erheben konnten, ist wohl erst allmählich zugelassen. Das *dare ob rem* oder *ob causam* ist als Traditionskausa nicht gleichzeitig mit jenen vorhergenannten zugelassen, wie schon darin hervortritt, daß es auch als Usukapionsgrund keine besondere technische Benennung erhalten hat. Je ausgedehnter aber und je weniger scharf begrenzt die Zahl der anerkannten *causae traditionis* wurde, desto näher kam man der früher dargelegten Auffassung des *ius gentium*, wenn auch der Unterschied keineswegs ganz schwand. Es wird darauf bei der Darlegung des Rechts der Kaiserzeit zurückzukommen sein.

Für die Tradition *ex causa emtionis* gilt der besondere Satz, daß das Eigentum der Kaufsache nicht anders auf den Käufer übergeht, als wenn der Kaufpreis bezahlt ist oder gewisse andere Vorgänge bezüglich desselben erfolgt sind. Über den Grund des Aufkommens dieses Satzes kann nicht an dieser Stelle, sondern erst in der Geschichte des Kaufs gehandelt werden. Es hat aber die Zahlung des Preises die Bedeutung einer *conditio iuris* des Eigentumsüberganges, es ist keine den Eigentumsübergang mitbewirkende, sondern nur eine entscheidende Thatsache. Ist der Preis nachträglich gezahlt, so wird das Eigentum rückwärts als vom Moment der Tradition übergegangen angesehen. Dem *solvere pretium* ist im § 41 I. de rev. div. 2, 1 und auch in l. 19 D. de contr. emt. 18, 1 das *(alio modo) satisfacere eo nomine* und das *fidem emtoris sequi* gleichgestellt. Nach der Fassung der Institutionenstelle wird nur die Preiszahlung[2] oder das *alio modo satisfacere* auf die zwölf Tafeln zurückgeführt, und dabei zeigt auch

[1] Es ist nicht unwahrscheinlich, daß die betreffende Zwölftafelbestimmung die Preiszahlung als *aes numerare* oder *solvere* bezeichnet hat. Vgl. Varro de r. r. II, 2. 6: — *grex dominum non mutavit, nisi sit aes adnumeratum.* L. 5 § 18 D. de tribut. act. 14, 4: *res venditae non alias desinunt esse meae, nisi aere soluto etc.*

die Ausdrucksweise *„velut expromissore aut pignore dato"*, daß diese Satisfaktionsmodi als Beispiele vom Institutionenverfasser bezw. seinem Gewährsmanne angeführt werden, nicht aber direkt auf die XII Tafeln zurückgeführt werden sollen. Auch in anderen Stellen wird, wenngleich der XII Tafeln dabei keine Erwähnung geschieht, die *satisfactio* für den Eigentumsübergang der Kaufsache der Preiszahlung gleichgestellt.[1] Nach den eben angeführten Stellen muß man doch wohl annehmen, daß schon die zwölf Tafeln nicht bloß von der Preiszahlung redeten, sondern irgend welches *satisfacere* derselben für die Entscheidung des Eigentumsübergangs gleichstellten. Mit Recht hat man aber bezweifelt, daß die zwölf Tafeln schon das Wort *satisfactio*, welches einen durch die Jurisprudenz abstrahierten, theoretischen Begriff ausdrückt, gebraucht hätten. Dem stehen auch Äußerungen entgegen, wie die des Gaius in l. 53 D. de contr. emt. 18, 1, wo er neben Preiszahlung zunächst auch das *fideiussorem eo nomine dare* nennt und dann bemerkt, daß dies *plenius acceptum* sei von *qualibet ratione venditori de pretio satisfacere*, womit übereinstimmt die Darstellung Ulpians in l. 5 § 18 D. de tribut. act. 14, 4: *res venditae non alias desinunt esse meae, quamvis vendidero, nisi aere soluto vel fideiussore dato vel alias satisfacto.* Derartige Darstellung wäre nicht möglich, wenn die XII Tafeln bereits den Ausdruck *satisfacere* oder einen ihm gleichstehenden gebraucht hätten. Auf Grund der letztangeführten Stellen wird man zwar nicht annehmen können, daß die zwölf Tafeln die Stellung eines *fideiussor* der Preiszahlung gleichgestellt haben; denn die Bürgschaftsform der *fideiussio* wird zur Zeit jener Gesetzgebung noch gar nicht bestanden haben, wohl aber machen sie wahrscheinlich, daß irgend eine Bürgenstellung, wahrscheinlich die von Sponsoren, neben der Preiszahlung erwähnt war. Dies setzte natürlich voraus, daß der Käufer selbst das zugesagte *pretium* dem Verkäufer in der Form der *stipulatio* versprach, was ja auch später, ohne Bürgenstellung, noch sehr gewöhnlich war. Durch die Jurisprudenz ist dann nicht bloß mit Bezug auf diese Zwölftafelbestimmung allmählich der Begriff der *satisfactio* ausgebildet, worauf hier nicht näher eingegangen werden kann. Was unsere Bestimmung betrifft, so wurde nach dem Aufkommen der *fideiussio* auch diese als zulässiges Satisfaktionsmittel anerkannt, ebenso die Stellung eines *expromissor*, alles natürlich, falls sich der Gläubiger damit zufrieden erklärte. Die Stellung eines *pignus* aber genügte anfänglich nicht, aus einem Grunde, welcher bei der Besprechung desselben dargelegt werden wird. Am spätesten wird das bloße *fidem emtoris sequi* als genügend für den Eigentumsübergang betrachtet sein. Dieses *fidem sequi* ist aber kein ganz formloses, in republikanischer Zeit jedenfalls geschieht es nur vermittelst einer Stipulation, durch welche der Käufer dem Verkäufer den Kaufpreis verspricht. Es ist ein besonderer, eine eigene Klage verschaffender Akt (vgl. Varro de r. r. II, 15: *quod enim alterius fuit, id ut fiat meum, necesse est, aliquid intercedere. neque in omnibus satis est stipulatio aut solutio nummorum ad mutationem domini*).

c. Der Fruchterwerb.

§ 34. Man hat beim Fruchterwerb als die materielle *causa* des Eigentumserwerbs das *facere* oder Herstellen einer neuen Sache bezeichnet: man habe die

[1] L 11 § 2 D. de act. emt. 19, 1. L. 12 § 5 u. l. 25 § 1 D. de usufr. 7, 1.

Frucht auf dem Grunde des Kultivierthabens der Sache.[1] Eine nähere Betrachtung wird aber zeigen, daß in den verschiedenen Fällen des Fruchterwerbs die materielle *causa* desselben eine verschiedene ist. Die Frucht ist nach römischer richtiger Auffassung nicht ein bloßer Teil der Muttersache, sondern seit ihrer ersten Konzeption, auch während ihres Werdeprozesses eine neue Sache, welche von der Muttersache durch die in sie gelegten Kräfte aus sich hervorgebracht wird, zunächst aber, bis zur Trennung von der Muttersache, ein von derselben abhängiges, unselbständiges Dasein hat. Ohne alles Kultiviert-haben der Muttersache erwirbt der Eigentümer derselben vermöge seines Rechts an der Substanz der Muttersache das besondere Eigentum an der neuen Sache, welche diese Substanz aus sich hervorgebracht, und zwar in dem Moment, wo die Frucht zur selbständigen Existenz gekommen ist. *Omnis fructus,* sagt Julian in Bezug auf den Eigentümer der Muttersache, *iure soli percipitur,* oder *corporis ius, ex quo percipiuntur (sc. fructus), aspicitur* (l. 25 pr. u. § 1 D. de usuris 22, 8). Andere Personen giebt es, welche kein Recht an der Substanz der Sache, aber ein besonderes Recht auf das volle *frui* derselben haben, sei es ein dingliches, unmittelbar die Sache ergreifendes, wie der Usufruktuar, sei es nur ein obligatorisches, gegen die Person des Verpächters oder Vermieters gerichtetes, wie der Pächter und Mieter. Für den Fruchterwerb solcher Berechtigter, welche irgend welches Recht an der Substanz der fruchttragenden Sache nicht haben, genügt die bloße Trennung der Frucht nicht, sondern es bedarf dazu einer Bethätigung ihres Rechts zum *frui:* es bedarf einer Perzeption, einer Inbesitznahme der Früchte. Diese ist ein für den Fruchterwerb des Fruktuars bezw. Pächters entscheidendes Ereignis.[2] Usufruktuar und Pächter erwerben das Eigentum der Früchte nicht *derivativo modo,* d. h. als ein vom Eigentümer der erzeugenden Sache auf sie übergehendes. Die Früchte, welche Usufruktuar und Pächter mit Recht percipiert haben, haben nie in dem Eigentum des Eigentümers der fruchttragenden Sache gestanden.[3]

Das größte historische Interesse bietet die Frage des Fruchterwerbs von seiten des *bonae fidei possessor.* Es müssen die maßgebenden, in Justinians Kompilation uns erhaltenen Stellen geprüft werden, um hier zu einem historisch einigermaßen befriedigenden Resultat zu kommen. Wir wollen beginnen mit l. 48 §§ 5 u. 6 D. de furtis 47, 2, in denen ein „auffallender Widerspruch" enthalten zu sein scheint. Im § 5 ist gesagt, wenn eine *ancilla furtiva* bei einem *bonae fidei possessor* koncipiert und geboren habe, so sei der *partus ancillae* kein *furtivus,* sondern könne usukapiert werden. Dasselbe gelte auch bezüglich gestohlenen Viehes und dessen Jungen. Dann heißt es im § 6, die von *equae furtivae* geborenen jungen Pferde fielen sofort in das Eigentum des *bonae fidei emptor* jener Stuten. Nach § 5 muß also auch der *fetus* des furtiven Muttertieres vom *bonae fidei possessor* erst usukapiert werden, während er nach § 6 sofort in das Eigentum des *bonae fidei emptor* fällt. Es scheint mir nicht möglich, mit Dernburg[4] anzunehmen, daß der Vordersatz die Ansicht des Sabinus, der Schlußsatz die zur Zeit Ulpians herrschende Theorie enthalte. Auch der Ausweg Mommsens[5]

[1] Leist, Mancipation u. Eigentumstradition S. 266.

[2] L. 12 § 5 D. de usufr. 7, 1. L. 13 D. quib. mod. u. a. 7, 4.

[3] Des Näheren kann hier nicht auf die dogmatischen Fragen, insbesondere die des Fruchterwerbs des Pächters eingegangen werden, bezüglich deren ich der herrschenden Anschauung nicht beitreten kann.

[4] Pandekten I, § 205, A. 11. [5] In dessen Ausgabe der Digesten II, p. 749, A. 1.

nach welchem, um Ulpians Text herzustellen, die Worte: *Idem et in pecudibus servandum est et in fetu eorum, quod in partu* in den § 6 nach den Worten: *Ex furtivis equis . . . non numeratur in fructu* zu stellen und die Worte *quod in partu* zu streichen seien, ist zu gewaltsam. Ebensowenig befriedigend ist WINDSCHEIDS[1] Erklärung, daß § 6 nur die Notwendigkeit der Ersitzung leugne, § 5 dagegen die Zulässigkeit behaupte, sofern für den redlichen Besitzer die Möglichkeit vorliege, sich durch Ersitzen auch das Behaltendürfen der Früchte zu sichern. Es müßte doch irgendwo angedeutet werden, daß nur nach dieser Richtung die Usukapion eine Bedeutung haben könne. Meines Erachtens sprechen beide Paragraphen nicht von denselben Personen: der § 6 spricht von dem *bonae fidei emptor,* also dem auf einen Eigentumserwerbsgrund sich stützenden, dem titulierten *bonae fidei possessor,* der § 5 dagegen von dem nicht titulierten *bonae fidei possessor,* dem Besitzer, der sich für den Eigentümer hält, nicht *praedo* ist. Der erstere hat schon ein, wenn auch relatives, Recht an der Substanz der Sache und erwirbt vermöge dieses das Eigentum der Früchte sofort mit der Separation,[2] der zweite hat kein solches Recht, aber sein *percipere*, seine Inbesitznahme der Früchte gewährt ihm doch einen Ersitzungstitel. Mit dem letztern stimmt l. 4 § 5 D. de usurp. et usuc. 41, 3: *Fructus et partus ancillarum et fetus pecorum, si defuncti non fuerunt, usucapi possunt.* Wenn die in der Erbschaft befindlichen Muttertiere dem Erblasser nicht gehörten, derselbe auch nicht titulierter Besitzer derselben war, so kann der Erbe das Eigentum der *fetus* nicht mit der Perzeption erwerben, aber er kann sie usukapieren. Ähnlich, wie in l. 48 §§ 5 u. 6 D. de furtis 47, 2, scheint auch in l. 4 § 19 D. de usurp. 41, 3 ein Widerspruch vorzuliegen. Hier wird gesagt, wenn die Wolle von *oves furtivae* beim *fur* geschoren sei, könne sie (als nun selbst furtiv) nicht usukapiert werden; wenn sie aber bei einem *bonae fidei emptor* (der Schafe) geschoren sei, *contra,* d. h. sie könne usukapiert werden. Dann heißt es weiter, weil sie (die Wolle) aber zu den Früchten gehöre, brauche sie nicht usukapiert zu werden, sondern falle sofort in das Eigentum des Käufers. Auch in Bezug auf diese Stelle sagt WINDSCHEID, sie leugne nicht die Möglichkeit, sondern die Notwendigkeit der Ersitzung. Meines Erachtens haben hier die Kompilatoren, weil sie einen im vorjustinianischen Recht bestehenden Unterschied beseitigen wollten, der Stelle des Paulus durch absichtliche Streichung die jetzige widerspruchsvolle Gestalt gegeben. Paulus hob den Unterschied zwischen dem nicht titulierten und dem titulierten *bonae fidei possessor* hervor, wie es in der früher betrachteten Stelle geschehen ist. Er schrieb etwa: *si apud bonae fidei possessorem, contra. si vero apud bonae fidei emptorem, nec usucapi debet, sed, quoniam in fructu est, statim emtoris fit.* Bezüglich des folgenden Satzes: *idem in agnis dicendum, si consumpti sint, quod verum est* glaube ich, daß er seine jetzige Gestalt auch erst durch die Kompilatoren erhalten; denn wie kann man sich denken, daß Paulus seiner eigenen Behauptung: *idem — dicendum, si consumpti sint* noch ein *quod verum est* hinzugefügt habe. Ich lasse folgen l. 45 D.

---

[1] Lehrb. I, § 186, A. 14.

[2] Nur der *bonae fidei emtor*, überhaupt der titulierte Besitzer einer Sklavin erwirbt an dem Sklavenkind, welches ja nicht *in fructu* ist, nicht sofort Eigentum, sondern nur Usukapionsbesitz, wie an der Mutter selbst. Recht deutlich ist dieser Gegensatz des *partus ancillae* zu den Früchten hervorgehoben in l. 48 § 6 D. de furtis 47, 2 und so diese Stelle einer der stärksten Beweise dafür, daß der (titulierte) *bonae fidei possessor* an den Früchten sofort Eigentum erwirbt.

de usuris 22, 1 (Pomponius libro XXII ad Quintum Mucium). Nach dieser soll der Ehegatte, welchem vom anderen Gatten eine Sache, z. B. ein Grundstück, geschenkt ist, die Früchte, welche er aus der ungültig geschenkten Sache durch seine Arbeit, z. B. durch Säen, zieht, zu Eigentum erwerben. Wenn er aber durch die bloße Naturkraft der Sache hervorgebrachte Früchte ziehe, so werde solche Frucht nicht sein, *sicut nec cuiuslibet bonae fidei possessoris,* weil solche Frucht nicht *ex facto eius,* durch seine Thätigkeit erzielt sei. Die Erklärung dieses „verzweifelten" Fragments,[1] insbesondere der „heillosen Parenthese" *sicut nec cuiuslibet bonae fidei possessoris* scheint mir durch die Betrachtung der bisher angeführten Stellen am besten vorbereitet zu sein. Der *quilibet bonae fidei possessor* ist der nicht titulierte *bonae fidei possessor,* welcher glaubt, Eigentümer zu sein, also nicht *praedo* ist, wie ja auch der ungültig beschenkte Ehegatte kein *praedo* ist. Ein solcher hat kein Recht an der Substanz der Sache, kann also nicht das Eigentum aller Früchte durch Separation erwerben. Wohl aber erscheint es als billig, daß ihm, wenn er das Grundstück kultiviert, überhaupt durch seine Thätigkeit Früchte der Sache erzielt, mit der Perzeption sofort das Eigentum derselben zuerkannt werde *(pro cura et cultura)*; die anderen kann er, was in dieser Stelle nicht hervorgehoben ist, nur usukapieren. — Von l. 48 D. de adquir. r. d. 41, 1 gehören in unsern Zusammenhang nur das Pr. und § 2. Im Pr. ist von dem *bonae fidei emptor* gesagt, daß er die Früchte der fremden Sache zu Eigentum erwerbe, und zwar nicht bloß diejenigen, *qui diligentia* und *opera eius pervenerunt,* sondern alle, und zwar mit der Begründung, weil er in Bezug auf die Früchte *loco domini pacne* sei, also, weil er ein (wenn auch nur relatives) Recht an der Substanz der Sache habe, weshalb er auch das Eigentum der Früchte sofort mit der Separation erwerbe. Wem fällt hier nicht nach Betrachtung der vorhergehenden Stelle der *quilibet bonae fidei possessor,* der nicht titulierte *bonae fidei possessor* ein, welcher durch Perzeption nur das Eigentum der Früchte, welche er *suis operis, suo facto* hervorgebracht hat, zu Eigentum erwerben soll? In § 2 ist dann gesagt, daß auch die Jungen der Schafe an den *bonae fidei emptor* zu Eigentum fielen, auch wenn die Muttertiere trächtig verkauft seien, sowie die Milch, auch wenn sie mit vollen Eutern verkauft seien. Die Jungen der trächtigen Tiere, die Milch, welche die Tiere zu dem Besitzer mitbringen, sind Früchte, welche er nicht *opera sua* hervorgebracht hat, welche also an den *quilibet bonae fidei possessor* nicht sofort mit der Perzeption zu Eigentum fallen würden. In l. 28 pr. D. de usuris 22, 1 sagt Gaius zunächst, daß die Jungen der *pecudes,* wie Milch, Wolle u. s. w. zu den Früchten derselben gehörten, daß also die Lämmer, Kälber u. s. w. sofort in das volle Eigentum des *bonae fidei possessor* und des Usufruktuars fielen. Hier ist unter dem *bonae fidei possessor* der titulierte Besitzer zu verstehen, nicht *quilibet bonae fidei possessor,* welcher als Gegensatz bei dem *statim pleno iure* vorgeschwebt haben wird. Auch in l. 25 § 1 D. de usuris 22, 1 ist die Frage, ob der *bonae fidei emtor* eines fremden Grundstücks die Früchte desselben zu Eigentum erwerbe, erörtert. Der *bonae fidei possessor,* d. h. hier der titulierte Besitzer, sagt Julian, habe *in percipiendis fructibus id iuris, quod domino praediorum tributum est.* Da an den Usufruktuar die Früchte der Sache, von wem sie auch gesäet sein möchten, fielen, wie viel mehr müsse man dies bezüglich der *bonae fidei possessores* annehmen, welche mehr Recht *in percipiendis fructi-*

[1] Pernice, Labeo II, S. 166, A. 49.

bus habent, da sie schon mit der Trennung der Früchte Eigentümer derselben würden, während der Usufruktuar der Perzeption zum Eigentumserwerb bedürfe. Auch hier schwebt bei den *fructus a quolibet sati* als Gegensatz der *quilibet bonae fidei possessor* vor, welcher nur die von ihm gesäeten Früchte durch die Perzeption sofort zu Eigentum erwirbt.[1] — Der § 2 der l. 23 cit. erörtert dann einen Punkt, bezüglich welches ein weiterer Unterschied zwischen dem titulierten und nicht titulierten *bonae fidei possessor* hervortritt. Es fragt sich, ob der *bonae fidei emptor*, ob überhaupt ein titulierter *bonae fidei possessor*, welcher in Erfahrung bringt, daß die von ihm besessene Sache eine fremde sei, dann noch das Eigentum der Früchte erwerbe. Julian entscheidet, daß er in Bezug auf den Fruchterwerb so lange als *bonae fidei emtor* anzusehen, als ihm die Sache nicht evinciert sei. In l. 48 § 1 D. de adq. r. d. 41, 1 wirft Paulus dieselbe Frage auf und erwähnt dabei ein Bedenken des Pomponius, daß der *bonae fidei emptor*, welcher nachträglich in Erfahrung gebracht, daß die Sache eine fremde sei, nicht mehr als *bonae fidei possessor* anzusehen sei *(Pomponius verendum ne non sit bonae fidei possessor, quamvis capiat)*. Mit Sicherheit stellte Pomponius seinen Satz nicht hin; und für den titulierten Besitzer trifft seine Begründung: *hoc enim ad ius i. e. capionem, illud ad factum pertinere, ut quis bona aut mala fide possideat* auch nicht zu. Dieser hat ein auf den Eigentumserwerbsgrund, dessen Kraft im Moment des Erwerbs nicht durch *mala fides* gehindert war, sich stützendes relatives Recht an der Sache. Wohl aber trifft die Erwägung des Pomponius zu für den *quilibet bonae fidei possessor*. Erfährt dieser, daß die Sache eine fremde sei, hört damit seine *bona fides* auf, so kann er nun nicht mehr die Früchte, welche er *opera et diligentia sua* hervorgebracht, sofort zu Eigentum erwerben. Pomponius übertrug das, wenn auch nicht ohne Bedenken, auf den titulierten Besitzer.

Wenn ich es auch nicht, wie aus dem Dargelegten hervorgeht, für richtig halte, daß der Fruchterwerb des *bonae fidei possessor* sich aus prozessualischen Gründen entwickelt habe, so muß doch auch bei der hier entwickelten Auffassung, um die Theorie vom Fruchterwerb der *bonae fidei possessores* möglichst klarzulegen, auf die Bedeutung des viel besprochenen Ausdrucks *„fructus consumtos suos facit"* eingegangen werden. Ein Haupteinwand, welcher gegen den Satz, daß der *bonae fidei possessor* Eigentümer der Früchte durch die Separation werde, erhoben wird, ist, daß nicht erklärt und nicht zu erklären sei, warum das römische Recht den *bonae fidei possessor* zum Eigentümer der Früchte gemacht habe, wenn es ihn doch zwingen wollte, die vorhandenen Früchte dem vindicierenden

---

[1] Auch Waldeck, Archiv f. civ. Prax. Bd. 57, S. 307 ff., nimmt an, daß nur der titulierte gutgläubige Besitzer Eigentum an den separierten Früchten erwerbe, aber ohne den Satz so, wie es hier im Text geschehen, aus den Quellen zu begründen. Der Titel muß derselbe sein, wie bei der Usukapion, wenn auch Fruchterwerb des *bonae fidei possessor* und Usukapion in den sonstigen Voraussetzungen nicht unbedingt übereinstimmen, da der titulierte Besitzer auch einer *res furtiva* die Früchte derselben zu Eigentum erwirbt. Nicht aber kann z. B. der Besitz des Pfandgläubigers als eine *bonae fidei possessio* betrachtet werden, welche Grundlage des Eigentumserwerbs der Früchte bilden kann, wie Köppen, Fruchterwerb der *bonae fidei possessio* S. 98, annimmt. Aus l. 22 § 2 D. de pig. act. 13, 7 ergiebt sich nichts weiter, als daß der, welchem von einem *praedo* eine Sache zu Pfand gegeben, die von ihm als gewöhnlichen *bonae fidei possessor* verzehrten Früchte dem Eigentümer gegenüber lukriert, den Wert derselben also sich entweder dem Verpfänder gegenüber auf seine Forderung anrechnen oder nach Tilgung der Schuld demselben mit dem Pfand herausgeben muß.

Eigentümer der Muttersache herauszugeben, also ihm Eigentum nicht lassen wollte. In Wahrheit liegt darin aber eine Ausgleichung der Interessen des Eigentümers und des *bonae fidei possessor*. Dadurch, daß dem *bonae fidei possessor* bezüglich der Früchte das Recht, *quod domino tributum est*, zugestanden wurde, hat das Recht des Eigentümers eine Einbuße erlitten, welche soweit ausgeglichen ist, daß der *bonae fidei possessor* dem die Muttersache vindicierenden Eigentümer die Früchte wenigstens, soweit sie noch vorhanden, auf richterliche Anweisung herausgeben soll. Sulzer[1] und Czyhlarz[2] haben neuerlich zu zeigen gesucht, daß die römischen Juristen dem *bonae fidei possessor* die Früchte schlechthin und definitiv zugewiesen hätten, und daß die Pflicht der Restitution der nicht konsumierten Früchte erst später als materielle Beschränkung dem Eigentumserwerb angehängt wurde, nach Sulzer von Zeitgenossen des Gaius, nach Czyhlarz nicht vor Diokletian, vielleicht sogar erst nach ihm.[3] Diese Ansicht nötigt, sämtliche Stellen, nach welchen der *bonae fidei possessor* die konsumierten Früchte *suos facit*, für interpoliert und gerade in dieser Beziehung interpoliert zu erachten. Zu diesen Stellen gehört übrigens nicht etwa l. 48 pr. D. de adq. r. d. 41, 1 wegen der Worte: *„Bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit."* Durch das *interim* soll weder das Eigentum des *bonae fidei emtor* an den Früchten als ein interimistisches bezeichnet noch auf eine Restitutionspflicht angespielt werden, denn es ist nicht zu *suos*, sondern zu *facit* zu ziehen. Es soll sagen, daß der *bonae fidei emptor* einstweilen das Eigentum der Früchte erwerbe, wobei daran gedacht ist, daß er, wenn er später *in mala fides* kommt, nach der von Paulus gebilligten Meinung des Pomponius aufhört, das Eigentum der percipierten Früchte zu erwerben. Es giebt aber den *bonae fidei emptor* vom Ersatz der *fructus consumti* freisprechende Stellen, welche gar keinem Verdacht der Interpolation unterliegen, so namentlich l. 1 § 2 D. de pig. 20, 1. Der Gedankengang dieser Stelle ist folgender. Sind bei der Verpfändung eines Grundstücks auch die zukünftigen Früchte desselben verpfändet, so kann der Pfandgläubiger dieses Grundstück einem spätern *bonae fidei emptor* desselben, auch nachdem dieser es usukapiert hat, mit der *utilis Serviana* abvindicieren. Dagegen die von diesem *bonae fidei emtor* percipierten Früchte, welche in dessen Eigentum, nicht in das des Verpfänders gefallen, also nicht vom Pfandnexus ergriffen sind, können nicht als verpfändet, sondern nur als zur *causa* der verpfändeten Sache gehörig in Anspruch genommen werden. Der beklagte *bonae fidei emptor* braucht, ganz wie bei der *rei vindicatio*, nur die *exstantes* herauszugeben, er haftet nicht wegen der *consumti*. Dieser Satz, daß wegen der *fructus consumti* kein Ersatz geleistet zu werden braucht, gilt auch für den nicht titulierten *bonae fidei possessor*, und auf ihn allein, der noch nicht durch Separation Eigentümer der Früchte geworden, paßt genau der Ausdruck: *fructus consumtos suos facit*, erst durch die Konsumtion eignet er sich den Wert der konsumierten Früchte an, während jener Ausdruck auf den titulierten *bonae fidei emtor* nicht paßt, sondern nur ein Ausdruck, wie ihn Papinian gebraucht: *fructus consumptos restituere non cogetur*. Es ist aber möglich, daß schon die klassischen Juristen es der Einfachheit halber mit dem

[1] Der Eigentumserwerb durch Spezifikation S. 128.

[2] Die Eigentumserwerbsarten I, S. 549 ff.

[3] Ganz oder teilweise wie Czyhlarz die bei Windscheid I[7], § 186, A. 12 am Schlusse citierten Schriftsteller.

Ausdruck nicht so genau genommen haben. Die jetzige Gestalt der Quellen über den Fruchtgewinn des *bonae fidei possessor* rührt von Justinian bezw. den Kompilatoren her, welche, von der allgemeinen Tendenz geleitet, bisherige Unterschiede ähnlicher Rechtsinstitute auszugleichen, auch hier den Unterschied zwischen dem Fruchtgewinn des titulierten und nichttitulierten *bonae fidei possessor* beseitigen wollten. Es wird darauf erst an späterer Stelle einzugehen sein.

Wir können nicht umhin, auch in dieser historischen Erörterung die Frage kurz zu berühren, wie weit der Vorteil reicht, welcher jedem *bonae fidei possessor* dadurch zuerkannt ist, daß er die *fructus consumtos* zu restituieren nicht gezwungen werden soll. Die Frage ist die, ob er, wenn er die Früchte veräußert hat, das dafür Erhaltene unbedingt behalten dürfe, oder diesen Wert nur dann nicht, wenn er ihn bereits verzehrt hat, herauszugeben brauche? Windscheid[1] nimmt das letztere an und beruft sich dabei auf die in l. 25 § 17 D. de h. p. 5, 3 in betreff des redlichen Besitzers einer Erbschaft gegebene Entscheidung, welcher ebenfalls für das Verzehrte nicht hafte. Aber die Sache steht bei der *hereditatis petitio* und der *rei vindicatio* nicht gleich. Bei der erstern haftet der *malae fidei possessor* ebenso, wie bei der letztern, für alle *fructus consumti*, einerlei, ob er bereichert ist oder nicht; dagegen der *bonae fidei possessor* haftet bei der erstern auch für *fructus consumti*, sofern er noch durch das dafür Erhaltene reicher ist, während er bei der letztern gar nicht für *fructus consumti* einsteht. Bei der erstern ist eben das für die veräußerten Früchte Erhaltene ein *augmentum*, oder, wenn man will, ein *commodum hereditatis*, während solche Vorstellung bei dem einzelnen Eigentumsobjekt nicht möglich ist. Früchte sind ihrer Natur nach zum Verzehren, sei es das natürliche Verzehren, sei es das Veräußern, bestimmt. Das Kapital erhält man sich; der Ertrag, die Früchte dagegen, soweit sie nicht zur Ergänzung, bezw. Vergrößerung jenes bestimmt sind, sollen verzehrt werden. Hat der *bonae fidei possessor* diesen der Bestimmung der Frucht entsprechenden Gebrauch von ihr gemacht, so soll er das dadurch ihm gewordene *lucrum* behalten. Findet aber der vindicierende Eigentümer die Frucht noch *in natura*, ohne daß der redliche Besitzer sie jener ihrer Bestimmung gemäß schon für sich verwendet hat, bei ihm vor, so sollen sie ihm mit der Muttersache herausgegeben werden.

Von den römischen Juristen wird verschiedentlich der Fruchterwerb des *bonae fidei possessor* mit dem zusammengestellt, was der *bonae fidei possessor* eines fremden Sklaven oder eines *liber homo bona fide serviens* erwirbt. Dieser Erwerb besteht einmal in dem, was dieselben *ex re* des *bonae fidei possessor*, sodann in dem, was sie *operis suis* erwerben. Es ist nun nicht zu bezweifeln, daß der *bonae fidei possessor* diesen Erwerb auch dem Eigentümer des Sklaven gegenüber lukriert, daß er, auch wenn er vom Eigentümer des Sklaven mit der *rei vindicatio* belangt wird, nichts von diesem Gewinn herauszugeben braucht. Nirgends wird von einer solchen Restitutionsverbindlichkeit etwas erwähnt; ja, es wird nach l. 39 D. de stip. serv. 45, 3, wenn ein *servus*, welcher *bona fide nobis servit*, das, was uns erwerben kann, *nominatim domino* stipuliert, der *dominus* zwar Gläubiger, aber uns (dem *bonae fidei possessor*) ein *condictio* gegen den *dominus* gegeben. Darin wird ein Beweis für die oben erwähnte Ansicht

[1] A. a. O. S. I[7], § 186, A. 16.

gefunden, wonach der *bonae fidei possessor* einer Sache nicht zur Herausgabe der *fructus extantes* gegenüber dem Eigentümer verpflichtet sein soll. Aber steht denn das durch die *operae* eines Sklaven Erworbene, auch wenn der *bonae fidei possessor* es noch hat, wirklich den *fructus extantes* gleich? *Opera,* sagt Paulus in l. 1 D. de operis servorum 7, 8, *in actu consistit nec ante in rerum natura est, quam si dies venit, quo praestanda est.* Ist aber die *opera,* der *actus* vorgenommen, so ist sie konsumiert. Was durch die *opera* erworben wird, steht nicht den *fructus extantes,* sondern dem für die konsumierte Frucht Erhaltenen gleich, und dieses *lucrum* soll dem *bonae fidei possessor* verbleiben.[1]

In Bezug auf die schließlich hier noch zu stellende Frage, wie die hier bezüglich des Fruchterwerbes der *bonae fidei*-Possessoren entwickelten Sätze sich historisch zu einander verhalten, ist folgendes zu sagen. Ich möchte den Satz, daß der titulierte Besitzer, insonderheit der *bonae fidei emtor,* das Eigentum der Früchte mit der Separation erwirbt, daß er in dieser Beziehung *loco domini paene est,* für den ältesten halten, älter als die dem nichttitulierten Be-Besitzer gemachten Zugeständnisse. Vielleicht hat man, seitdem das Erfordernis des Titels für die Usukapion klar und bestimmt als ein besonderes aufgestellt war, dem titulierten Besitzer das Eigentum der Früchte mit der Separation zugestanden, ich möchte den Satz für älter als die *Publiciana* halten. Gerade wenn das Recht des titulierten Besitzers auf die Früchte schon anerkannt war, und er in dieser Beziehung *loco paene domini* dastand, erscheint einerseits das Bedürfnis der Aufstellung einer Klage zum Schutz solchen relativen Rechts an der Sache um so dringender, andererseits die Aufstellung derselben als eine an Gedanken, welche sich bereits im Civilrecht rege machten, anknüpfende That; wenn auch die honorarische Rechtsbildung in der Art der Anknüpfung sich Selbständigkeit wahren mochte. Daß man dem nichttitulierten Besitzer *pro cura et cultura* die sogenannten *fructus industriales* zu Eigentum zuwies, ist wohl eine jüngere Rechtsschöpfung, es handelt sich dabei um eine ganz andere, an das Eigentum an der Sache nicht anlehnbare *causa* des Fruchterwerbs. Jünger scheint auch die Anerkennung der *fructuum perceptio* von seiten des nichttitulierten Besitzers als eines Usukapionstitels. Zu den alten, mit festen technischen Namen bezeichneten Usukapionstiteln gehört er nicht. Daraus, daß bei der alten Sakramentsvindikation und auch bei dem *in rem agere per sponsionem* eine Restitution nur bezüglich der während des Rechtsstreites, nicht aber bezüglich der vor der Litiskontestation gezogenen Früchte in Frage kam, könnte der Schluß gezogen werden, daß eine Restitutionspflicht des *bonae fidei possessor* in Bezug auf die *fructus extantes* erst in Zeiten, wo die *formula petitoria* in Geltung war, aufgekommen sein könne. Meines Erachtens ist ein solcher Schluß doch unsicher. Der materielle Rechtssatz, wonach auf Verlangen des Eigentümers der Muttersache der *bonae fidei possessor* die noch nicht verzehrten Früchte herauszugeben hat, kann bestanden haben, bevor es bei der *formula petitoria* als im *officium* des *iudex* liegend angesehen wurde, mit auf Herausgabe der *fructus extantes* zu erkennen. Dem nichttitulierten *bonae fidei possessor,* welcher noch nicht Eigentümer jener Früchte geworden war, konnten sie mit *rei vindicatio* abgenommen werden. Die Über-

[1] Savigny, System VI, S. 104 sagt von den *fructus civiles* überhaupt: Sie stehen gleich anfangs in demselben Verhältnis, wie die organischen Früchte nach der Veräußerung, d. h. sie haben von Anfang an die Natur der *fructus consumti.*

tragung des Satzes auch auf den titulierten Besitzer mag allerdings den Zeiten der *formula petitoria* angehören.

d. Die Spezifikation.

§ 35. In dem, was Gaius II, 79 und in l. 7 § 7 D. de a. r. d. 41, 1 (Gaius lib. II rer. cott.) in Beziehung auf die Kontroverse der Sabinianer und Prokulianer über das *ex aliena materia speciem aliquam facere* berichtet, geschieht der Stellung der *veteres,* der republikanischen Juristen zu der Frage keine Erwähnung; auch sonst werden in den einschlagenden Äußerungen der römischen Juristen die *veteres* nicht genannt, und so haben denn auch die neueren Juristen sich meistens des Forschens nach der Auffassung der republikanischen Jurisprudenz in der hier vorliegenden Frage entschlagen, so daß noch Pernice[1] sagen konnte, auf die Frage, wie man denn vor dem Schulenstreite spezifizierte Sachen behandelt habe, sei, soviel er sehe, niemand eingegangen. Es traf das nicht ganz zu. Gleichzeitig hatten Leist[2] und Dankwardt[3] sich dahin ausgesprochen, in jener Zeit, als sich rücksichtlich der Spezifikation die Ansichten der Sabinianer und Prokulianer noch nicht gegenüberstanden, habe der Grundsatz gegolten, daß niemand sein Eigentum an einer Sache dadurch verlieren könne, daß ein anderer aus ihr ein neues Produkt verfertigte. Es liege in der Natur des Eigentums, sagt Leist, daß, solange man der Fabrikation an sich keine selbständige Bedeutung beilege, das Substantialprinzip Platz greife. Neuerdings haben sich auch Sulzer[4] und Czyhlarz[5] dafür ausgesprochen, daß die Auffassung der Sabinianer die ältere, von den republikanischen Juristen überkommene sei. Sulzer behauptet, die Urheberschaft der prokulianischen Theorie gebühre dem Labeo. Richtig ist, daß Labeo nach l. 29 § 1 und l. 31 pr. D. de don. i. v. 24, 1 durch eine *suo nomine* vorgenommene Spezifikation Eigentum erwerben läßt, in keiner Weise ist aber in der Stelle angedeutet, daß er damit als der Inhaber einer neuen Theorie hingestellt werden soll. Die Stellen handeln überhaupt nicht *ex professo* von Spezifikation, sondern von Schenkungen unter Ehegatten. Und wenn Labeo schon gegen eine zu weite Ausdehnung des Spezifikationsgedankens Widerspruch zu erheben sich veranlaßt fand (l. 26 § 2 D. de a. r. d. 41, 1), so spricht das vielmehr dafür, daß der Gedanke des Eigentumserwerbs durch Spezifikation schon ein eingebürgerter war. Die Meinung, daß die Auffassung der Sabinianer die ältere sei, will man in folgender Weise begründen. Das Eigentum hafte an der Substanz der Sache, und es sei eine natürliche (nach Dankwardt notwendige) Konsequenz des Eigentumsbegriffs, daß der Eigentümer des Rohstoffs Eigentümer des Fabrikats bleibe. Die konsequente Durchführung dieses Prinzips entspreche den wirtschaftlichen Zuständen der ältern Zeit. Jeder sei mit seinen ökonomischen Verhältnissen isoliert gewesen, jeder habe mit Hilfe der Sklaven und Familie fast alles, was er bedurfte, produziert. Daß jemand einmal hier und da fremden Stoff verarbeitet habe, seien seltene Fälle gewesen, welche keine hinlängliche Veranlassung gegeben hätten, eine Ausnahme von dem aus dem Begriff des Eigentums folgenden Substantialprinzip zu machen. Erst

[1] Labeo II, S. 1501, A. 6. [2] Über d. Natur d. Eigentums S. 162 ff.
[3] Nationalökonomie u. Jurisprudenz I, S. 38.
[4] Der Eigentumserwerb durch Spezifikation S. 37 ff.
[5] Eigentumserwerbsarten S. 312 f.

nachdem die Teilung der Arbeit entstanden und die fabrikatorische Arbeit sich in bedeutenderem Umfange organisiert habe, habe auch der Gedanke geltend gemacht werden können, daß dem Fabrikanten in jedem Falle das Eigentum am Fabrikat zustehen müsse. Es soll danach die Veränderung in den wirtschaftlichen Verhältnissen gewesen sein, welche die Ansicht der Prokulianer hervorgerufen habe. Ist denn aber die Fabrikation erst so spät ein selbständiger Gewerbszweig bei den Römern geworden? Haben die römischen Landwirte etwa erst gegen Ende der Republik angefangen, Wein und Öl auch für fremden Bedarf zu bereiten und zu verkaufen? Haben die in den Städten, insbesondere in Rom Lebenden, mit Ausnahme der Reichen, welche viele Sklaven hatten, sich alles zum Lebensbedarf Erforderliche aus eigenem Material erzeugen können? Ich will nicht behaupten, daß es lediglich eine von der Philosophie beeinflußte theoretisierende Überlegung gewesen ist, welche die Kontroverse der Schulen hervorgerufen hat. Es können praktische Anschauungen dabei mitgesprochen haben; darauf wird erst an späterer Stelle einzugehen sein. Meines Erachtens haben die Sabinianer und Prokulianer den Vorgang des *ex aliena materia speciem aliquam facere* in gleicher Weise aufgefaßt, beide Schulen gingen auch auf die *naturalis ratio* bezüglich der Wirkung dieses Vorgangs auf das Eigentum zurück, aber sie waren verschiedener Meinung darüber, welche Wirkung hier die *naturalis ratio* erheische. Von dieser gemeinsamen Anschauung wollen wir ausgehen, um womöglich zu ermitteln, was nach römischer Anschauung die *naturalis ratio* hier erheischte. Auch die Sabinianer sehen in jenem *ex materia speciem aliquam facere* eine durch menschliche Thätigkeit absichtlich geschehende Herstellung einer neuen Sache, die Umwandlung des Stoffs in eine neue Form, nicht etwa bloß Veränderung derselben Sache. Daß auch die Sabinianer Untergang des alten Objekts annahmen, scheint mir aus den Äußerungen des Gaius über die Kontroverse hervorzugehen. Dafür berufe ich mich nicht etwa bloß darauf, daß in l. 7 § 7 D. 41, 1 einerseits der Indikativ *fuerat*, andererseits das *fuerit* zur Genüge andeute, daß Gaius die verarbeitete Sache als untergegangen ansehe; denn dem gegenüber kann man geltend machen, daß Gaius 2, 79 sagt: *cuius materia sit, illius et res quae facta sit videatur esse.* An einer Stelle muß er sich ungenau ausgedrückt haben, und aus anderen Wendungen muß erst entnommen werden, an welcher. Aus der Art aber, in welcher Gaius die Begründung der Prokulianer dafür, daß dem gewesenen Eigentümer der *materia* gegen den *qui subripuerit* die *condictio* zustehe, mitteilt, geht hervor, daß auch er die verarbeitete *materia* als eine *extincta res* ansieht *(quia extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt).* Ferner sagt er, dem, welchem die Materie gehöre, gehöre auch die daraus hergestellte Sache *(illius et res quae facta sit videatur esse,* vgl. auch l. 7 § 7 cit.: — *idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset).* So kann er sich nur ausdrücken, wenn er die hergestellte Sache als ein neues Rechtsobjekt, das Eigentum an derselben als ein anderes, von dem an der *materia* verschiedenes ansieht. Es ist ja richtig, daß das Eigentum auch die in der Form der Sache enthaltene Substanz ergreift, aber darum ist die Form (bei beweglichen Sachen) doch nicht für die Identität des Rechtsobjekts gleichgültig. Völlige Umwandlung der Form, also Vernichtung der bisherigen Form ist Vernichtung des Rechtsobjekts, also Vernichtung des Rechts. Daß das Eigentum auch den Stoff, die *materia* ergreift, kann auch nach Auffassung der Sabinianer nur bewirken, daß der Eigentümer des frühern

Rechtsobjekts auch das Eigentum des neuen Rechtsobjekts, in welchem dieselbe *materia* enthalten ist, erwerbe. Mit dieser Auffassung ist auch völlig vereinbar, was Paulus in l. 24 D. de a. r. d. 41, 1 sagt: — *si materia manente species duntaxat forte mutata sit, — — me eorum dominum manere;* denn Eigentümer bleibe ich auch, wenn mir an der verarbeiteten Sache ein anderes Eigentumsrecht zusteht, als das war, welches mir an der unverarbeiteten *materia* zustand. Wäre die Auffassung des Gaius gewesen, daß durch die Spezifikation das alte Objekt nicht vernichtet werde, und daß das alte Eigentumsrecht fortdauere, so hätte er zur Begründung der sabinianischen Ansicht sagen müssen, *quia eadem res sit*, nicht, *quia sine materia nulla species effici possit.* Seine Entscheidung samt Begründung ist also: der Eigentümer der *materia* erwirbt auch das Eigentum des neuen Rechtsobjekts, weil dieses ohne die darin enthaltene *materia* nicht hergestellt werden konnte. Wenn es nun aber die übereinstimmende Auffassung der Römer war, daß die *ex aliena materia* hergestellte Sache eine neue durch absichtliche Thätigkeit hergestellte Sache sei, wem mußte dann nach der *naturalis ratio*, wie die alten Römer sie erfaßten, das Eigentum an der neuen Sache zugesprochen werden? Denn nicht dürfen wir fragen, wie nach unserer oder nichtrömischer Auffassung der *naturalis ratio* zu entscheiden sei. Unbedenklich antworte ich auf jene Frage: die Römer waren ein thatkräftiges, energisches Volk; ihrer Sinnesart entsprach es, mehr Gewicht auf das *facere*, als auf die *materia* zu legen. Wie eine vom Magistrat rogierte, vom Volk angenommene *lex* nach dem Magistrat, welcher ihr in der *rogatio* Fassung und Form gegeben hat, wie später auch das Senatuskonsult nach dem Antragsteller, welcher es zustande gebracht, benannt wurde; wie ein Bauwerk, die *via* nach dem Konsul oder sonstigen Magistrat, welcher sie hat herstellen lassen, wie Formeln, Regeln, Formelsammlungen nach den Urhebern und Verfassern *(stipulatio Aquiliana, regula Catoniana, leges Manilianae, actiones Hostilianae*, die nach dem ersten Koncipienten genannten *actiones* u. s. w.) den Namen führten, so war es wohl auch republikanisch-römische Anschauung, bei dem *ex aliena materia speciem suo nomine facere* den Verfertiger als den *dominus* des von ihm gefertigten Dings anzusehen, einerlei aus wessen Material es angefertigt war. Wer dem Stoff Gepräge und Fassung gegeben, wurde nach römischer Auffassung sein Herr.

e. Erwerb nach Uferrecht.

§ 36. Das Recht über die Veränderungen, welche ein öffentlicher Fluß in den Grundeigentumsverhältnissen der Ufereigentümer hervorbringen kann, sowie es hauptsächlich von Juristen der Kaiserzeit und in den Schriften der gleichfalls der Kaiserzeit angehörenden Feldmesser vorgetragen wird, reicht in seinen wesentlichen Bestimmungen entschieden in die Zeiten der Republik, wahrscheinlich aber in recht alte Zeiten zurück. Unter den Fragen, welche in den *causae centumvirales* häufig zur Erörterung kämen, führt Cicero de orat. I, 38, 173 auch die *alluvionum, circumluvionum iura* auf, und in den Digesten ist ein *responsum* des Alfenus Varus erhalten,[1] welches im Fall einer Flußbettsveränderung ganz nach den auch von den Juristen der Kaiserzeit vorgetragenen Grundsätzen entscheidet, ohne irgend anzudeuten, daß diese Sätze etwa erst neuaufgekommen seien. Um diese Bestimmungen richtig aufzufassen, muß

[1] L. 38 D. de a. r. d. 41, 1.

vor allem die Grundanschauung festgestellt werden, von welcher das römische Recht bei denselben ausgegangen ist. Unterschieden wird zwischen den Grundstücken der limitierten Landgebiete und den *agri arcifinii* oder *occupatorii*. Von welcher Anschauung die Römer sich bezüglich der erstern leiten ließen, hat man richtig erkannt. Die mathematisch genauen Linien der Limitation und die durch sie gegebene Begrenzung der Grundstücke, wie sie durch die über die Limitation aufgenommenen öffentlichen Urkunden beglaubigt waren, sollten durch die Veränderungen im Lauf eines öffentlichen Flusses nicht gestört werden können. Grenzten solche *agri limitati* an einen Fluß, so war ein verschiedenes Verhältnis möglich. Der Fluß konnte mit vermessen und assigniert sein, so daß der einzelne Mann in seinem Lose auch Wasser empfing.[1] Was danach vom verlassenen Flußbett oder von entstandenen Inseln innerhalb der das Los des einzelnen begrenzenden Linien lag, gehörte ihm natürlich schon nach der ursprünglichen Assignation. Oder der Fluß wurde nicht mit assigniert,[2] mochte er nun vermessen werden oder nicht: in diesen Fällen sollte eine Veränderung im Flusse den Eigentümern der anliegenden limitierten Grundstücke rechtlich weder Vorteil noch Nachteil bringen. Nahm ihnen der Fluß einen Teil ihrer Grundstücke durch eine Veränderung seines Betts, so gehört ihnen das vom Fluß okkupierte Terrain doch bis zu der durch die öffentlichen Risse beglaubigten Grenzlinie, was ihnen zu gute kam, wenn der Fluß später dieses Terrain wieder verließ. Andererseits galt in diesen Fällen kein Erwerb von Alluvionen, Teilen des verlassenen Flußbetts oder *insulae natae* über die durch die Linien der Limitation bestimmten Grenzen hinaus. Diese Landteile waren nach dem Ausspruch der Juristen der Kaiserzeit Gegenstand des Eigentumserwerbs durch Okkupation (l. 1 §§ 6 u. 7 D. de fluminib. 43, 12). Daß das auch in alter Zeit so gewesen, bezweifle ich. Auch Ulpian selbst deutet die Möglichkeit eines Zweifels an, indem er den Worten: *occupantis alveus fiet* hinzufügt: *certe desinet esse publicus*. Diese Strecken sind, als vom öffentlichen Fluß verlassen, nicht mehr als zum Gemeinbrauch bestimmt anzusehen. Nach alter Anschauung werden sie aber als zu den *fundi excepti* oder den *subseciva* gehörig zur Verfügung des *auctor divisionis* geblieben sein.[3] Zuweilen wurde auch auf die Überflutungen des Stroms bei der Vermessung insofern Rücksicht genommen, als dem Fluß noch ein Raum an beiden Ufern als zu ihm gehörig zugewiesen, also nicht mit verteilt und assigniert wurde, so daß die assignierten Grundstücke gar nicht unmittelbar an den Fluß grenzten. Da aber die Überflutungen doch nicht selten über diesen nicht assignierten Uferraum hinausgingen, so gestattete man zur Ausgleichung den Anliegern, den nicht in ihrem Eigentum stehenden Uferraum zu benutzen.

Anders war die Anschauung bezüglich der Grundstücke nicht vermessener Landgebiete, welche an einen öffentlichen Fluß grenzten. Als Auffassung des römischen Rechts hat man es betrachtet, daß der Grund und Boden des Flusses als natürliche Fortsetzung des Ufers diesem anwüchse, sobald er ganz oder teilweise aufgehört habe, Flußbett zu sein. Den eigentlichen Grund dieser Auffassung sieht Henrici in der natürlichen Beschaffenheit der aus einem Fluß bestehenden Grenze.[4] Die Grenze, welche der Fluß bilde, sei ihrer Natur nach stets eine

[1] Schriften der Feldmesser I, p. 51. [2] Schriften der Feldmesser I, p. 125.
[3] Rudorff in d. Schriften d. Feldmesser II, S. 452, A. 564.
[4] Jahrbüch. f. Dogmatik XIII, S. 67.

wandelbare, sie verändere sich durch An- und Abspülung etc. Verlasse der Fluß sein Bett ganz, so verschwänden die bisherigen Grenzen, die Ländereien rückten bis zu der neuen Begrenzung vor. Dieser Gedanke kann aber schon nicht durchgeführt werden bezüglich der *insula in flumine nata*, denn hier bleibt ja der Fluß zwischen dem Ufergrundstück und dem Teil der *insula*, welcher dem Eigentümer jenes zufällt; von einem Wegfallen der bisherigen Grenze des Grundstücks und einem Vorrücken desselben kann hier offenbar nicht die Rede sein. Bezüglich des an das Grundstück unmittelbar anstoßenden *alveus derelictus* muß aber ganz dasselbe gelten: auch ihm gegenüber behält das Ufergrundstück seine ursprüngliche Grenze, das betreffende Stück des verlassenen Flußbetts bildet eine neue Sache, an welcher ein neues Eigentumsrecht erworben wird. Nur für die Alluvion im engern Sinne, d. h. das *incrementum latens*, welches *ita paulatim adjicitur, ut oculos nostros fallat*, trifft es zu, daß durch sie das Grundstück selbst wächst und vorrückt, also seine Grenze verändert. Dasselbe gilt noch für den Fall, daß durch die Gewalt des Flusses ein ganzes Stück von dem einen Grundstück abgerissen und an ein anderes angetrieben ist, wenn nach längerer Zeit dieses *avulsum* mit dem Grundstück, an welches es angetrieben ist, organisch verwachsen ist: dann ergreift das Eigentum am Grundstück auch dieses zu seinem Bestandteil gewordene Stück.[1] Meines Erachtens ist der Gedanke, welcher bei den *agri arcifinii* dem Erwerb von *alveus derelictus* u. s. w. zu Grunde liegt, folgender. Von dem Fluß als Nachbarn haben die Adjacenten fortwährende *iniuriae* zu erleiden; der Fluß hat nicht bloß Land bildende, sondern auch Land zerstörende Kräfte. *Serra* die Säge oder *Rumon* der Fresser wurde in römischen Gebeten der Tiber wegen der Zerstörungen, die er an seinen Ufern anrichtete, genannt (Virg. Aen. VIII, 62). Der Fluß spült ab, reißt Stücken Landes ab, ja wenn er auch nicht das ganze Grundstück durch andere Richtung seines Laufs okkupiert, so nimmt er doch gar nicht selten von dem einen bisherigen Ufer einen Saum in Anspruch, während er an der andern-Seite einen Saum seines Betts verläßt. Gegen solche *iniuriae* können sich die Adjacenten nicht genügend durch Befestigung des Ufers schützen, denn diese ist ihnen nur gestattet, soweit sie anderen Anliegern dadurch keinen Schaden zufügen. Es ist ein gerechter Ausgleich für die *iniuriae*, denen sie fortwährend von seiten des Flusses ausgesetzt sind, daß, was er von seinem Bett durch teilweises oder gänzliches Verlassen desselben aufgiebt, den Adjacenten zufällt; daß er, wenn er Boden entzieht, er ihnen andererseits auch wieder giebt. Daß dies römische Anschauung war, zeigt sich in den Worten Lucans VI, 277: *Illos terra fugit dominos, his rura colonis Accedunt donante Pado*, ferner in denen des Ennodius vit. Epiph. p. 336 Hartel: *terrenum marginem gulosus Padani marginis morsus adrodit et flexuose serpens fluvius largitur in compendio alterius quod furatur ab altero simulque fit lucrum finitimi aliena calamitas*, zeigt sich aber auch in Äußerungen der Juristen, wie der des Alfenus Varus in l. 38 D. de a. r. d. 41, 1: — *postea cum paulatim retro redisset, ademisse ei, cuius factus esset, et addidisse ei, cuius trans viam esset.* Daß im einzelnen über die Art dieses Ausgleichs auch Zweifel und Meinungsverschiedenheiten unter den Juristen bestanden, geht weniger aus den uns erhal-

[1] Über die Arbeiten von Landucci im Archiv. giurid. p. 157 sq., 498 sq. und Pampaloni das. XXXI, p. 424 n. 95, XXXII, p. 167 sqq. Rivista critica delle scienze giur. — anno II, p. 44, vgl. Schneider in der Kritisch. Vierteljahrsschr. XXVII, S. 80 ff.; vgl. dann noch Pampaloni, Sopra l'isola formata per avulsione. Prato 1885.

tenen Äußerungen der Juristen, als aus denen der Feldmesser, insbesondere Frontins[1] hervor. Bezüglich des Bodens, berichtet er, welchen der Fluß auf dem einen Ufer wegnehme, auf dem andern dafür freilasse, würden *subtiles quaestiones* aufgeworfen, nämlich, ob das Terrain, welches beim Zurückweichen des Wassers frei geworden sei, dem angrenzenden Grundeigentümer zufallen müsse, oder ob der, welcher am entgegengesetzten Ufer durch das Wasser von seinem Grundstück etwas verliere, herüberkommen und was der Fluß dort freigelassen, in Besitz nehmen dürfe. Gegen das letztere werden dann verschiedene durchschlagende Einwendungen geltend gemacht. Die ganze Erörterung zeigt aber, daß zu Frontins Zeit die erstere Ansicht noch nicht allen Widerspruch zum Schweigen gebracht hatte. Auch bezüglich des geradezu verlassenen Flußbetts scheinen Meinungsverschiedenheiten bestanden zu haben. Es scheint die Ansicht aufgestellt zu sein, daß dem *proximus possessor,* dessen Grundstück durch Einbruch des Flusses Bestandteil von dessen Bett geworden sei, zur Ausgleichung dieser *iniuria* ein entsprechendes Stück des durch diese Veränderung vom Fluß verlassenen alten Betts erhalten müsse. Hier aber war die Auffassung der *iurisconsulti* nach Frontins Bericht die, daß kein durch die Veränderung des Flußlaufs vom alten Flußbett abgetrennter, wenn auch dadurch benachteiligter, früherer Adjacent von dem verlassenen Flußbett etwas beanspruchen könne (dies scheint der Sinn der Worte: *ita neuter possessor excedere finem veteris aquae ullo iure potest aut debet* zu sein). Mit dieser Entscheidung scheint man sich aber in Oberitalien, wo bei dem reißend plötzlichen Anschwellen der Flüsse, vor allem des Po, durch schnelles Auftauen der gewaltigen Schneemassen der Alpen die Adjacenten sehr häufig solche *iniuriae* zu erfahren hatten, nicht beruhigt zu haben. Die *quaestiones* tauchten hier, wie es scheint, immer wieder auf. Wie da ein in solchem Fall erteiltes Gutachten eines *iuris auctor,* eines mit dem *ius respondendi* beliehenen angesehenen Juristen der Kaiserzeit bedeutendes Ansehen namentlich bei den späteren Feldmessern erlangt hat, soll an späterer Stelle berührt werden.

Fragen wir nun, ob die einzelnen von der römischen Jurisprudenz angenommenen Sätze über die Verteilung des *alveus derelictus* und der *insula in flumine nata* dem vorher dargelegten Grundgedanken entsprechend seien, so muß das bejaht werden. Da beide Ufer des Flusses den Unbilden desselben gleichmäßig ausgesetzt waren, so mußte man zu dem Satz kommen, daß die Mitte des Flusses die Grenze bilden müsse für das, was dem einen oder andern Ufer zuzuteilen sei, daß also eine *insula nata,* welche die Mitte gar nicht erreichte, dem Ufer, an dessen Seite sie lag, zufallen müsse. Ferner war anzunehmen, daß die unmittelbar am Flußufer gelegenen Grundstücke ohne Rücksicht darauf, ob sie in größerer Nähe des zu Verteilenden lagen oder nicht,[2]

[1] Schr. d. Feldmesser I, p. 49, 19 sqq.

[2] Henrici (Iherings Jahrbücher für d. Dogmatik XIII, S. 57 ff., XV, S. 313 ff.) hat das Prinzip des römischen Rechts dahin formuliert: Jeder Punkt der Insel wächst bei ihrer Entstehung dem Uferpunkte zu, welcher demselben näher ist als ein anderer Uferpunkt. Zu solcher Annahme kann man nur gelangen von der Grundanschauung aus, daß verlassenes Flußbett und Insel den anliegenden Ufereigentümern als natürliche Fortsetzung ihrer Grundstücke anwachsen, eine Anschauung, welche nicht die der römischen Juristen ist. Die römischen Juristen und Agrimensoren betrachten die Zuweisung des *alveus derelictus* und der *insula nata* als einen gerechten Ausgleich für die Unbilden und Landentziehungen, welche die Adjacenten vom Fluß zu erfahren haben, und danach erscheinen sie als anteilsberechtigt, ohne Rücksicht auf die größere Nähe zur Insel. Daß in den von Henrici angezogenen Stellen

anteilsberechtigt sein konnten, denn sie alle, aber auch nur sie, waren unmittelbar den Unbilden des Flusses ausgesetzt. Endlich war anzunehmen, daß sie entsprechend ihrer Breite am Ufer, soweit die Insel mit ihrer diesem Ufer zugekehrten Seite jener Grundstücksbreite gegenüberlag, anteilsberechtigt waren (l. 29 D. 41, 1: *quantum ante cuiusque eorum ripam est,* l. 30 eod. tit.: *ad cuius frontem insula respicit,* l. 56 eod.: *Insula est enata in flumine contra frontem agri mei).* Daß die Anlieger ohne Rücksicht auf die größere Nähe ihrer Grundstücke Teile von der *insula* erhielten, ist nirgends so deutlich ausgesprochen, als bei Gai. II, 72: *At si in medio flumine insula nata sit, haec eorum omnium communis est qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident; si vero non sit in medio flumine, ad eos pertinet qui ab ea parte quae proxima est, iuxta ripam praedia habent.* — Gefragt werden muß noch, ob die hier dargelegte Auffassung der Quellen für die vielgestaltige Mannigfaltigkeit, welche die Inselbildung annehmen kann, eine genügende Grundlage der Entscheidung giebt? Wie ist, hat man gefragt, nach jener Auffassung zu entscheiden, wenn eine Insel in einer kreisrunden Bucht mit nur schmalem Ausgange nach dem Fluß oder hinter einem in den Fluß hineingehenden Vorsprunge entstanden ist? Meines Erachtens ist daran festzuhalten, daß nur die Ufergrundstücke anteilsberechtigt sind, nach deren dem Fluß zugekehrter Seite *(frons)* die Insel mit ihrer dieser Flußseite zugekehrten Seite (mag diese nun ausgedehnt oder schmal sein) hinblickt. Sowie das Ufergrundstück nur eine *frons* hat, so hat auch die Insel nur eine *frons,* das ist die dieser Flußseite zugekehrte Seite.

---

der Digesten das Prinzip der nächsten Nähe in dem von ihm angenommenen Sinne als das entscheidende Moment bezeichnet werde, ist zu leugnen. Betrachten wir zunächst den Fall der l. 38 de a. r. d. 41, 1. Attius ist Eigentümer eines neben einer *via publica* liegenden Grundstücks. Jenseit des Wegs liegt zunächst ein Grundstück des Lucius Titius, dann folgt der öffentliche Fluß. Dieser Fluß okkupiert erst allmählich das ganze Grundstück des L. Titius (statt *omnium agrum* ist wohl zu lesen *omnem agrum)* und dann die *via publica.* Später weicht allmählich der Fluß wieder zurück von *ager* und *via.* Das so verlassene Flußbett fällt an den Attius, *quoniam eius fundus proximus flumini esset,* obwohl sein Grundstück vom Fluß aus erst *trans viam esset,* denn diese *via,* welche zwar dem Fluß näher liegt, ist ja keinem andern zugefallen, und sie bildet auch kein Hindernis, daß das zwischen ihr und dem Fluß gelegene frühere Grundstück des Lucius Titius dem Attius zufällt, denn auch die *via* fällt ihm als ein Teil des verlassenen Flußbetts zu. Die Worte *proximus flumini* sollen also den Attius nur als Adjacenten bezeichnen. Aus l. 56 pr. eod. citiert Henrici nur die Worte: *insula initio propior fundo tuo fuit,* es folgen aber unmittelbar die Worte: *quam eius, qui trans flumen habebat;* es soll also mit den Worten nur gesagt sein, daß die Insel, da sie ganz auf die eine Seite des Flusses fiel, nur dem Eigentümer dieses Ufer, nicht etwa teilweise dem gegenüberliegenden Grundeigentümer des andern Ufers zufallen konnte. Ganz besonders hebt Henrici hervor § 1 eod.: *sed alveus, qui fuit inter eam insulam et fundum vicini, medius dividi debet, ita ut pars propior insulae tuae tua, pars autem propior agro vicini eius esse intellegatur.* Auch hier darf aber nicht außer acht gelassen werden, daß die *insula* als das eine Ufer des *alveus,* der *fundus vicini, qui trans flumen erat* als am andern Ufer dieses *alveus* gelegen zu denken ist, also der *alveus medius dividi debet* zwischen beiden Ufern, so daß die eine Hälfte, welche dem einen Ufer näher ist, jenem, die andere, welche dem andern Ufer näher ist, diesem zufallen muß. In l. 30 § 1 D. eod. verb.: *Et ideo cum exsiccatus esset alveus, proximorum fit* sind unter *proximi* nur die Adjacenten zu verstehen. In l. 65 § 2 D. eod. kann unter der *insula in flumine publico proxima tuo fundo nata* nur eine Insel verstanden werden, welche nicht *mediam partem fluminis tenet,* sondern *alteri parti* bezw. dem an diesem einen Ufer belegenen Grundstück *proximior est;* und in § 3 eod. wird bemerkt, daß in dem besprochenen Fall die *propinquitas,* die Anliegerschaft der ersten Insel, nicht dem hinter ihr liegenden Flußufer zukomme.

Sowie der Teil einer Insel, welcher *excedit regionem praedii mei et procedit contra frontes* meiner Nachbarn, mir nicht zufällt, so kann auch das Grundstück, welches die *frons* der *insula*, d. h. die der betreffenden Flußseite zugekehrte Seite der *insula excedit*, nach welchem die *insula non respicit*, sondern welches seitwärts von oder hinter derselben belegen ist, nicht anteilsberechtigt sein. Mehrere *frontes*, von denen WINDSCHEID spricht, kann weder das Ufergrundstück noch die *insula* haben. Wie nach dem angegebenen Prinzip die Verteilung mathematisch richtig zu bewerkstelligen sei, ist keine juristische, sondern eine mathematische Frage. Ein anderer Zweifel erregender Fall liegt vor, wenn eine Insel in einem Fluß vor dem Ausfluß eines Nebenstroms entsteht,[1] welche nun so belegen ist, daß sie nach derjenigen Flußseite hin, in deren unmittelbarer Nähe sie liegt, nirgends Land vor sich hat. Hat solche Insel in ihrer ganzen nach der betreffenden Flußseite sehenden Ausdehnung kein Ufergrundstück vor sich, so sind auf dieser Seite gar keine anteilsberechtigten Grundstücke, und die Insel muß, wenn sie auch die Mitte des Stroms gar nicht erreicht, doch meines Erachtens den der Insel gegenüberliegenden Anliegern des andern Ufers zufallen, denn die Schranke der Flußmitte für jedes Ufer wird nur durch die Konkurrenz des jenseitigen Ufers bewirkt: wo diese nicht vorliegt, fällt auch jene Schranke fort.

f. Verbindungsfälle.

§ 37. Der Satz *„superficies solo cedit"* wird von den römischen Juristen als ein so selbstverständlicher vorgetragen, er wird von ihnen in Bezug auf die *superficiariae aedes* als etwas *et civili et naturali iure* so fest Begründetes bezeichnet,[2] daß wir, mögen wir denselben als auf juristischer Notwendigkeit oder auf positiver Anordnung beruhend ansehen, nicht zweifeln dürfen, er sei ein sehr alter, unvordenklich früh von den Römern anerkannter und in ihrer Anschauung festgewurzelter. Das über die Oberfläche meines Bodens Hervorragende, mag es in demselben gewachsen oder in denselben mechanisch festeingefügt sein, wird als ein Teil meines Bodens von dem Eigentumsrecht an demselben ergriffen. Nach DEGENKOLBS[3] Meinung soll ein Zweifel, ob der Satz trotz seines angeblichen Ursprungs aus dem *ius naturale* bei den Römern zu allen Zeiten gegolten habe und in allen seinen Konsequenzen jederzeit festgehalten worden sei, aus dem Sakralrecht entstehen, denn, wie es scheine, hätten Boden und Gebäude einer gesonderten Konsekration unterlegen. Dieser Zweifel beruht auf einer Verwechselung der Hegung des für das heilige Gebäude bestimmten Platzes zu einem *templum*, welche durch die Auguren geschah, und der *consecratio* des hergestellten Gebäudes durch die bezw. unter Konkurrenz der *pontifices*.[4] Die *consecratio* geschah natürlich erst nach Herstellung des

[1] Vorausgesetzt wird, daß die Insel ganz im Bereich des Hauptflusses liegt. Liegt sie teilweise im Bereich des Haupt-, teilweise des Nebenflusses, so sind für den in dem Bereich des Nebenflusses liegenden Teil der Insel nur die Ufer des Nebenflusses als anteilsberechtigt zu betrachten. Anderer Ansicht ist SPIEGELBERG, Eigentumserwerb an Flußinseln (Rostock 1886) S. 29 f. Er sagt, es sei immerhin zu bedenken, daß bei der Mündung des Nebenflusses drei Ufer zusammenträfen, die größere Nähe habe zu entscheiden, an welches der drei Ufer die Insel bezw. die Inselteile fielen. Allein für die ganz dem Hauptfluß angehörende Insel können unmöglich die Ufer eines andern Flusses, des Nebenflusses in Betracht kommen.

[2] L. 2 D. de superfic. 43, 18.

[3] Platzrecht u. Miete S. 122 ff.

[4] Serv. ad Aeneid. I, 446.

Gebäudes, ergriff dann aber nicht bloß die *superficies*, sondern auch das *solum*. Nach Zerstörung des Gebäudes blieb dann doch der Bauplatz *sacer*,[1] und man mußte konsequenterweise annehmen, daß das wiederhergestellte Gebäude von der fortdauernden *religio* des Bodens ergriffen wurde, also keiner erneuten Konsekration bedurfte. Gefragt werden muß weiter, ob schon das Recht der Republik einen Unterschied machte zwischen der Wirkung des Einpflanzens und des Bauens auf fremdem Boden. Nach dem Recht der Kaiserzeit geht das Eigentumsrecht an dem, was in fremden Boden verpflanzt ist, sobald es mit diesem Boden verwachsen ist, definitiv unter,[2] es lebt nicht etwa bei späterer Lostrennung vom Boden wieder auf. Wird aber auf fremdem Boden ein Gebäude errichtet oder doch dem Grundeigentümer nicht gehöriges Material in solches Gebäude eingebaut, so geht das bisherige Eigentum daran nicht unter, es kann nur während der Dauer der Verbindung nicht geltend gemacht werden, wohl aber nach erfolgter Loslösung.[3] Man hat gemeint,[4] diese Unterscheidung sei nicht von alters her gemacht, sie sei nicht naturwüchsig, sondern ausgeklügelt; ein praktisches Bedürfnis, welches, wo Trennung physisch möglich, dazu nötigte, sie in dem einen Fall auszuschließen, in dem andern zuzulassen, sei nicht vorhanden. Die Behandlung, welche das Recht an der Accession aufrecht erhalte, entspreche einem stark entwickelten Respekt vor dem Eigentum, wie ihn namentlich das ältere römische Recht zeige. Die Vorschrift der zwölf Tafeln über das *tignum aedibus vineave iunctum* erscheine als ein Ausweg, um die in den fraglichen Fällen besonders hervortretenden praktischen Unzuträglichkeiten zu mildern, welche aus der Anerkennung des fortbestehenden Eigentums an dem Baumaterial entsprängen. Wenn man hier, wo die Nützlichkeit so dringend zur Annahme des definitiven Rechtsverlustes an dem Nebenteil aufgefordert habe, diesen Weg nicht gewählt habe, so sei dies nur erklärlich, wenn er damals auch in keinem andern Fall bekannt gewesen sei. Man müsse es daher als sehr wahrscheinlich bezeichnen, daß „ebendieser Weg und sonach überhaupt die Unterscheidung der beiden Gruppen erst der Aufnahme der stoischen Körperlehre“ ihren Ursprung verdankten. Mir scheint, daß man die römischen Juristen doch gar zu niedrig taxiert, wenn man ihnen aufbürdet, eine lediglich theoretisch ausgeklügelte Unterscheidung, welche praktisch gar nicht empfehlenswert gewesen, bloß aus Hinneigung zur stoischen Lehre angenommen und danach die Fortdauer des Eigentums an der Accession gerade in dem Falle beibehalten zu haben, wo die Nützlichkeit so dringend zur Annahme des definitiven Rechtsverlusts an dem Nebenteil aufgefordert haben soll. Das könnte man allenfalls doktrinären Theoretikern, nicht aber Juristen, von welchen die hervorragendsten als Respondenten in Ansehen standen, verzeihen. Die Behauptung, daß die Unterscheidung eine ausgeklügelte sei, könnte man wohl eher selbst als erklügelt bezeichnen. Daß eine Sache, welche mit einem Grundstück zusammengewachsen, durch die Kräfte der Natur selbst innig mit ihm verbunden wurde, in einer viel durchgreifendern, sie selbst als das bisherige Ding absorbierenden Weise in demselben aufgegangen ist, als die Sache, welche nur äußerlich in ein Grundstück, wenn auch noch so fest, durch menschliche Thätigkeit eingefügt ist, leuchtet meines Erachtens auch dem natürlichen, praktischen Verstande ein.

---

[1] L. 6 § 3 D. de div. rer. 1, 8. L. 73 D. de contr. emt. 18, 1 (Vat. Fr. § 5).
[2] L. 26 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. [3] L. 7 § 10 D. eod. tit.
[4] Göppert, Über einheitliche, zusammengesetzte u. Gesamt-Sachen S. 90 ff.

Danach meine ich, daß man jenen Unterschied schon zur Zeit, als die zwölf Tafeln ihre Bestimmung über das *tignum aedibus vineave iunctum* aufstellten, gemacht habe. Wäre es nicht der Fall gewesen, so würde jene Gesetzgebung wohl auch eine entsprechende Bestimmung für den Fall, daß fremde Reben in einen Weinberg verpflanzt waren und dort Wurzeln geschlagen hatten, getroffen haben; denn durch die Loslösung würde die Kultur der Weinberge natürlich ebenso gestört sein, wie durch Loslösung der *tigna vineae juncta*. Daß es nicht geschehen, zeigt, daß solche Bestimmung unnötig war: das Eigentum an der in fremden Weinberg verpflanzten und dort festgewurzelten Rebe lebte nach Loslösung nicht wieder auf. —

Die XII Tafeln bestimmten nach Fest. p. 364 M.: *Tignum iunctum aedibus vineave e concapi* (die Handschriften *et concapit*) *ne solvito*. *Tignum* erklären die späteren Juristen für *omnis materia, ex qua aedificia fiunt*. Die XII Tafeln haben es aber noch in dem engern, gewöhnlichen Sinne von Holz, Balken oder Baumstamm verstanden. Jene weitere Bedeutung beruht erst auf einer ausdehnenden Interpretation, wie auch daraus hervorgeht, daß das Wort in dieser weitern Bedeutung nur in der juristischen Sprache vorkommt. Daß es bei dieser Ausdehnung nicht ohne Meinungsdifferenz abgegangen ist, deutet Ulpian durch sein *„ut quibusdam recte videtur“* (l. 7 pr. D. ad exhibendum 10, 4), *„quidam aiunt“* (l. 1 § 1 D. de tigno iuncto 47, 3) an. Daß Dachziegel, *tegulae*, welche nur *adfixae* oder gar nur *positae* waren, unter den Begriff des *tignum iunctum* fielen, scheint als Gegenstand des Zweifels nicht unmöglich; denn unter dem *iungere* denken sich die XII Tafeln ein derartiges Verbinden oder Einfügen, daß das in Verbindung Gebrachte von anderen Bestandteilen umfaßt wird: sie verbieten ja das *solvere e concapi*, d. h. Loslösen aus einer Umfassung, Einfassung. Durch die Ausdehnung der Bedeutung des *tignum* auf solche Dinge, wie Dachziegel, war geboten, daß man auch das *iungere*, welches die XII Tafeln als ein *includere* sich gedacht hatten, in dem weitern Sinne eines *affigere, vincire* nahm; und daß auch dies geschehen, zeigen Ulpians Worte in l. 1 § 1 D. de tigno iuncto 47, 3: — *nec enim parci opertet ei, qui alienam rem aedificio inclusit vinxitae*. Fraglich ist, wer als Subjekt zu *ne solvito* zu denken sei. Nach Donellus[1] soll sich das *solvere* nur auf den vindizierenden Kläger (den *dominus materiae*) beziehen können. Nach anderer Meinung[2] soll das *solvere*, welches nur die Folge der *actio ad exhibendum* statt der Klage selbst bezeichne, ein Verbot der Selbsthilfe enthalten (*ne eximeret ipse vi et manu*). Ein Verbot der Selbsthilfe wäre hier gewiß nicht erforderlich gewesen. Meines Erachtens ist Subjekt zu *ne solvito* der Eigentümer des Hauses oder Weinbergs, das *tignum* ist als *alienum* zu denken, nicht die *aedes vineave* als *alienae*, der Hauseigentümer soll nicht das eingebaute *tignum* wieder loslösen müssen. Daß die römischen Juristen so die Bestimmung verstanden haben, zeigt die Erläuterung in § 29 I. de rer. div. 2, 1 (übereinstimmend mit l. 7 § 10 D. de a. r. d. 41, 2): — *propter legem XII tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis iniunctum eximere cogatur*. Als Motiv der Bestimmung wird uns von den Juristen richtig angegeben, es solle der Hauseigentümer nicht, um einzelnes Material herausgeben zu können, genötigt werden, sein Haus (ganz oder teilweise) wieder ein-

[1] Comment. de i. c. ed. IV C. Bucher c. 33, S. 531.

[2] J. Schumacher, Über *tignum* und *tignum iunctum* (Bonner Inauguraldissertation 1882) S. 37, A. 1.

zureißen (vgl. l. 1 pr. D. de tigno iuncto 47, 3: *ne aedificia sub hoc praetextu diruantur*; § 29 I. cit.: *ne aedificia rescindi necesse sit*). Über Fortdauer oder Nichtfortdauer des Eigentums an dem eingebauten *tignum* sagt die Zwölftafelbestimmung nichts, aber auch in dieser Richtung erläutern die Juristen der Kaiserzeit den juristischen Gedanken des Gesetzes zutreffend, wenn auch ihre Ausdrucksweise eine verschiedene ist. Nach Gaius in l. 7 § 10 D. cit. hat der, welcher Eigentümer der *materia* gewesen, durch das Einbauen nicht aufgehört es zu sein, sondern kann nur einstweilen wegen der Bestimmung der XII Tafeln weder vindizieren noch auf Lostrennung klagen. Wenn aber das Gebäude aus irgend einem Grunde zerstört ist, kann der Eigentümer sein nun wieder losgelöstes Material vindicieren. Paulus in l. 98 § 8 i. f. D. de solut. 46, 3 geht von der Betrachtung aus, daß das in ein Gebäude verbaute Material noch existiere (als selbständige Sache, wenn auch in Verbindung mit einer andern). Dann fährt er fort: *denique lex duodecim tabularum tignum aedibus iunctum vindicari posse scit, sed interim id solvi prohibuit pretiumque eius dari voluit.* Hier darf gewiß nicht mit Schöll statt *scit sci(vi)t* gelesen werden, denn es soll nicht eine Anordnung der XII Tafeln, sondern der juristische Gedanke, von welchem sie ausgegangen sind, angegeben werden. Der Gesetzgeber, meint Paulus, wußte, daß, da das eingebaute *tignum* noch als solches existiere, das Eigentum daran durch die Verbindung nicht untergegangen war, also daß das *tignum* (nach erfolgter Lösung) vindiciert werden könne, aber er verbot die Loslösung und machte dadurch einstweilen die Vindikation unmöglich. Der Gesetzgeber hat also, worin er doch ein Vorbild sein möchte für moderne Kodifikationen, sich gehütet, Rechtswahrheiten in seinen Aussprüchen hinstellen oder sie gar aufheben zu wollen. Daß das Eigentum an dem in dem Gebäude fortexistierenden *tignum* nicht untergehe, ist eine Rechtswahrheit, welche der Gesetzgeber weiß, *scit*, aber nicht *sciscit*, feststellt. Die aus dieser Rechtswahrheit sich ergebende Konsequenz aber, daß Loslösung der Sache verlangt werden konnte, gefiel dem Gesetzgeber aus dem früher bezeichneten praktischen Grunde nicht: er ordnete daher an, daß der Hauseigentümer zu dieser Loslösung nicht gezwungen werden solle. Aus dem Verbot des *solvere* können wir auch das in Bezug auf das Recht zur Zeit der XII Tafeln entnehmen, daß, abgesehen von dem Verbot, der *dominus materiae* zunächst das *exhibere* des *tignum* verlangen konnte bezw. mußte, ehe er die *rei vindicatio* anstellen konnte. Solange es mit dem Gebäude verbunden, in dasselbe eingeschlossen war, hatte es keine solche faktische Existenz für sich, welche es ermöglicht hätte, die Sache für sich vorzuzeigen und herauszugeben. Vor der Trennung fehlte es allerdings an der *facultas restituendi*, was Demelius[1] mit Unrecht in Abrede stellt. Der Hauseigentümer hätte das *tignum* vor der Loslösung nur mit dem Haus restituieren können, wozu er natürlich nicht verpflichtet war. Es bedurfte daher keines besondern Verbots der Vindikation, diese verbot sich während der Verbindung des *tignum* mit den *aedes* von selbst, es bedurfte nur eines Verbots des *solvere*, der *actio ad exhibendum* oder wie der betreffende Antrag an den Magistrat zur Zeit der zwölf Tafeln sonst geheißen haben mag. Bezüglich des *tignum vinea iunctum* reichte man aber damit nicht aus. Es wurde von Zeit zu Zeit nötig, die in die *vinea* eingefügten Pfähle, Stangen u. dgl. zum Zweck der Reinigung des Weinbergs aus demselben herauszunehmen, also vorübergehend von demselben zu lösen. Nach

[1] Die Exhibitionspflicht S. 103.

dieser Loslösung hätte der Vindikation der fremden eingefügten *tigna* kein faktisches Hindernis mehr im Wege gestanden, es bedurfte eines besondern Verbots, daß die Pfähle, solange sie der Reinigung der *vinea* halber herausgenommen wären, vindiciert würden. Von diesem Verbot sind uns in den von Fest. p. 348 M. mitgeteilten Worten: — *Quandoque sarpta, donec demta erunt*, Reste erhalten. In den auf das *tignum iunctum* bezüglichen Stellen der Juristen tritt der Gegensatz dieses nur für die *vinea* geltenden Vindikationsverbots zu dem für *aedes* und *vineo* aufgestellten Solutionsverbot nicht mehr klar hervor. Klar träte die Unterscheidung bei Ulpian hervor in l. 1 pr. D. de tigno iuncto 47, 3: *Lex XII tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare*, wenn in seinem Sinne das *vindicare* nur auf das *tignum vineis iunctum* zu beziehen wäre; Bedenken muß aber doch erregen, daß die vorübergehende Lösung des *tignum* von der *vinea* gar nicht erwähnt wird. Man kann sich kaum der Vermutung erwehren, daß hier Streichungen der Kompilatoren die Unterscheidung in den Erörterungen der Juristen verwischt haben. Die besondere Bestimmung bezüglich der *vinea* hatte ja den Zweck, *ne vinearum cultura turbetur*. Möglich wäre, daß man später, als Italien das erste Weinland der Welt geworden war, ja die Produktion übermäßig gesteigert wurde, solchen besondern Schutz der Weinkultur nicht mehr für nötig hielt und so jene Bestimmung abkam.

Mit dem bisher betrachteten Verbot der XII Tafeln, den Eigentümer eines Gebäudes oder Weinguts zur Loslösung des eingefügten fremden Materials zu zwingen, hängt die auf dieselbe Gesetzgebung zurückgehende *actio de tigno iuncto* zusammen. Dem Eigentümer des eingefügten Materials ist durch das Gesetz ein Anspruch auf das Doppelte des Werts des eingefügten Materials gewährt. Es besteht aber bis heute noch eine Meinungsverschiedenheit darüber, ob nur wegen entwendeten Materials, *tignum furtivum*, oder auch wegen nicht furtiven Materials, also auch wegen irrtümlich verbauter *tigna* auf das *duplum* geklagt werden könne. Für die erstere Ansicht ist schon von anderen[1] die Stellung des Digestentitels *de tigno iuncto* zwischen Titeln, welche den Diebstahl behandeln, geltend gemacht worden. Die Digesten folgten darin aber nur dem Vorgange des Sabinussystems und des Julianischen Edikts, denn nach l. 1 u. 2 D. de tigno iuncto 47, 3 behandelte Ulpian die Klage im 37. Buche *ad Edictum* und im 42. *ad Sabinum*, Bücher, in denen er vom *furtum* handelte.[2] Da die *actio de tigno iuncto* schon im Sabinussystem bei der Lehre vom *furtum* abgehandelt wurde, so kann wohl kein Zweifel darüber bestehen, daß diese ihre Stellung im System des Civilrechts eine von alters her überkommene war. Wenn die XII Tafeln Loslösung jedes *tignum aedibus vineave iunctum*, nicht bloß des *furtivum* verboten, so ist damit nicht gesagt, daß sie unsere *actio* wegen jedes solchen *tignum* gewährten. In der *ex professo* von unserer *actio* handelnden l. 1 D. h. t. sagt Ulpian ausdrücklich: — *in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat (sc. lex duodecim tabularum) actionem.* Danach gaben die XII Tafeln die *actio* nur gegen den, welcher selbst die Einfügung des fremden *tignum* in das Gebäude vorgenommen hatte. Auf diesen Fall ist aber die *actio* nicht beschränkt geblieben: sie ist erweitert worden, und zwar nicht etwa erst durch

---

[1] Huschke, Ad leg. XII tab. de tigno iuncto commentatio p. 6. Vangerow, Pandekten I, § 300, Anm. Pernice, Labeo II, S. 149, A. 4.

[2] Vgl. Lenel, Palingenesia II, p. 679 u. 1168.

das prätorische Edikt, denn von einer *utilis* oder *in factum actio* ist hier nirgends die Rede, sondern wohl schon durch die alte, sich an die Gesetzgebung der XII Tafeln anschließende *interpretatio*. Wie diese das *tignum* in sehr ausgedehntem Sinne verstand, wie sie unter das *iungere* nicht bloß das *includere*, sondern auch das *vincire* subsumierte, so hat sie auch bezüglich der Person des zu Belangenden eine Ausdehnung vorgenommen: sie ließ die Klage zu auch gegen den, welcher ein in sein Haus eingebautes *tignum furtivum bona fide* besaß. Es erschien gerecht, daß auch er dem Eigentümer des *tignum*, welcher, obwohl es ihm entwendet war, nicht auf Loslösung klagen konnte, das Doppelte des Werts ersetze. Weiter aber ist meines Erachtens die Ausdehnung der Klage nicht gegangen, an dem objektiven Erfordernis der Furtivität des eingebauten *tignum* hat man festgehalten. Paulus spricht in l. 63 D. de don. int. v. e. u. 24, 1 mit Entschiedenheit aus, daß mit der *actio ex lege XII tabularum* nur wegen *tignum furtivum in duplum* geklagt werden könne. Wenn mehrere Stellen wegen jedes *tignum alienum aedibus iunctum* die Klage *in duplum* zu gewähren scheinen, wie l. 7 § 10 D. de a. r. d. 41, 1 (§ 29 I. de r. d. 2, 1); l. 23 § 6 D. de r. v. 6, 1; l. 6 D. ad exhib. 10, 4; l. 98 § ult. D. de solut. 46, 3, so ist das eben nur Schein.[1] Diese Stellen beschäftigen sich zunächst und *ex professo* mit der Bestimmung der XII Tafeln, wonach der Eigentümer nicht zur Loslösung des in sein Haus verbauten fremden Materials gezwungen werden soll, und diese war für *tignum alienum* unbedingt, nicht bloß für *tignum furtivum* aufgestellt, die Zulässigkeit der *actio in duplum* wird nur anhangsweise kurz erwähnt, ohne näher auf dieselbe einzugehen. Der Versuch des Neratius, die *actio de tigno iuncto* in einem Falle, in welchem es keine andere Klage gab, auch wegen *tignum*, welches kein *furtivum* war, zuzulassen, wird von Paulus in l. 63 D. cit. entschieden abgewiesen. Der Eigentümer von verbautem nicht furtivem Material war ursprünglich schutzlos. Später dürfte ihm, da er doch seine *rei vindicatio* während der Dauer der Verbindung eingebüßt hatte, eine *condictio* oder eine *in factum actio* auf den einfachen Wert des verbauten Materials gegen den Eigentümer des Hauses gegeben sein. Denkbar wäre aber auch, daß der Mangel einer Klage auf Entschädigung wegen verbauten nicht furtiven Materials bis zu Justinian und in dessen Recht fortgedauert hätte.

Die besonderen für den Erwerb eines in einem Grundstück entdeckten *thesaurus* geltenden Rechtssätze sind wohl erst in der römischen Kaiserzeit aufgekommen, fallen also noch nicht in den Bereich unserer Betrachtungen. Es scheint, als hätten die republikanischen Juristen den in einem Grundstück befindlichen *thesaurus* als eine *accessio* des Grundstücks angesehen. Dafür spricht die in l. 3 § 3 D. de a. v. a. p. 41, 2 erwähnte Ansicht des Brutus et Manilius: *eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse;* dafür auch die Äußerung des Callicles bei Plaut. Trin. I. 2, 140 ff.:

An ego alium dominum paterer fieri hisce aedibus?
Qui emisset, eius essetne ea pecunia?
Emi egomet potius aedis: argentum dedi
Thensauri causa, ut salvum amico traderem.

[1] Anderer Ansicht namentlich Windscheid, Pandekten I, § 188, A. 16.

Für eine Ermittelung, wie weit die Lehre vom Einfluß der Verbindung beweglicher Sachen mit anderen beweglichen Sachen und die dabei in den Erörterungen der Juristen der Kaiserzeit hervortretenden Unterschiede schon in die republikanische Zeit zurückreichen und von den Juristen der republikanischen Zeit vorbereitet sind, dafür fehlt es an Quellenmaterial. Schon Servius aber wird neben Labeo von Prokulus als Autorität für den praktisch geltenden Satz *(Proculus indicat hoc iure nos uti)* angeführt: *in quibus propria qualitas (ex)spectarectur, si quid additum erit toti cedit.*[1] Und so wird man wohl mit der Annahme, daß die von den Juristen der Kaiserzeit vorgetragenen Sätze in ihren Grundzügen ihnen von der republikanischen Jurisprudenz überliefert waren, von der Wahrheit nicht weit abirren.

C. Der Schutz des Eigentums.

1. Materielles Recht der *rei vindicatio.*

§ 38. Die verschiedenen prozessualischen Gestalten der zum Schutz des Eigentums bestimmten *rei vindicatio* darzulegen, gehört der Darstellung des Civilprozeßrechts an. Hier aber schon ist auf das materielle für diese *actio* geltende Recht einzugehen. Sowohl das an die *legis actio sacramento in rem,* wie das an das *in rem agere per sponsionem* sich anschließende *iudicium* hatte einen durchaus strikten Charakter: die Centumvirn oder der *iudex* hatten nur die Frage zu prüfen bezw. zu entscheiden, ob das *sacramentum* der einen oder der andern Partei *iustum* oder *iniustum,* bezw. die Sponsionssumme des Beklagten oder die Restipulationssumme des Klägers verfallen sei, und *implicite,* ob die Rechtsbehauptung bezw. der Widerspruch der einen oder andern Partei begründet sei. Etwaige Schätzungsfragen konnten nicht in diesem *iudicium,* sondern erst in einem auf dasselbe folgenden *arbitrium* in Betracht kommen. Bei dem Sakramentsverfahren mußte die Partei, welcher die *vindiciae,* d. h. der interimistische Besitz der streitigen Sache für die Dauer des Prozesses, durch den Magistrat erteilt waren, dafür der andern Partei *praedes litis vindiciarum* stellen. Diese andere Partei sollte gesichert sein, daß ihr für den Fall ihres Sieges das Streitobjekt unverschlechtert herausgegeben und wegen der von dem Zwischenbesitzer während der Dauer des Prozesses gezogenen Früchte Ersatz geleistet werde. Die Fruchtersatzfrage konnte nach Beendigung des Hauptprozesses noch die Einsetzung eines *arbitrium* veranlassen, über welches sich eine ausdrückliche Bestimmung in der Zwölftafelgesetzgebung fand. Die sich darauf beziehende lückenhafte Stelle des Festus s. v. *vindiciae* lautet: *Si vindiciam falsam tulit, sive litis . . . tor arbitros tres dato, eorum arbitrio . . . fructus duplione damnum decidito.* Nach l. 9 § 7 D. ad exhib. 10, 4: — *ita ut fructus secundum legem aestimentur* ist es nicht unwahrscheinlich, daß in unserer Zwölftafelbestimmung für die Schätzung der Ausdruck *aestimare* gebraucht war. Es möchte darum zu lesen sein: *ei (sc. vindiciae) aestimandae praetor arbitros tres dato.* Sachlich kann ja kein Zweifel darüber sein, daß der unterliegende Zwischenbesitzer der andern Partei das Doppelte des von den drei *arbitri* abzuschätzenden Wertes der inzwischen gezogenen Früchte ersetzen sollte. Ersatz irgend welcher vor dem Prozeßbeginn gezogenen Früchte kam bei diesem Verfahren nicht in Betracht. Bei dem *in rem agere per sponsionem* trat an die Stelle der *praedes litis*

[1] L. 26 pr. D. de a. r. d. 41, 1.

vindiciarum die *stipulatio pro praede litis vindiciarum (in locum praedium successit).*[1] Daß der Inhalt dieser *stipulatio* sich von dem Inhalt der Verpflichtung der *praedes* irgendwie unterschieden habe, wird nirgends angedeutet. Sie hatte auch den Inhalt, daß der Besitzer im Fall seines Unterliegens dem Kläger das Streitobjekt unverdorben herausgeben bezw. Ersatz leisten und das Doppelte der seit der Litiskontestation gezogenen Früchte ersetzen werde.[2] Der erste Teil dieses Inhalts wird durch die hier ganz klare Angabe der sonst verworrenen Stelle des Ps. Ascon. in Verr. II, 1, 45 § 114 bezeugt: — *et ideo, qui eam tenet, dat pro praede litis vindiciarum adversario suo, quo illi satisfaciat nihil se deterius in possessione facturum, de qua iurgium esset* —. Den zweiten angegebenen Bestandteil der *stipulatio pro praede litis vindiciarum* bezeugt ein anerkanntermaßen auf dieselbe bezüglicher § der *sententiae* des Paulus, nämlich V, 9 § 2: *Ex die accepti iudicii dupli fructus computantur.*[3] Die Bedingung aber dieses Versprechens der Restitution der streitigen Sache und des *duplum* des Wertes der gezogenen Früchte konnte nur dahin lauten, daß das Urteil zu Gunsten des Klägers, des *stipulator,* ausgefallen sein werde.[4]

Einen wesentlichen Fortschritt hat auch das materielle Recht der *rei vindicatio* seit dem Aufkommen der *formula petitoria* gemacht. Während bei dem *in rem agere per sponsionem* das *iudicium* es noch nur mit der Entscheidung der Rechtsfrage zu thun hatte, haben die *formula petitoria* und das sich daran anschließende *iudicium* einen freiern Charakter angenommen. Fassen wir zu-

---

[1] Cic. in Verr. II, 1, 45 § 115. Prob. 5, 22: P. P. L. V. = *pro praede litis vindiciarum* Gai. IV, 91. 94. fr. Vat. 336.

[2] Lenel, Das Ed. perp. S. 409 ff. glaubt, von den beiden Büchern des Ulpianischen Ediktskommentars, in welchen die Kompilatoren den Ulpian von der *cautio iudicatum solvi* handeln ließen, nämlich lib. 77. 78, könnten lib. 77 bezw. die daraus in die Digesten aufgenommenen Stellen mit Gewißheit für die *cautio pro praede litis vindiciarum* in Anspruch genommen werden. Es ergebe sich aus den zweifellos auf die *cautio iudicatum solvi* gehenden, offenbar einleitenden Worten des Juristen in Ulp. 78 l. 6 D. i. s. 46, 7 *(Iudicatum solvi stipulatio tres clausulas in unum collatas habet: de re iudicata, de re defendenda, de dolo malo),* daß derselbe die *cautio iudicatum solvi* erst in l. 78 behandelt habe. Indessen die Worte der l. 6 cit. brauchen nicht notwendig die die ganze Erörterung der *cautio iudicatum solvi* einleitenden gewesen zu sein, sie können irgend einem andern Zusammenhange entnommen sein, z. B. der Besprechung der *clausula doli* vorausgeschickt sein. Es ist durchaus unwahrscheinlich, daß die Darstellung der *cautio pro praede litis vindiciarum* in dem Ulpianischen Ediktskommentar einen ebenso breiten Raum eingenommen habe, als die der *cautio iudicatum solvi.* Wäre Lenels Annahme richtig, so würden nach Ausweis seiner Palingenesia p. 869 sqq. viel mehr und umfangreichere Stellen aus dem die *cautio pro praede litis vindiciarum,* als aus dem die *cautio iudicatum solvi* behandelnden Buche in die Digesten aufgenommen sein (aus lib. 77 1697—1706, aus lib. 78 nur 3, nämlich 1707—1709), welches auffallende Mißverhältnis schon allein Lenels Annahme widerlegt. Daß Ulpian im 77. Buche auch die *stipulatio pro praede litis vindiciarum* behandelt habe, leugne ich nicht, aber den größten Teil dieses Buches muß die Erklärung der *cautio iudicatum solvi* eingenommen haben. Damit fällt aber die ganze Grundlage für die Annahme, daß die *stipulatio pro praede litis vindiciarum* bereits die drei Klauseln enthalten habe.

[3] Nicht auf die *stipulatio pro praede litis vindiciarum,* sondern auf die Kaution, welche der unter einer Bedingung eingesetzte, dem die *bonorum possessio secundum tabulas* erteilt ist, dem Substituten zu stellen hat, bezieht sich Paulus V, 9 § 1; doch hat diese Kaution allerdings einen mit dem der *stipulatio pro praede litis vindiciarum* verwandten Inhalt. Die *Litterae singulares* (Einsidl. 52): *D. D. D. = deinde deperit deminutum* gehören der Kaution jenes Erben, nicht der *stipulatio pro praede litis vindiciarum* an, wie die vorhergehenden und nachfolgenden *Litterae singulares* zeigen. Das *deinde* in dem Satz: *si quid deinde deperierit, deminutum erit* heißt also: *ex die interpositae stipulationis.*

[4] L. 158 D. de v. s. 50, 16.

nächst die *lis*, das Streitobjekt, selbst ins Auge, so wurde dies ebensowenig bei dem Sakramentsprozeß wie bei dem Sponsionsverfahren in dem Urteil zu Geld abgeschätzt. Erst nachträglich mußte es, wenn die unterliegende Partei nicht freiwillig die von ihr besessene Sache herausgab, zu einer Abschätzung des Streitobjekts zu Geld kommen. Anders gestaltete sich die Sache bei der *formula petitoria*. Hier sollte der *iudex*, falls er in der Rechtsfrage zu Gunsten des Klägers urteilen mußte, das Streitobjekt zu Geld abschätzen und den Beklagten auf Geld kondemnieren, wenn der Beklagte nicht dem *arbitratus* des *iudex* gemäß das Streitobjekt dem Kläger restituieren werde, die Abschätzung sollte also dem Urteil vorausgehen, ihm nicht erst nachfolgen, der Abschätzung aber erst der die Naturalrestitution dem Beklagten ansinnende *arbitratus iudicis* vorausgehen. Welche Nachteile die Nichtbefolgung des *arbitratus* dem Beklagten brachte, ist in diesem Zusammenhange nicht darzulegen. Wohl aber ist hier darauf hinzuweisen, welche Erweiterung das materielle Recht der *rei vindicatio* dadurch, daß dem *iudex* bei derselben ein freieres Ermessen, ein erweitertes *officium* zugestanden war, erfahren hat. Das *officium* des *arbiter* oder der *arbitri* in dem der Sakramentsvindikation und dem *in rem agere per sponsionem* nachfolgenden *arbitrium* hatte sich nicht auf Vorgänge vor der Litiskontestation erstreckt; dagegen in den Bereich des *officium* des durch die *formula petitoria* eingesetzten *iudex* fielen auch Vorgänge vor der Litiskontestation. Erst bei dieser Figur der *rei vindicatio* kann der Satz aufgekommen sein, daß der *iudex* auch auf Mitherausgabe von vor der Litiskontestation gezogenen bezw. zu ziehenden Früchten erkennen könne, erst bei ihr kann die Berücksichtigung des Unterschieds des *bonae* und *malae fidei possessor* aufgekommen sein. Daß der, *qui dolo desiit possidere*, mit *rei vindicatio* belangt werden kann, reicht zwar in republikanische Zeit zurück,[1] kann aber erst, soweit die *rei vindicatio* in Betracht kommt, für die *formula petitoria* geltend geworden sein. Unzweifelhaft war also, auch was das materielle Aktionsrecht anlangt, mit der Aufstellung der *formula petitoria* ein eminenter Fortschritt gemacht.

2. *Actio ad exhibendum.*

§ 39. Um über dieses vor anderen interessante Klagegebilde eine der Wahrheit möglichst nahe kommende Vorstellung uns zu verschaffen, sollen zunächst die materiellen Bedingungen desselben angegeben werden. Der mit dieser *actio* geltend zu machende Anspruch ist gerichtet auf ein *exhibere* einer oder mehrerer körperlicher und zwar beweglicher Sachen. *Exhibere*[2] ist Gewährung körperlicher Gegenwart der Sache, zur Stelle schaffen derselben in körperlicher Selbständigkeit oder Gewährung freien Zustritts zu derselben, so daß der Desiderant sich von ihrer Beschaffenheit durch Augenscheinseinnahme überzeugen und das Interesse, auf Grund dessen er die Exhibition verlangt, geltend machen kann, insbesondere um die hinter dem Exhibitionsverlangen stehende Klage auf Herausgabe der oder einer der zu exhibierenden Sachen anstellen zu können. Wenn das *exhibere* als *facere in publico potestatem* u. s. w. definiert wird, so darf man dieses nicht als ein vor Gericht Stellen der Sache

[1] Labeo hat ihn wohl schon gekannt, wenigstens wendet er ihn bei der verwandten *hereditatis petitio* nach l. 18 pr. D. de h. p. 5, 3 unbedenklich an.

[2] L. 2 D. ad exhib. 10, 4. L. 22 u. l. 246 D. de v. s. 50, 16. L. 3 § 8 D. de homine l. c. 43, 29. L. 3 § 8 D. de tab. exh. 43, 5.

verstehen: es ist nichts weiter, als der Gegensatz des Verborgenhalten, das aus dem Verborgenen Hervorholen, *extra secretum habere*. Befindet sich also die Sache an einem Orte, zu welchem der Eigentümer desselben als solcher den Zutritt gewähren kann, so ist zum *exhibere* das Gewähren des Zutritts erforderlich. Ist sie mit einer andern Sache als deren Teil verbunden, aber so, daß sie durch Lostrennung als die frühere Sache wiederhergestellt werden kann, so ist Lostrennung für das *exhibere* erforderlich. Dieses Exhibitionsverlangen muß sich auf ein Interesse des Klägers an der Exhibition stützen, die *actio ad exhibendum* steht dem zu, *cuius interest exhiberi*.[1] Wie muß dieses Interesse beschaffen sein? Es genügt natürlich kein bloß faktisches Interesse, nicht also das Interesse eines Gelehrten oder Künstlers an der Vorzeigung eines seltenen Buches oder Kunstwerks, noch weniger das Interesse des zur Herausgabe der Sache Verpflichteten, etwa eines *fur* oder *raptor*. Das Interesse muß sich auf eine anerkannte *causa ad exhibendum agendi* stützen. Andererseits dürfen an die Beschaffenheit und den Nachweis dieser *causa* nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden, nicht solche, wie wenn es sich um einen Anspruch auf *restituere* handle. Durch das *exhibere* soll das Objekt noch nicht dem faktischen Machtkreise des zu Belangenden entzogen werden. Einstweilen (*interim*, l. 3 § 10 D. ad exhib. 10, 4) handelt es sich nur um *exhibere*, und zur Begründung solchen Anspruchs braucht man nicht soviel zu verlangen, als zur Begründung eines Anspruchs auf *restituere*: es genügt eine *causa*, welche die Exhibition als billig erscheinen läßt; mehrfach wird auf das *aequum esse exhiberi*, die *aequitas exhibitionis*[2] hingewiesen, die *causa* muß eine *iusta et probabilis* sein.[3] Der *causae ad exhibendum agendi*, welche Exhibition als billig erscheinen lassen, sind, wie Ulpian ausdrücklich sagt, *multae*.[4] Zunächst liegt eine solche *causa* vor für den, welcher eine *in rem actio* auf Herausgabe der Sache hat, vor allem eine *rei vindicatio*, aber auch eine *hypothecaria actio* oder eine *ususfructus petitio*.[5] Wird dann aber für jeden, welcher ebensogut diese *in rem actio* auf Herausgabe der Sache anstellen könnte, eine *iusta causa ad exhibendum agendi* angenommen? Es ist in neuerer Zeit behauptet worden,[6] es sei zur Kennzeichnung, *designatio rei* bei der *actio ad exhibendum* unumgänglich nötig, was auch bei der *rei vindicatio* genüge. Nicht also zum Zweck der Ermöglichung der *designatio*, sondern nur zum Zweck der Konstatierung der Identität der zu vindicierenden Sachen könne die präparatorische Klage dienen. Kläger könne ganz gut imstande sein zum *rem demonstrare ut intelligit possit*, ohne darum überzeugt sein zu können, daß die in den Händen des Gegners befindliche Sache wirklich die von ihm gemeinte und angesprochene sei. Man brauche z. B. nur an Viehstücke zu denken, welche oft nur an angebrachten Zeichen mit voller Sicherheit zu identificieren sein würden. Allein zu welchem Zweck ist denn eine genaue *designatio* in der Formel zunächst der *rei vindicatio* nötig, als des zu führenden Identitätsbeweises halber: der Kläger wird im Fall des Leugnens des Beklagten nachzuweisen haben, daß die genau von ihm nach ihren Merkmalen angegebene Sache in seinem Eigentum und im Besitze des Beklagten sei. Wäre zur *actio ad exhibendum* eine ebenso genaue *designatio* erforderlich, so würde die *actio ad exhibendum* wenig zur Vorbereitung der *rei vindicatio* nützen: sie würde nur ein

[1] L. 3 § 9 D. h. t. [2] L. 3 § 7, § 14 D. h. t. [3] L. 3 § 11 D. h. t.
[4] L. 3 § 1 D. h. t. [5] L. 3 §§ 3 u. 4 D. h. t.
[6] Demelius, Die Exhibitionspflicht S. 32, namentlich S. 66 f.

Versuch sein, wie weit man etwa den zur *rei vindicatio* erforderlichen Beweis zu führen imstande sei. Das von Demelius angeführte Beispiel zeigt, meine ich, schon das Irrige seiner Ansicht. Sind zu vindicierende Viehstücke nur an gewissen angebrachten Zeichen sicher zu identifizieren, so sind diese Zeichen auch in der *designatio* der *rei vindicatio* anzugeben, und wäre zur Kennzeichnung bei der *actio ad exhibendum* ebensoviel nötig, wie bei der *rei vindicatio,* so müßten diese Zeichen auch in der Formel der *actio ad exhibendum* angegeben werden. Man könnte dafür, daß an die *designatio* der *actio ad exhibendum* die gleichen Anforderungen, wie an die der *rei vindicatio* gestellt würden, sich auf Ulpians Worte in l. 3 D. h. t. berufen: *In hac actione actor omnia nosse debet et dicere argumenta rei, de qua agitur,* eine Stelle, die Demelius selbst nicht auf die *designatio* bezieht. Allein nach dem ganzen Zweck der *ad exhibendum actio* ist es unwahrscheinlich, daß die Stelle dieselbe *designatio* für die *actio ad exhibendum* verlangt, welche für die hinter ihr stehende *rei vindicatio* nötig sein wird. Wird doch zum Zweck der Agnition eines *servus,* wegen dessen That der Verletzte die Noxalklage anstellen will, die *actio* auf das *exhibere* einer ganzen *familia* zugelassen, und zwar *ad designandum eum, cuius nomine noxali quis agit,*[1] also zu dem Zweck, um den Sklaven, dessen *noxae deditio* eventuell in Frage kommt, in der Noxalklage gehörig designieren zu können. Das soll allerdings nur *ex causa,* nach Befinden der Umstände, also nach näherer *causae cognitio* des Magistrats gestattet werden, aber wir können doch daraus entnehmen, daß die *actio ad exhibendum* zum Zweck der Ermöglichung der Designation der Sache für das *iudicium directum* stattfindet. Warum sollte nicht, auch wenn es sich um Exhibition nur einer Sache handelt, diese zum Zweck der *designatio* für die Hauptklage verlangt werden können? Ulpians Worte verlangen zwar, daß der *actor omnia nosse debet et dicere argumenta rei, de qua agitur;* aber daß die Designation so genau sein müsse, wie zum Zweck der Vindikation, verlangt er damit gewiß nicht. Faktisch möglich wird die Exhibition sein schon auf eine Designation bezw. einen Identitätsbeweis hin, der weniger genau ist, als wie er für die *rei vindicatio* genügen würde. Verlangt nicht die *aequitas,* daß man es, da es sich nur um Exhibition handelt und dieselbe dem Kläger vielleicht erst die Designation in der für die *rei vindicatio* erforderlichen Genauigkeit ermöglichen wird, jetzt mit solcher weniger genauen Designation genügen läßt, vorausgesetzt, daß sie nach dem Ermessen des *iudex* hinreichende Anhaltspunkte für die Auferlegung des *iussus de exhibendo* bietet? Meines Erachtens hat also die *actio ad exhibendum* allerdings die Funktion, den Kläger durch Besichtigung der zu exhibierenden Sache in den Stand zu setzen, dieselbe in einer für die *rei vindicatio* genügenden Weise und so designieren zu können, daß er die so designierte als die ihm zugehörige zu erweisen hoffen kann. Keineswegs ist aber die Ermöglichung der Designation für die *rei vindicatio* der einzige Zweck der *actio ad exhibendum:* die Exhibition kann dem Kläger auch ermöglichen sollen, erst durch eine von ihm selbst oder einem Dritten zu treffende Wahl unter den zu exhibierenden Sachen das Eigentum einer derselben zu erwerben oder das bereits vorhandene Eigentumsrecht nicht durch Klage, sondern durch Ansichnehmen der Sache geltend zu machen. *Optandi gratia* kann Exhibition dem Erben gegenüber verlangt werden im Fall einer *optio legata;*[2] *ut tollat,* kann der Eigentümer Exhibition verlangen, dessen Sache auf das Grundstück eines Andern

[1] L. 3 § 7 D. h. t. [2] Vgl. nur l. 3 § 6 D. h. t.

geraten ist und dort liegt.[1] Wieder in anderen Fällen verlangt der Eigentümer der mit einer andern Hauptsache als deren Teil verbundenen Sache Exhibition, um durch Trennung wieder die frühere Selbständigkeit derselben herzustellen und damit sich erst die Möglichkeit einer Vindikation derselben zu verschaffen.

Das Interesse an der Exhibition kann sich aber nicht bloß auf Eigentum, Optionsrecht oder anderes dingliches Recht stützen: auch der durch Interdikt[2] geschützte Besitzer einer beweglichen Sache kann Exhibition verlangen. Jedenfalls das *interdictum utrubi* konnte durch die *actio ad exhibendum* vorbereitet werden; ob noch andere Interdikte, steht dahin. Ferner kann zur Vorbereitung einer *actio noxalis* aus Delikten von Sklaven gegen den Betreffenden, unter dessen Sklaven der Schuldige sich befinden muß, auf Exhibition der gesamten *familia* geklagt werden, damit der Verletzte denselben heraussuchen und bezeichnen könne. Haben mehrere Sklaven, von denen nur einer bekannt ist, ein Delikt begangen, so kann der Verletzte gegen den Herrn dieses auf Exhibition desselben klagen *quaestionis habendae causa*,[3] d. h. um ihn eventuell mittelst Tortur zu verhören und so seine Mitschuldigen von ihm zu erfahren. Schon diese Anwendungen der *actio ad exhibendum* zeigen, daß dieselbe auch auf Grund von *personales actiones* stattfinden konnte, wie denn ja auch Ulpian in der an die Spitze des Titels *ad exhibendum* gesetzten Stelle sagt: *maxime propter vindicationes inducta est.* In l. 12 § 2 D. h. t. sagt nun Paulus, daß auch der *furti agturus ad exhibendum* klagen könne. Demelius[4] meint, die nächstliegende, in jeder Beziehung befriedigende Erklärung dieser Stelle sei die, daß Paulus von *actio furti noxalis* rede. Indessen in der Stelle ist absolut nichts von einem Delikt eines *servus* erwähnt, wie denn auch von einem *furti agere* schlechthin, nicht von *noxalis actio* die Rede ist. Die Bemerkung von Demelius, daß in den Quellen häufig von einer *noxalis actio* die Rede sei, ohne daß diese Qualität besonders bezeichnet sei, trifft nur zu auf Stellen, in denen ausdrücklich von Sklavendelikten die Rede ist. Meines Erachtens leistete die *actio ad exhibendum* für die *actio furti* ganz ähnliche vorbereitende Dienste, wie für die *rei vindicatio.* Es ist bekannt, daß auch in der Formel der *actio furti* die Sache, derentwegen geklagt werden soll, beschrieben werden muß, *ut possit intelligi.*[5] Ist der Bestohlene dazu nicht imstande, weiß aber, daß die Sache sich unter den betreffenden dessen, gegen den er *furti* klagen will, befindet, so kann er auf Exhibition derselben klagen, um die ihm entwendete darunter herauszufinden und für die *furti actio* bezeichnen zu können. Auch in dem gleich darauf erwähnten Falle des *optionis causa ad exhibendum agere* handelt es sich um die Vorzeigung mehrerer Sachen. Von einer auf *plures res* gerichteten *actio ad exhibendum* redet auch l. 11 § 2 D. h. t., ohne daß man darum daran zu denken brauchte, daß auch das *iudicium directum* auf mehrere Sachen sich beziehen solle; denn dann würden mehrere *actiones ad exhibendum* anzustellen sein.

Nachdem die Bedingungen der *actio ad exhibendum* so weit dargelegt, wollen wir fragen, wie die Geltendmachung des Exhibitionsanspruchs sich prozessualisch gestaltete, bezw. welche Anschauung man sich von der *formula* der Klage zu bilden habe. Zunächst ist beiläufig darauf hinzuweisen, daß für das Verlangen der Exhibition gern der Ausdruck: *desiderare* (*rem exhiberi*) gebraucht wird,[6] ein

---

[1] L. 5 §§ 3, 4, 5, l. 9 § 1 D. h. t. [2] L. 3 § 5 D. h. t. [3] L. 20 D. h. t.
[4] A. a. O. S. 149. [5] L. 19 pr. D. de furtis 47, 2.
[6] L. 3 § 5, § 11, § 14, l. 11 § 1 D. h. t. L. 2 D. expil. hered. 47, 19.

Ausdruck, welcher auch sonst von Nachsuchung provisorischer Maßregeln, wie Kautionsstellung, *missio in possessionem* u. dgl., gebraucht wird. Von der Formel der *actio ad exhibendum* ist nur die *condemnatio* durch Gaius IV, 51 bekannt. Dieser sagt hier, sie habe eine *condemnatio incertae pecuniae,* und zwar die *infinita,* wie die *rei vindicatio: quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, N. Negidium A. Agerio condemnato, si non paret absolvito.* Ferner kann man mit völliger Bestimmtheit annehmen, daß dieser *condemnatio* die den *actiones arbitrariae* eigentümliche Klausel vorherging. Im § 31 I. de act. 4, 6 werden diese *arbitrariae actiones* als solche definiert, *in quibus nisi arbitrio iudicis is cum quo agitur actori satisfaciat, veluti rem restituat vel exhibeat* u. s. w. Mit den Worten *vel exhibeat* ist auf die *actio ad exhibendum* hingedeutet, welche dann nachher auch noch besonders aufgeführt wird. Es geht ferner daraus hervor, daß in l. 2 D. de in lit. iurando 12, 3 die *actio ad exhibendum* mit der *rei vindicatio* in Bezug auf die richterliche *aestimatio* einerseits im Falle der *culpa*, andererseits im Falle des *dolus* oder der *contumacia non restituentis vel non exhibentis* zusammengestellt wird. Nicht minder geht es daraus hervor, daß im Titel der Digesten *ad exhibendum* und sonst der *iussus iudicis exhiberi* erwähnt[1] bezw. gesagt wird, die Kondemnation habe zu erfolgen, *nisi restituat* oder *nisi exhibeat.* Es möge dann, bevor wir noch näher auf das Problem, wie wir uns die weitere Gestaltung der Formel der *actio ad exhibendum* zu denken haben, eingehen, zunächst die Frage beantwortet werden, ob dieselbe eine *actio civilis* oder *praetoria* war. Ein völlig entscheidendes äußeres Zeugnis für die Eigenschaft der *actio* als einer *civilis* scheint mir die schon lange dafür angeführte l. 16 D. de praescr. verb. 19, 5 zu sein, denn hier sagt Aristo in einem Falle, in welchem, wenn nicht allein, doch vor allem die *actio ad exhibendum* in Frage steht: *nullam iuris civilis actionem esse (Aristo ait).* Nicht gegen die Eigenschaft der Klage als einer Civilklage spricht eine Auseinandersetzung desselben Aristo in l. 14 § 3 D. eod. tit.: *Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat eamque ego immisso pecore depascam, Aristo scribit, non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim.* Weder die *actio de pastu pecoris* noch die *de pauperie* noch die *de damno iniuria dato* greife hier Platz. Nach dem in l. 9 § 1 D. ad exhib. 10, 4 von Ulpian mitgeteilten und gebilligten Ausspruch des Pomponius steht aber in jenem Fall die *actio ad exhibendum* zu, und darüber wird Aristo nicht anderer Meinung gewesen sein. Man könnte daher annehmen, Aristo habe diese Klage nicht für eine *civilis actio* gehalten, denn, daß er an dieselbe, welche so nahe lag, bei seiner Auseinandersetzung nicht gedacht habe, wie Demelius[2] meint, ist kaum anzunehmen. In Wahrheit konnte er sie aber aus einem andern Grunde nicht erwähnen, denn er spricht nicht von *actiones civiles,* sondern von *actiones legitimae,* d. h. von den unmittelbar auf eine *lex* sich stützenden *actiones civiles:* zu diesen gehörten wohl die *actio de pastu* und *de pauperie,* welche sich auf die *lex XII tabularum* stützten, und die *actio de damno iniuria dato,* welche auf die *lex Aquilia* sich gründete, nicht aber die *actio ad exhibendum,* die wir als ein Produkt der alten Jurisprudenz bezw. *iurisdictio* ansehen dürfen. Den meisten Zweifel hat erregt die Frage, wie etwa die *intentio* der *actio ad exhibendum* gelautet, wie man sich den Exhibitionsanspruch selbst als koncipiert zu denken habe. Demelius[3] hat zu dem, man kann wohl sagen, verzweifelten Ausweg gegriffen, eine *civilis actio* ohne *intentio* anzunehmen. Ihm darin zu folgen, muß abgelehnt

[1] L. 3 §§ 10, 13, l. 12 § 5 D. h. t. [2] A. a. O. S. 21, A. 1. [3] A. a. O. S. 25.

werden, solange eine solche Formelfassung nicht zweifellos nachgewiesen ist. Demelius kann sich meines Erachtens nicht darauf berufen, daß nach Gai. IV, 44: *nihil omnino (demonstratio) sine intentione vel condemnatione valet; item condemnatio sine demonstratione vel intentione.* Danach könnte es scheinen, daß dem Gaius Formeln vorschwebten, welche wohl *demonstratio* und *condemnatio* hatten, aber keine *intentio.* Das würde auch anzunehmen sein, wenn *intentione aut condemnatione* bezw. *demonstratione aut condemnatione* stände. So aber besagt die Äußerung: die *demonstratio* bedeutet nichts ohne die sie ergänzenden Formelteile, magst du *intentio* oder *condemnatio* nehmen; ebenso die *condemnatio* nichts ohne die sie ergänzenden Formelteile, magst du *demonstratio* oder *intentio* nehmen. Dabei muß man berücksichtigen, daß es ihm nur darauf ankommt, hier zu bemerken, daß kein Formelteil, ausgenommen die *intentio,* allein vorkommen könne, sondern nur in Verbindung mit anderen; ob in Verbindung mit einem andern oder zweien oder gar dreien, darauf kommt es ihm hier nicht an, nur das will er betonen, daß sie *nunquam solae inveniuntur.* — Rudorff[1] giebt die *intentio: Quantae pecuniae paret A^i A^i interesse rem de qua agitur sibi exhiberi — — —, tantam pecuniam — condemna* u. s. w. Sie ist, von anderem abgesehen, schon deshalb unmöglich, weil Gaius IV, 51 ja ausdrücklich berichtet, daß die *condemnatio* der *formula a. e.* gelautet habe: *quanti ea res erit tantam pecuniam* u. s. w. Rudorff ignoriert einfach das *quanti ea res erit.* Lenel[2] glaubt die *intentio* erwiesen zu haben: *Quidquid, ut eo nomine recte experiri possit, A^o A^o exhiberi oportet* u. s. w. Gegen die Möglichkeit einer *intentio: Quidquid — oportet* hat Demelius[3] schon im voraus zutreffend eingewandt, sie sei ganz unvereinbar mit der *condemnatio* auf *quanti ea res erit.* An die unbestimmte *intentio: Quidquid paret* schließt sich die *condemnatio* mit *eius — condemna.* Dieses *eius* bedeutet nicht, wie Lenel meint, deswegen, es versieht nicht bloß eine rekapitulierende Funktion, denn dann würde ja die *condemnatio* keine *pecuniaria* sein; es ist auch nicht *pecuniam* dazu zu ergänzen. Es ist vielmehr einfach der Genitiv des Preises, der hier gesetzt ist. Wird der Preis, der Wert, wofür etwas gekauft, verkauft, gemacht und, können wir sagen, wozu kondemniert wird, unbestimmt angegeben, so wird, um denselben zu bezeichnen, der Genitiv, wie z. B. *tanti, quanti, pluris, minoris* u. s. w., gebraucht. *Eius condemna* bedeutet also: auf diesen Wert, natürlich Geldwert verurteile. Lenel meint zwar, wenn unser *eius* keinen andern Sinn hätte, als das „*quanti ea res est, tantam pecuniam*" in verwandten Formeln, so bliebe es ein unlösbares Rätsel, warum die Römer nicht auch in die Formel der *actio incerti in personam* die letztere Klausel eingeführt hätten. Denselben Gedanken auf wechselnde Weise auszudrücken, sei in der offiziellen Gesetzes- und Formelsprache durchaus nicht am Platze. Allein daß es sich hier nur um einen Wechsel des Ausdrucks handle, ist doch etwas vorschnell geurteilt. Lenel selbst sagt, die *intentio incerta* sei nichts als ein Rahmen, innerhalb dessen der *in concreto* verfolgte Anspruch Platz habe. Das *quanti ea res erit* setzt aber voraus, daß der Anspruch schon in der *intentio* (in bestimmterer oder unbestimmterer Weise) bezeichnet ist, das zeigt das darauf sich zurückbeziehende *ea res,* während die *condemnatio* das völlig unbestimmte *quidquid* nur mit *eius* aufnehmen kann. Das *quanti ea res erit* schließt also eine *intentio* mit *Quidquid — exhiberi oportet* aus; der Grund davon, daß das *ad exhibendum agere* in

[1] Edictum S. 97. [2] Edictum S. 175 ff. [3] A. a. O. S. 25.

l. 33 D. depositi 16, 3 als ein *incerti agere* bezeichnet wird, muß also in etwas anderem liegen. Bei der Erklärung, welche Paulus in der aus dem 26. Buch *ad edictum*, in welchem er die *actio ad exhibendum* behandelt, entnommenen Stelle von dem Wort *oportet* giebt, fehlt es an einer Andeutung des Zusammenhanges, in welchem diese Erklärung vorkam, und läßt sich darauf unmöglich die Annahme bauen, daß das Wort in der *intentio* der *formula ad exhibendum* vorkam. Aber auch der innere Grund, aus welchem Lenel für die *actio ad exhibendum* die *intentio: Quidquid — exhiberi oportet* gefordert zu sein scheint, ist hinfällig. Er meint, die *intentio: Si paret Stichum servum exhiberi oportere* sei unmöglich gewesen; eben die ganz unvermeidliche Unbestimmtheit des Exhibitionsobjekts komme in der unbestimmten *intentio* zum Ausdruck. Die Quellen geben aber für den Fall, daß das Exhibitionsobjekt so wenig genügend designiert werden kann, einen andern Ausweg an die Hand: in solchem Falle ist auf Exhibition z. B. der *familia* des andern zu klagen, damit darunter der betreffende *servus* ausfindig gemacht werden könne. Immer aber müssen die Exhibitionsobjekte in der *intentio* bezeichnet werden. Es fehlt meines Erachtens nicht an anderen Anhaltspunkten für das, was als Inhalt dieser *intentio* anzusehen ist. Fortwährend wird in dem Titel *ad exhibendum* hervorgehoben, daß die *actio* dem zustehe, *cuius interest rem sibi exhiberi*. Demelius und Lenel wehren sich mit Entschiedenheit dagegen, daß dieses *interesse* in der *intentio* zum Ausdruck gekommen sei. Demelius[1] meint, durch die Worte *quanti ea res erit condemna* finde die Aufgabe des *iudex*, zu erwägen, ob Kläger an der Exhibition ein Interesse habe, ihren genügenden Ausdruck; allein dabei läuft eine Verwechselung des das Verlangen begründenden Interesses mit der Abschätzung des Inhalts des Anspruchs, dem Interesse als Inhalt des Anspruchs unter. Das Interesse als unmittelbarer Grund des Exhibitionsverlangens findet in dem *quanti ea res erit* gar keinen Ausdruck. Dieses *interesse rem exhiberi* und nur dieses Interesse ist der stetig bleibende Rechtsgrund des Exhibitionsverlangens, das Recht, woraus dieses Interesse hergeleitet wird, bildet nur die *causa remota* desselben. Lenel beruft sich auf l. 3 § 9 D. h. t.: *Sciendum est autem non solum eis quos diximus competere ad exhibendum actionem, verum ei quoque cuius interest exhiberi.* Er meint, diese Bemerkung, zumal das *ei quoque*, wäre doch mehr als bloß trivial, wenn die Formel auf *interest exhiberi* gelautet habe. Dabei wird aber nicht gewürdigt, daß dieses *interest* immer aus einer speziellen *causa* hergeleitet wird. Nachdem der Jurist eine Anzahl solcher angeführt, knüpft er jene Bemerkung an; diese hat also den Sinn, daß das *interest exhiberi* nicht auf die aufgeführten *causae* beschränkt sei, sondern daß es noch andere gebe, welche der *iudex*, welchem die Prüfung der *in iudicio* anzugebenden *causa* obliegt, zulasse. Die Zahl der *causae*, auf welche der Exhibitionsanspruch hergeleitet werden konnte, war nicht von vornherein geschlossen, wie schon daraus hervorgeht, daß auch auf Grund prätorischer *in rem actiones* die *actio ad exhibendum* angestellt werden konnte. Aber die nachdrückliche Hervorhebung, daß dem *cuius interest exhiberi* die Klage zustehe, deutet noch auf etwas Weiteres hin. Wird zum Zweck der Vorbereitung der Eigentumsklage z. B. die Exhibition verlangt, so soll der Richter nicht nach allen Seiten hin den Nachweis verlangen und die Überzeugung gewinnen müssen, daß der Kläger Eigentümer sei und einen Anspruch auf Restitution haben würde, sondern er soll nur die

[1] A. a. O. S. 12.

Überzeugung sich verschaffen, ob der Kläger jener *causa* halber ein Interesse an der Vorzeigung der Sache habe. Und daß es zu diesem Zweck einer nicht so nach allen Richtungen hin erschöpfenden Untersuchung bedürfe, das dürfte dem *iudex* auch durch irgend eine Fassung der *intentio* zu erkennen gegeben sein. Es ist nicht von einem *oportere*, sondern von einem *aequum esse exhiberi* die Rede; es wird gesagt, der *iudex* solle *summatim cognoscere, an eius interesit, non an eius res sit*,[1] oder er solle *hactenus cognoscere, an iustam et probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desideret.*[2] Wer wird, da sonst ein solches *summatim cognoscere* nur von seiten eines *magistratus* vorkommt, glauben, daß der *iudex* dazu befugt gewesen sei, wenn er nicht irgendwie in der Formel dazu ermächtigt war? Es wird aber auch geradezu gesagt, daß der *iudex per arbitrium sibi ex hac actione commissum* befugt bezw. verpflichtet sei, einzelne *exceptiones omnimodo* zu berücksichtigen, andere nur, *si tam evidens sit, ut facile repellat agentem;* dagegen *si obscurior vel quae habeat altiorem quaestionem, differendam in directum iudicium.*[3] Unmöglich kann man das *arbitrium ex hac actione commissum* auf die allen *arbitrariae actiones* gemeinschaftliche Restitutions- bezw. Exhibitionsklausel beziehen. Bei welcher Klage sonst hätte denn diese den *iudex* in den Stand gesetzt, nach seinem Ermessen *exceptiones* zu berücksichtigen oder nicht zu berücksichtigen? Die *actio ad exhibendum* war eben noch in besonderer Weise *ex arbitrio iudicis pendens.* Schon Demelius[4] hat darauf hingewiesen, daß die Art der Aufführung der *actio ad exhibendum* unter den *arbitrariae actiones* in § 31 I. de action. 4, 6 etwas Eigentümliches und Auffallendes habe. Nach Aufzählung der übrigen wird sie besonders mit den Worten angeführt: *ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet.* Das erklärt sich daraus, daß sie noch in anderer Weise, als durch das *nisi exhibeat,* von dem *arbitrium iudicis* abhing. — Wir können uns aber kein volles Bild von der *intentio* unserer Klagen machen, ohne noch auf einen andern Punkt einzugehen. Mit völliger Bestimmtheit sagt Ulpian in l. 3 § 3 D. h. t.: *Est autem personalis haec actio,* und sie ist dies, weil sie in der *intentio* das Interesse des Klägers an dem *rem sibi exhiberi* als an einer Leistung geltend macht. Sie gehört aber zu den heute sogen. *in rem conceptae,* weil sie gegen jeden gerichtet werden kann, welcher die *facultas exhibendi* hat und mit der ohne Schuld desselben aufhörenden Exhibitionsmöglichkeit gegen ihn erlischt. Die Person des Exhibitionspflichtigen wird nicht in der *intentio* genannt, sie kommt erst in der Exhibitionsklausel zum Vorschein. Daß die Klage eine *in rem actio* sei, darf man nicht etwa aus den Worten des Gaius IV, 51 schließen: *si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est si in rem agamus vel ad exhibendum,* denn das *rem a possidente nostram petere* ist, da *petere* nicht bloß für *in rem,* sondern auch für *in personam actiones* gebraucht wird, sehr geeignet, um die *in rem actio,* womit das Eigentum unmittelbar geltend gemacht wird, und die *actio,* womit das aus dem Eigentum hergeleitete Interesse an der Vorzeigung zur Vorbereitung der *rei vindicatio* verfolgt wird, in einen allgemeinen Ausdruck zusammenzufassen. Eine *obligatio* ist freilich die Exhibitionspflicht darum nicht, denn, wie im Obligationenrecht zu zeigen sein wird, nicht jedes *actione in personam teneri* ist eine *obligatio.* So wird denn auch der Ausdruck *obligatio* für die Exhibitionspflicht nicht gebraucht, es ist immer

[1] L. 3 § 9 D. h. t. [2] L. 3 § 11 D. h. t. [3] L. 3 § 13 D. h. t.
[4] A. a. O. S. 49.

nur von einem *ad exhibendum teneri* die Rede. — Soll ich nun, nicht in der Meinung, den römischen Wortlaut der Formel rekonstruieren zu können, sondern um zu veranschaulichen, wie ich mir die *intentio* der *formula ad exhibendum* denke, einen Wortlaut derselben angeben, so wäre er: *si ex arbitrio tuo A^i A^i interest rem illam (familiam illam* u. dgl.) *sibi exhiberi* —. Die auf ein solches rechtliches Interesse abgestellte *intentio* kann sehr wohl als eine *in ius concepta* angesehen werden, es wird mit ihr ein durch die *aequitas* des Civilrechts anerkanntes Recht auf Exhibition geltend gemacht. Ein solches *agere,* in dessen *intentio* es auf das *arbitrium* des *iudex* verstellt ist, ob ein rechtliches Interesse an der Exhibition der betreffenden Sachen vorliege, konnte wohl füglich als ein *incerti agere* bezeichnet werden; die ausdrückliche Verweisung des *iudex* auf sein *arbitrium* macht es auch erklärlich, daß derselbe als zum *summatim cognoscere* berechtigt bezw. verpflichtet angesehen wurde.

Prüfen wir weiter, was zur Passivlegitimation bei der *actio ad exhibendum* gehört. Es ist behauptet worden, Besitz des zu Belangenden bezw. Aufgabe des Besitzes durch denselben sei Voraussetzung der Klage. Das ist unrichtig. Sie setzt nur *facultas exhibendi* in der Person des zu Belangenden voraus, diese liegt in der Regel beim juristischen Besitzer oder dem Detentor vor, sie kann aber auch bei einem vorliegen, der die Sache nicht besitzt oder detiniert, sie kann ferner beim Besitzer nicht vorliegen. Nach l. 5 pr. D. h. t. kann, wenn jemand die Ausführung von Waren durch *locatio conductio operis* übernommen und diese Waren in einem Magazin deponiert hat, *actio ad exhibendum* gegen den *conductor operis* angestellt werden, der in diesem Falle weder Besitzer noch auch, da er die Waren dem Magazininhaber übergeben hat, Detentor ist, aber da er vom Detentor die Herausgabe verlangen kann, die *facultas exhibendi* hat; *quae species ostendit etiam eos, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum teneri.*[1] Ferner kann auch der, auf dessen Grundstück die Sachen eines andern geraten sind und dort liegen, mit der *actio ad exhibendum* belangt werden, obwohl er von selbst ohne irgend ein Faktum seinerseits weder Besitzer noch Detentor derselben ist, weil er dem Eigentümer den Zutritt zu denselben gewähren und verwehren kann, also die *facultas exhibendi* hat.[2] Es kann auch der, mit dessen Sache die Sache eines andern als (trennbare) Accession verbunden ist, obwohl er weder Besitzer noch Detentor der augenblicklich gar nicht selbständigen Sache ist, mit der *actio ad exhibendum* belangt werden, da er die *facultas separandi* und somit *exhibendi* hat.[3] Andererseits kann der Besitzer eines Sklaven, der *fugitivus* oder weit abwesend ist, nicht auf *exhibere* belangt werden, weil ihm vorderhand die *facultas exhibendi* fehlt, es kann von ihm nur eine Kaution verlangt werden, daß er, falls er die *facultas exhibendi* erlangt haben werde, den Sklaven exhibieren werde.[4] Die Klage war aber auch gegen den zulässig, der sich dolos der Exhibitionsmöglichkeit beraubt hatte. Es läßt sich nicht ermitteln, wann die Haftung dessen, *qui dolo desiit possidere,* bei der *actio ad exhibendum* aufgekommen, und ob sie bei der *actio ad exhibendum,* was wahrscheinlich, früher gegolten, als bei der *rei vindicatio.* Jedenfalls wird sie für die *actio ad exhibendum* durch Labeo schon ausgesprochen.[5] Unberechtigt ist es aber, daraus, daß etwa die *rei vindicatio* später erst gegen einen *qui dolo desiit possidere* zugelassen ist, als die *actio ad exhibendum,* zu entnehmen, daß diese verschiedene

[1] L. 5 pr. h. t. [2] L. 5 §§ 4 u. 5 D. h. t. [3] L. 6 u. l. 7 §§ 1 u. 2 D. h. t.
[4] L. 5 § 6 D. h. t. [5] L. 15 D. h. t. L. 15 D. de c. d. c. n. s. 12, 4.

juristische Behandlung auf einer Verschiedenheit der Formel beruht habe. Daß diese Annahme Lenels[1] nicht geboten ist, folgt schon aus seiner eigenen Darlegung. So künstlich es sei, sagt er, die dingliche Klage gegen einen Nichtbesitzer zuzulassen und sie so ihres eigentlichen Charakters zu entkleiden, so natürlich sei es, die persönliche Klage, die den Zweck verfolge, dem Eigentümer die Vindikation zu ermöglichen, auch gegen denjenigen zu gewähren, der ihm die Vindikation durch seinen *dolus* unmöglich gemacht hat. Ist dem so, so sollte man eher zu dem Ergebnis kommen, daß man die *actio ad exhibendum* auch ohne, die *rei vindicatio* nur mit besonderem Formelzusatz gegen den Nichtbesitzer zugelassen habe. Der Gedanke, ein gegen den Besitzer oder Inhaber gerichtetes restitutorisches Rechtsmittel auch gegen solchen zuzulassen, der *dolo* des Besitzes oder des Innehabens sich entäußert, hat sich wohl zuerst bei den restitutorischen und exhibitorischen Interdikten, deren Voraussetzung ein Besitzen oder Innehaben in der Person des zu Belangenden ist, geltend gemacht. Für eine Anzahl derselben ist die Klausel, nach welcher das Interdikt gegen den, *qui dolo desiit possidere* oder dgl., zulässig ist, in der Formel derselben direkt nachweisbar. Daneben findet sich aber in l. 68 § 1 D. pro socio 17, 2 eine allgemeine Hinweisung von Gaius auf die Interdikte, welche diesen Zusatz enthielten: *idque ex interdictis colligere possumus, in quibus ita est: „quod dolo fecisti, ut desineres possidere“.* Auch in Formeln prätorischer Klagen und in Stipulationsformularen findet sich die betreffende Klausel. Dagegen in restitutorischen bezw. exhibitorischen *actiones civiles* ist sie meines Wissens nicht nachweisbar. Wo man hier die Haftung wegen *dolus praeteritus* durchführte, da wurde es als im *officium* des zum *iussus restituendi* bezw. *exhibendi* ermächtigten *iudex* liegend angesehen, auch wegen durch *dolus praeteritus* bewirkter Unmöglichkeit der Restitution bezw. Exhibition zu verurteilen. Aber noch aus anderen Gründen muß der von Lenel in die von ihm konstruierte *formula ad exhibendum* aufgenommene Passus: *quod N^s N^s possidet dolove malo eius factum est quo minus possideret* mißbilligt werden. Einmal deshalb, weil die *actio* gar nicht bloß gegen den, welcher *possidet* (im weitesten Sinne), geht, sondern gegen jeden, welcher die *facultas exhibendi* hat. Sodann deshalb nicht, weil Besitz oder *facultas exhibendi* des Beklagten nicht zur Zeit der *litis contestatio,* sondern nur zur Zeit des Urteils erforderlich ist, wie z. B. in l. 7 § 4 und in l. 8 D. h. t. deutlich ausgesprochen ist. Die *facultas exhibendi* gehört nicht zu dem Rechtsgrunde der *actio ad exhibendum,* sondern nur zu den faktischen Voraussetzungen der Geltendmachung des Rechts auf Exhibition gegen diese Person, den Voraussetzungen der *condemnatio;* sie war also nicht in der *intentio* auszudrücken, da das in der *intentio* Bezeichnete schon zur Zeit der Litiskontestation vorhanden sein muß. Ausgesprochen ist das auch in l. 30 pr. D. de pecul. 15, 1. Nachdem hier gesagt ist, daß die *actio de peculio teneat,* wenn zur Zeit der *litiscontestatio* nichts, wohl aber zur Zeit des Urteils etwas *in peculio* sei, heißt es weiter: *intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio. idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit, quae sententia et a nobis probanda est.* Der Besitz braucht danach bei der *actio ad exhibendum* nicht zur Zeit der *litiscontestatio* vorhanden zu sein, denn *intenditur recte,* auch wenn er nicht vorhanden ist. Anders lauten die Aussprüche der Juristen über das Interesse des Klägers an der Exhibition. Davon sagte Pomponius nach l. 7

[1] Edictum S. 124.

§ 7 D. h. t.: *eius, qui ad exhibendum egit, utroque tempore interfuisse oportere rem ei restitui, hoc est et quo lis contestatur et quo fit condemnatio: et ita Labeoni placet.* Da dies Interesse schon zur Zeit der Litiskontestation vorhanden sein soll, so muß es in der *intentio* der Klage bezeichnet gewesen sein. Aber warum muß es auch zur Zeit des Urteils vorhanden sein? Die *actio ad exhibendum* wird hier anders behandelt, als die *rei vindicatio.* War bei dieser das Eigentum des Klägers zur Zeit der *litiscontestatio* vorhanden, aber vor dem Urteil durch *usucapio* auf den Beklagten übergegangen, so wurde der Beklagte dennoch verurteilt. Auch hier zeigt sich, daß die *actio ad exhibendum* eine nicht so strikte Natur, wie die *rei vindicatio* und die Kondiktionen, hat. Ähnlich, wie bei den *bonae fidei iudicia,* verlangt die Äquität, daß, wenn das Interesse des Klägers an der Exhibition zur Zeit des Urteils weggefallen ist, keine Kondemnation des Verklagten, sondern Absolution eintrete. Das Interesse an der Exhibition hängt aber auch von individuellen Voraussetzungen ab, es ist nicht unbedingt vererblich (man denke z. B. an die *actio ad exhibendum* des Legatars beim *legatum optionis).* So erklärt sich der Ausspruch der l. 12 § 6 D. h. t.: *Heres non quasi heres, sed suo nomine hac actione uti potest: item heres possessoris suo nomine tenetur: igitur non procedit quaerere, an heredi et in heredem danda sit.* Daß gegen den *heres* des *possessor* nicht als solchen, sondern nur, wenn er selbst die *facultas exhibendi* hat, die Klage stattfindet, liegt auf der Hand. Daß auch dem *heres* des Exhibitionsberechtigten die Klage nicht als *heres,* sondern nur *suo nomine* zustehen soll, ist nicht eben so klar: es erklärt sich daraus, daß in seiner Person das auch von individuellen Momenten abhängige Interesse vorhanden sein muß, welches zur Begründung des Exhibitionsanspruchs gehört. —

Gehen wir jetzt, soweit dies nicht schon im Vorhergehenden geschehen mußte, auf das *officium iudicis* bei der Exhibitionsklage ein. Der *iudex* soll *summatim* untersuchen, ob der Kläger das in der *formula* bezeichnete Interesse an der Exhibition habe, d. h. er soll nicht auf das Erschöpfendste bis ins Einzelne hinein untersuchen, ob der Anspruch, auf Grund dessen die Exhibition begehrt wird, begründet sei, dazu kann sich immer noch Gelegenheit in dem hinter dem Exhibitorium stehenden *iudicium directum* bieten, sondern nur auf die Hauptpunkte seine Prüfung richten. Er soll, wie es in einer andern Äußerung heißt, nur *hactenus cognoscere, an iustam et probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desideret,* womit wieder gesagt ist, daß seine Untersuchung nur bis zu einem gewissen Punkte gehen soll, nicht weiter, als um ihn zu überzeugen, daß die Exhibition auf Grund eines vom Kläger ehrlich angenommenen und aller Wahrscheinlichkeit nach begründeten Anspruchs verlangt wird. Bei seiner Prüfung soll er also zwar auch Exceptionen des Beklagten berücksichtigen, aber doch nur klar begründete und erwiesene, nicht solche, welche eine näher eingehende, tiefere Prüfung erheischen; und unbedingt berücksichtigt werden sollen solche *exceptiones,* welche nicht dem dem Exhibitionsverlangen zu Grunde gelegten Anspruch, sondern der *actio ad exhibendum* als solcher entgegenstehen, wie die *exceptio pacti conventi, iurisiurandi, rei iudicatae, doli mali.* Weiter hat der *iudex* zu untersuchen, ob der Beklagte die *facultas exhibendi* habe. Kommt er zu dem Resultat, daß Kläger ein Interesse an der Exhibition, der Beklagte aber die *facultas exhibendi* habe, so hat er an den letztern den *iussus ad exhibendum* zu erlassen. Was dann im weitern der *actio ad exhibendum* mit allen *actiones arbitrariae,* insbesondere der *rei vindicatio,* gemeinsam ist, soll hier nicht weiter dargelegt werden. Die Durch-

setzung der *actio ad exhibendum* kann einen weitergehenden Erfolg haben, als den, welcher mit ihr, auch wenn sie begründet ist, verlangt werden kann: der Exhibitionspflichtige läßt es vielleicht gar nicht auf die Erhebung der noch hinter dem Exhibitorium stehenden *in rem actio* ankommen, infolge des *iussus ad exhibendum* exhibiert er nicht bloß, sondern restituiert. Ist aber nicht etwa doch die Ansicht begründet, daß die *actio ad exhibendum* in gewissen Fällen geradezu auf Restitution gehe, daß, wie Brinz[1] dies genauer präzisiert, mit dem Petitum auf Exhibition das auf Restitution kumuliert (dem *nisi exhibeat* das *neque restituat* beigefügt) und *iudicium directum* erspart werde? Ich meine, solche Annahme kann doch nicht auf die dafür beigebrachten Quellenäußerungen gestützt werden. Um nur der für sie günstigsten zu gedenken, so ist zwar in l. 5 § 6 D. ad exhib. 10, 3 die *ad exhibendum actio* davon abhängig gemacht, ob der Beklagte *restituendi facultatem* habe, aber in dem dort zur Frage stehenden Fall des *servus qui in fuga est* schließt der Mangel der *facultas restituendi* den der *facultas exhibendi* ein, und soll ja auch der zu Belangende nur soweit haften, *ut caveat se exhibiturum, si in potestatem eius pervenerit.* Daß ferner nach l. 7 § 4, § 7 eod. tit. Kondemnation erfolgen soll, *nisi restituat,* würde nur beweisend sein, wenn irgendwie mit Sicherheit anzunehmen wäre, daß hier genaue Formelworte in Bezug genommen seien. Darf man aber mit Fug annehmen, daß hier der *iussus iudicis* nicht formgenau, sondern nur inhaltlich in Bezug genommen wird, so kann unter dem *restituere* sehr wohl ein bloßes *exhibere* verstanden werden, denn *restituere* bedeutet ja nicht bloß ein Herausgeben, sondern auch *in pristinum statum reducere,* und ein solches liegt doch vor, wenn der Exhibitionspflichtige die mit der seinigen verbundene Sache, um sie exhibieren zu können, von jener trennt, Fälle, von denen gerade in l. 7 pr. — § 2 die Rede gewesen ist.

Wenn dem *iussus ad exhibendum* zuwider die Exhibition nicht erfolgt, so hat der *iudex* der Anweisung *(quanti ea res erit)* gemäß den Anspruch des Klägers zu Gelde abzuschätzen und zu kondemnieren. Demelius[2] hat behauptet, wo das Eigentum u. s. w. des Klägers verneint werde oder Einreden gegen den Restitutionsanspruch ins Feld geführt würden, da könne der Richter nicht kondemnieren, ohne sich über die Stichhaltigkeit der *directa actio* Überzeugung zu verschaffen. Diese habe er nicht immer schon durch das seinem Exhibitionsbefehl vorausgehende *summatim cognoscere* erlangt. Soll nun aber der Kläger durch Vereitelung oder Verweigerung der Exhibition einfach um die Vorteile derselben gebracht werden? Regelmäßig, meint Demelius, helfe hier das *iusiurandum in litem:* die Existenz der das Interesse vermittelnden Thatsachen, der gesamte Kausalzusammenhang zwischen der rechtswidrigen Handlungsweise des Ersatzpflichtigen und der Vermögensminderung des Ersatzfordernden könne hier dem Eide anheimfallen. Wenn aber nach eingetretener *mora exhibendi* die Sache ohne *dolus* oder *culpa lata* des Pflichtigen untergegangen sei oder Kläger *intentionem (actionis directae) perdidit* und es deshalb zur Kondemnation komme, müsse allerdings vom Kläger der vollständige Beweis verlangt werden, daß er in dem vereitelten *iudicium directum* die Restitution hätte erzwingen können. Es müsse also bezüglich derjenigen das klägerische Recht betreffenden Punkte, welche beim *summatim cognoscere* ausgeschieden seien, nunmehr behufs der Kondemnation ein ganz vollständiger Beweis durch die

[1] Pandekten II, 2^2, S. 686. [2] A. a. O. S. 217 f.

regelmäßigen Beweismittel verlangt werden. Danach wäre, auch wenn es zum *iusiurandum in litem* käme, die Lage des Klägers verschlechtert; denn er müßte, um es ableisten zu können, alles auf sein Gewissen nehmen, was er im *iudicium directum* beweisen müßte, um ein *arbitrium de restituendo* auszuwirken. In Wahrheit aber braucht der Exhibitionskläger, wenn er nach dem erfolgten *iussus ad exhibendum* wegen *contumacia* oder *dolus* des Beklagten zum *iusiurandum in litem* zugelassen wird, die Begründung des Exhibitionsanspruchs, welche der *iudex* bereits durch den Erlaß des *iussus* anerkannt hat, gar nicht mehr zu beschwören: es handelt sich lediglich noch um die Abschätzung des als vorhanden anerkannten Exhibitionsanspruchs zu Gelde. Kann er aber, weil die Sache ohne *dolus* oder *culpa lata* des Beklagten untergegangen ist, nicht zum *iusiurandum in litem* zugelassen werden, so braucht er nun doch nach erfolgtem *iussus ad exhibendum* nur das noch zu beweisen, was er im Fall der Zulassung zum *iusiurandum* auf sein Gewissen nehmen müßte. Gerade darum, weil bei der *actio ad exhibendum* auch in diesen Fällen das Verhandlungsmaterial ein begrenzteres und der Beweis dem Kläger erleichtert ist, was Demelius nur in einem gewissen Maße gegenüber dem *qui dolo desiit possidere* anerkennt, tritt neben der *actio ad exhibendum* die *rei vindicatio* als Ersatzklage in den Quellen entschieden zurück.

3. Teilungsklagen.

a) *Actio communi dividundo.*

§ 40. Auch in der Darstellung der geschichtlichen Entwickelung des römischen Privatrechts kann es nicht umgangen werden, auf den römischen Begriff des Miteigentums einzugehen. Es handelt sich aber nur um eine kurze Darlegung der eigenen Auffassung, nicht um ein Eingehen auf den darüber bestehenden Meinungsstreit. Es fragt sich, wie die Teilung nach Bruchteilen, nach ideellen Quoten zu denken sei. Die Hauptfrage ist, ob sich die Geteiltheit, der Teil auf das Recht selbst, d. h. die subjektive Zuständigkeit, oder auf das Gegenständliche des Rechts beziehe? Auf das Recht selbst im Sinne der subjektiven Zuständigkeit kann sie sich nicht beziehen: diese subjektive Zuständigkeit kann nicht nur zum Teil bestehen, sie besteht oder besteht nicht. Auf das Gegenständliche des Rechts bezieht sie sich, aber natürlich nicht auf den Körper der Sache, die Miteigentümer sind ja Eigentümer *pro partibus indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore.*[1] Wohl aber bezieht sich die Teilung auf die Sache als Objekt; als Inhalt des Rechts. Als Rechtsobjekt läßt sich die Sache als in Bruchteile geteilt denken und wird von der rechtlichen Auffassung als in solche geteilt gedacht: der *servus communis* z. B. ist nicht *singulorum totus,* sondern *pro partibus.* Man sollte sich also nicht ausdrücken, solcher Anteil existiere in Wirklichkeit nicht, sondern er existiere körperlich nicht. So wie die Sache nur als Körper etwas sinnlich Existierendes ist, dagegen als Objekt des Rechts doch nur etwas mit dem Gedanken Erfaßbares ist, so ist der Teil als Quote des Rechtsobjekts zwar nichts körperlich, sinnlich Existierendes, aber etwas *intellectu* Erfaßbares. Daß die Quellen in dieser Weise die ideelle Quote als etwas Gegenständliches ansehen, zeigt sich am klarsten darin, daß sie dieselbe als Objekt einer Vindikation ansehen: der Mit-

[1] L. 5 pr. D. de stip. serv. 45, 3.

eigentümer kann die *pars* vindizieren,[1] wie der Alleineigentümer die *tota res* vindizieren kann, wie ich andererseits nicht zweifle, daß sämtliche Miteigentümer einer Sache gegen einen dritten Besitzer vermittelst einer Vindikation auf Herausgabe des *tota res* klagen können; denn zusammen sind sie Eigentümer der *tota res*. Nach dem logischen Begriff des Miteigentums kann über die *tota res* nur der vereinigte Wille der Miteigentümer, über die einzelne *pars* jeder Miteigentümer für sich disponieren, folglich kann, da die *pars* nicht körperlich, sinnlich existiert, sondern der Körper der Sache ungeteilt ist, kein Miteigentümer für sich über den Körper der Sache ohne Einwilligung der andern disponieren. Was der einzelne Miteigentümer für das ganze Rechtsobjekt thut, thut er für alle *communi nomine;* was er für den einzelnen Bruchteil thut, thut er, falls es sein Teil ist, für sich, falls es die *pars* eines andern ist, als *negotiorum gestor*. Überall also, wo die Anteile *expedite*[2] administriert werden können, handelt der Administrierende, auch wenn er den Anteil des andern *socius* mit administriert, nicht *communi nomine*. —

Aus dem Miteigentum entspringt unter den Miteigentümern eine *actio communi dividundo*. Welcher Art ist das damit geltend zu machende Recht auf Teilung? Völlig einverstanden bin ich mit der Auffassung derer, welche sagen, daß dieses Recht auf Teilung nicht auf einer Obligation der Miteigentümer beruhe,[3] denn nach altrömischer Auffassung beruht eine *obligatio* immer auf dem vom Recht sanktionierten oder vom Recht gemißbilligten Willen der Person, wovon hier nicht die Rede sein kann. Darum bin ich aber doch nicht eines Sinnes mit denen, welches das Recht auf Teilung als ein im Miteigentum selbst liegendes, als ein einen integrierenden Bestandteil des dinglichen Rechts bildendes Zwangsrecht, die *actio communi dividundo* also, sofern sie das Recht auf Teilung geltend mache, als eine *actio in rem* im strengen Sinne ansehen. Nach altrömischer Auffassung decken sich das Gebiet der *obligatio* und der *actio in personam* nicht. Die *actio communi dividundo* ist auch, soweit sie auf Teilung geht, eine *actio in personam*, welche mit dem Miteigentum verknüpft ist. *In rem* ist sie in dieser ihrer ursprünglichen und wichtigsten Funktion im Sinne der *actiones in rem scriptae*, mit der Veräußerung der Miteigentumsquote geht sie auf jeden Successor in dieselbe aktiv und passiv über. Zu dieser Auffassung der Klage als einer *actio in personam* paßt ja auch viel besser, daß sie als eine *bonae fidei actio* bezeichnet wird.[4] Fragen wir an dieser Stelle gleich, worin es seinen Grund habe, daß dieser *actio* die Gestalt einer *actio duplex* gegeben ist?[5] Meines Erachtens ist die Duplizität notwendig durch die Natur des mit dieser *actio* geltend gemachten Anspruchs auf Teilung begründet. Was ist Teilung? Teilung ist Ausscheidung von etwas, was jedem der bisherigen Kommunionsinteressenten abgesondert für sich gehören soll, aus dem ihnen bisher gemeinschaftlich Gehörenden. Teilung kann also nicht durch Opfer bezw. Leistung eines Interessenten, sondern nur durch Opfer bezw. Leistung aller geschehen, denn aller Interessenten Recht an einer ideellen Quote des Rechtsobjekts besteht ja an dem ungeteilten Sachkörper. Daraus folgt mit Notwendigkeit, daß, wenn infolge der Klagerhebung eines Miteigen-

[1] L. 6, 8, 35 § 3 D. de r. v. 6, 1. [2] L. 6 § 2 D. communi d. 10, 3.

[3] Hartmann, Die Obligation S. 143; Bekker, Aktionen I, S. 364 ff. u. a. Geib, Die rechtliche Natur der *actio communi dividundo* S. 4, S. 36.

[4] L. 4 § 2 D. h. t.

[5] L. 10 D. fin. reg. 10, 1. L. 2 § 1 D. h. t. L. 37 § 1 D. de o. e. a. 44, 7.

tümers die Teilung in die Hand eines Richters gelegt wird, dieser die Befugnis erhalten muß, jedem Kommunionsinteressenten, auch dem, welcher formell als Kläger aufgetreten ist, durch seinen Spruch Opfer bezw. Leistungen aufzuerlegen. Wir haben keine Spur dafür, daß die *actio communi dividundo* in den zwölf Tafeln, wie die *actio familiae erciscundae*, Erwähnung gefunden hat. Die letztere ist schon nach ihrer altertümlichen Bezeichnung als die ältere anzusehen. Es fragt sich, welche praktischen Gründe die erste Aufstellung der *actio communi dividundo* bewirkt haben. Meines Erachtens hängen dieselben mit der Anerkennung des Sozietätsvertrages zusammen. In anderem Zusammenhange ist zu entwickeln, daß von allen Sozietäten die *societas omnium bonorum* die älteste gewesen ist, welcher sich dann zunächst die *societas quaestus* angeschlossen haben wird, während die auf etwas Einzelnes, etwa die Gemeinschaft einer einzelnen Sache gerichtete Sozietät vielleicht als die jüngste von allen anzusehen ist. Durch die *actio pro socio* nun wird zwar das obligatorische Sozietätsverhältnis für die Zukunft aufgehoben, bezw. kann sie auf die aus dem Sozietätsvertrage entsprungenen persönlichen Leistungen gerichtet werden, aber die infolge eines Sozietätsvertrags begründete *communio* von Sachen bleibt trotz Auflösung der Sozietät bestehen.[1] Die Aufhebung solcher bei einer Sozietät vorkommenden *communio* konnte mit der *actio pro socio* nicht erreicht werden. Um also die Aufhebung der Folgen der aufgehobenen Sozietät zu erreichen, bedurfte es eines besondern Rechtsmittels. Die rechtliche Anerkennung des Sozietätsvertrags bezw. die Aufstellung einer *actio pro socio* zog also die Aufstellung der *actio communi dividundo* notwendig nach sich, wie uns dies Paulus in l. 1 D. comm div. 10, 3 ausdrücklich sagt: *Communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet quam ad communium rerum divisionem.* Diese *actio* muß sehr bald nach Aufkommen der *societas*, wohl in der Zeit, als dieselbe noch nicht über eine Gemeinschaftlichmachung einer einzelnen Sache abgeschlossen werden konnte, durch die Jurisdiktion aufgestellt sein. Dafür spricht, daß die im Edikt aufgestellte Formel sich offenbar nicht auf Teilung einer einzelnen gemeinschaftlichen Sache, sondern überhaupt auf Teilung des unter den Parteien Gemeinschaftlichen bezog. Das zeigen l. 4 § 2 D. h. t.: *Hoc iudicium bonae fidei est: quare si una res indivisa relicta sit, valebit utique et ceterarum rerum divisio et poterit iterum communi dividundo agi de ea quae indivisa mansit,* und l. 13 D. eod.: *In iudicium communi dividundo omnes res veniunt, nisi si quid fuerit ex communi consensu exceptum nominatim, ne veniat.* Man hat gesagt, der Akt der Teilung durch den Richter sei ein Akt nicht sowohl der streitigen, als der freiwilligen Gerichtsbarkeit,[2] er sei kein Erkenntnis, welches der *iudex* fälle, sondern ein Geschäft, das er an der Stelle der Litiganten für sie und mit ihren Mittel vornehme; nur formell sei die Teilungsklage eine *actio*, insofern nämlich, als das vom Richter vorzunehmende Geschäft in den Formen des gewöhnlichen Prozesses vor sich gehe, das Verfahren endige damit, daß der Richter ein nicht vorhandenes Urteil exequiere,[3] oder, nach eines Anderen Ausdrucksweise,[4] es werde ein Urteil erlassen, welches, indem es die Teilung verfüge,

[1] L. 65 § 13 D. pro socio 17, 2: — *nam si distracta esset societas, nihilominus divisio rerum superest.*

[2] Zimmermann, Archiv f. civ. Pr. XXXIV, S. 195—207. Eck, Doppelseit. Klagen S. 148. Windscheid, Pandekt. II, § 449, A. 16. Vgl. auch Degenkolb, Einlassungszwang S. 67 ff.

[3] Geib, a. a. O. S. 92 ff. [4] Eck, a. a. O. S. 147.

dieselbe immer zugleich ausführe. — Fragen wir, ehe wir die richterliche Teilung ins Auge fassen, welchen juristischen Charakter die durch die Kommunionsinteressenten selbst vorgenommene Teilung habe. Das bloße *placitum divisionis* gehörte nicht zu den nach altem Civilrecht klagbaren Kontrakten: erst seit dem Aufkommen der *actio praescriptis verbis* ist es durch die Vorleistung von der einen Seite klagbar geworden. Vor dem Aufkommen dieser *actio* also mußten die Teilungsberedungen von beiden Seiten wirklich vollzogen werden, um rechtliche Wirksamkeit zu erlangen. Die den beiderseitigen Leistungen unterliegende Teilungsabsicht war nur die den betreffenden Vermögenszuwendungen unterliegende *causa*. Es gab ein einheitliches privates Teilungsgeschäft nicht, während die richterliche Teilung zwar aus verschiedenen Adjudikationen bezw. Kondemnationen bestehen konnte, dieselben aber in einem einheitlichen, den Zweck der Auseinandersetzung der Genossen habenden Urteil zusammenfaßte. Es konnte also der mit dem Miteigentum verbundene gegenseitige Anspruch auf Teilung gar nicht auf Vornahme eines dem Recht nicht bekannten Teilungsgeschäfts der Parteien gehen, sondern der mit der *actio communi dividundo* geltend zu machende, in der *intentio* derselben[1] zu bezeichnende Anspruch konnte nur auf durch Ermessen des bestellten Arbiter vorzunehmende Teilung gehen, wie die *actio finium regundorum* natürlich nicht auf Grenzregulieren durch Privatrechtsgeschäft, sondern auf eine durch den bestellten *arbiter* vorzunehmende Grenzregulierung ging; die Vornahme des Teilens oder Regulierens durch den *arbiter* gehört hier zum Inhalt des Anspruchs. *Sine iudicio* diesen Anspruch zu erfüllen, ist gar nicht möglich: wird er erhoben, so kann er nur durch Einlassung auf das *iudicium* und die Teilnahme an demselben bezw. Erfüllung des Urteils, soweit dasselbe einer solchen noch bedarf, erfüllt werden. Das Urteil des Teilungsrichters verfügt nun keine Teilung, sondern es teilt. Indem es aber teilt, enthält es nicht etwa ein statt der Parteien vorgenommenes Rechtsgeschäft, dieses müßten sie doch im Fall der Einigkeit auch selbst in gleicher Weise vornehmen können. In Wahrheit können aber die Parteien selbst keine Teilung, wie der Richter, vornehmen, sie können in der Absicht, eine Auseinandersetzung zu bewirken, einander bestimmte Vermögenszuwendungen machen, welche keineswegs die Kraft eines Urteils haben. Die richterliche Teilung beseitigt immer irgend welche unter den Parteien vorliegende Ungewißheit. Während die private Teilung keine formelle Gewißheit und Wahrheit unter den Parteien herstellt, thut das die richterliche Teilung, wie jede richterliche Entscheidung: sie ist ein wahres Urteil, wenn sie auch

[1] Es ist die Frage, wie man sich den mit der *actio communi dividundo* geltend zu machenden Anspruch in einzelnen *partes formulae* zum Ausdruck gebracht zu denken hat. Das von Gaius angeführte *quantum adiudicari oportet*, welches man in die *intentio* der Formel aufgenommen hat (Keller sogar in Verbindung damit ein *quantum paret condemnari oportere)*, gehört nicht dahin, sondern ist ein Teil der *adiudicatio*, welche, zusammen mit der *condemnatio*, die Konsequenzen des in der *intentio* bezeichneten Rechts zu ziehen hat. Ferner läßt man eine *demonstratio* die unter den Parteien stattfindende *communio* bezeichnen, was auch nicht zu rechtfertigen ist, weil die *demonstratio*, wo sie vorkommt, den Entstehungsgrund des in der *intentio* zu bezeichnenden Rechts, also etwa das Rechtsgeschäft oder das Delikt anzugeben hat. Meines Erachtens hat die *actio communi dividundo* keine *demonstratio* gehabt. In der *intentio* selbst war das *in iudicium* zu deduzierende Rechtsverhältnis, also die *communio* und der daran sich knüpfende Anspruch auf Teilung, zu behaupten, also etwa: *Quas res paret Lucio Titio et Gajo Sejo communes esse inter eosque arbitrio tuo dividi oportere.*

vor dem sonstigen richterlichen Urteil durch die Möglichkeit der *adiudicatio* etwas voraus und dadurch etwas Eigentümliches hat. Was sie voraus hat, besteht darin, daß der Richter durch sein Teilungsurteil nicht bloß Rechte bezw. Verpflichtungen konstatieren, sondern dingliche Rechte begründen kann.[1] Das Teilungsurteil ist als Urteil, soweit es Kondemnationen enthält, auch einer Exekution fähig. Was die Adjudikationen betrifft, so bedürfen diese keiner Exekution mehr, die Kraft der *adiudicatio* als Urteil erweist sich aber, wie bereits bemerkt wurde, immer darin, daß die Zuweisung der betreffenden Sache an diesen bisherigen Miteigentümer in einem andern Prozeß unter denselben Parteien nicht mehr in Frage gestellt werden kann. Der ausschließliche Besitz der adjudizierten Sache wird der betreffenden Partei auch vom Richter mit übertragen sein. Mit dem *iudicium acceptum* hat der Teilungsrichter die Dispositionsgewalt über die gemeinschaftlichen Sachen zum Zweck der Auseinandersetzung der Parteien bekommen. Wenn er einer Partei die ganze bis dahin gemeinschaftliche Sache oder nach reeller Teilung der Sache einen Teil derselben adjudiziert, so ist dies nicht so aufzufassen, als ob er ihr ihre bisherige Quote nur beließe und die Quote der anderen Interessenten zu derselben übertrüge; er adjudiziert also nicht etwa die noch fehlenden Quoten, sondern er adjudiziert die totale Sache bezw. den totalen körperlichen Teil: auch was ihr bisher an der Sache zustand, empfängt sie, gleichsam wie durch Novation, in dem durch den *iudex* ihr zugesprochenen Totaleigentum. Da aber der Zweck der Teilung bezw. gerechter Teilung häufig nicht bloß durch Adjudikation erreicht werden kann, sofern die Sache vielleicht ihrer Natur nach eine Realteilung gar nicht oder nicht ohne beträchtliche Minderung ihres Werts zuläßt, oder sofern sie nicht in gleichwertige Stücke zerlegt werden kann, so muß von Anfang an der Teilungsrichter neben dem Adjudizieren zum Kondemnieren befugt gewesen sein.[2] Die Kondemnationsanweisung ist also nicht etwa erst durch die Zulassung der Berücksichtigung der *personales praestationes* bei den Teilungsklagen in die Formeln derselben gekommen.

Mit der *actio communi dividundo* können auch gewisse *personales praestationes* geltend gemacht werden: so sind notwendige Auslagen, welche ein Miteigentümer für die gemeinschaftliche Sache gemacht, ihm von den Genossen zu ihrem Anteil zu erstatten;[3] hat er die Sache in einer Weise, daß er dafür haftet, beschädigt, so muß er den anderen diesen Schaden zu ihrem Anteil ersetzen;[4] hat er über seinen Anteil hinaus Gewinn aus der gemeinsamen Sache bezogen, so muß er den Genossen denselben zu ihrem Anteil herausgeben.[5] Es ist nicht unwahrscheinlich, daß diese *personales praestationes,* welche einen andern Charakter haben, als das Hauptziel der *actio,* wonach sie benannt ist, nicht seit dem ersten

---

[1] Aus dieser Macht des Teilungsrichters zur Rechtsbegründung erklärt sich auch wohl der Ausdruck bei Cic. fam. VII, 12 § 2: „*quod ius statues communi dividundo, quum commune nihil possit esse apud eos, qui omnia voluptate sua metiuntur.*

[2] Unrichtiges bei Geib, a. a. O. S. 7. Was er S. 12 für denkbar erklärt, daß in der Formel ursprünglich nur zum *adiudicare* angewiesen worden wäre, und daß schon hierin die Macht enthalten gewesen, die Parteien auch zur Herauszahlung von Abfindungssummen anzuweisen und *ex bono et aequo* eine Repartition von Gewinn und Verlust anzuweisen, ist doch wohl undenkbar.

[3] L. 3 pr., l. 4 § 3, l. 6 pr. D. h. t. L. 34 D. pro socio 17, 2.

[4] Vgl. noch l. 8 § 2, l. 10 pr., l. 20, l. 26 D. h. t. §§ 4 u. 5 I. de off. iud. 4, 17 u. a. St.

[5] Vgl. noch l. 6 §§ 1, 2, 4 D. h. t.

Aufkommen mit ihr geltend gemacht werden konnten.[1] Sie unterscheiden sich von dem Anspruch auf Teilung dadurch, daß sie bei einer Veräußerung der Miteigentumsquote nicht etwa auf das neue Subjekt derselben mit übergehen; sie können nur von dem Miteigentümer, der den Anspruch darauf erworben, bezw. gegen den Miteigentümer, in dessen Person die Verpflichtung dazu entstanden ist, geltend gemacht werden. Sofern mit der Teilungsklage einmal der auf jeden Successor in die Mitberechtigungsquote aktiv und passiv übergehende Anspruch auf Teilung, dann aber auch der Anspruch auf *personales praestationes* von dem bezw. gegen den Mitberechtigten, in dessen Person der Grund dazu eingetreten ist, geltend gemacht werden kann, heißt es von ihr im § 20 I. de act. 4, 6: *Quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur tam in rem quam in personam;* dabei ist aber das *in rem,* wie bereits bemerkt wurde, im Sinne der *actiones in rem conceptae* zu verstehen. Auf *personales praestationes* konnte aber die *actio communi dividundo* zunächst nur nebenbei, nur bei Gelegenheit der Erhebung der Klage auf Teilung gerichtet werden. Erst späterer Entwickelung gehört es an, daß auch nach Aufhebung der *communio* durch Veräußerung des Miteigentums oder Untergang der gemeinschaftlichen Sache der Anspruch auf solche während der Dauer der *communio* entstandenen Ansprüche eine *actio communi dividundo utilis* gegeben wurde.[2] Auch mußte nach ihrer ursprünglichen Bestimmung diese *actio* wohl immer auf Teilung gerichtet werden, hob also mit ihrer Durchsetzung notwendig die *communio* auf. Daß sie nicht auf Teilung, sondern unter Fortdauer der *communio* nur auf andere Prästationen gerichtet werden konnte, wird auch erst späterer Entwickelung angehören.[3]

b. Die *actio finium regundorum.*

§ 41. Nach einem altrömischen Rechtssatz, der wohl weit über die Zeiten der XII Tafeln zurückreicht, sollte die Grenze zwischen zwei aneinander stoßenden *praedia rustica,* d. h. zur landwirthschaftlichen Benutzung bestimmten Grundstücken nicht eine bloße Linie, sondern eine *latitudo* sein.[4] Diese *latitudo* sollte fünf Fuß breit sein, zu welcher Breite von jedem der aneinander stoßenden Grundstücke die Hälfte, also zweieinhalb Fuß beizutragen waren. Diese Grenzbreite wurde nicht bloß als die Grundstücke voneinander trennend, sondern als sie verbindend angesehen, eine Vorstellung, welche sich in dem Wort „*confinium*" ausprägt.[5] Das ist nicht eine bloß theoretische Vorstellung, sondern es werden praktische Konsequenzen daraus hergeleitet. Wenn auch die zwei-

[1] Nicht zu billigen ist es, daß Lenel, Ed. p. S. 165, einen auf die *praestationes personales* bezüglichen Zusatz, der die einzelnen Kategorien derselben aufführen soll, in eine *demonstratio* der *formula communi dividundo* aufnehmen will, worin er Zustimmung bei Dernburg, Pandekten I[2], S. 197, A. 6 gefunden hat. Daß ein Miteigentümer dem andern zu jenen *personales praestationes* zu kondemnieren war, leitete man wohl aus einem Zusatz zu der früher bezeichneten *intentio* her, etwa: *et quidquid paret eo nomine alterum alteri dare facere oportere ex fide bona*, welchen ja Lenel selbst in die Formel aufgenommen hat. Vgl. auch l. 14 § 1 D. h. t.

[2] L. 6 § 1, l. 11 D. h. t. [3] L. 14 § 1 D. h. t.

[4] *Fines* im technischen Sinne haben nur ländliche Grundstücke, nicht städtische. Cic. Top. 4, 23. 10, 48. Boeth. in Top. p. 307. p. 341.

[5] Vgl. z. B. l. 4 § 10 D. fin. r. 10, 1: *Hoc iudicium locum habet in confinio praediorum rusticorum: — — urbanorum displicuit neque enim confines hi, sed magis vicini dicuntur.* Cic. de off. II, 16, 64.

undeinhalb Fuß Landes, welche von jedem Grundstücke zu dem Grenzrain beigetragen werden, im gesonderten Eigentum jedes Nachbarn verbleiben, so ist doch der ganze Saum zu einer gewissen gemeinsamen Benutzung bestimmt. Keiner soll sein Grundstück bis zur Grenzlinie bepflügen, umgraben, kurz kultivieren dürfen, sondern sie sollen diesen Saum, jeder also die zweiundeinhalb Fuß, welche von seinem eigenen Grundstück dazu beigetragen sind, unkultiviert lassen; der Saum ist zu gemeinschaftlicher Benutzung, als Fuß- und Feldweg, zum Heranfahren, zur Pflugwende bestimmt,[1] wenn dadurch auch nicht ausgeschlossen ist, daß Bäume, durch welche diese gemeinschaftliche Benutzung nicht gehindert wird, auf dem *confinium* gepflanzt werden.[2] Ganz von selbst erklärt sich aus dieser Bestimmung des Grenzrains, daß die Usukapion innerhalb dieser Breite ausgeschlossen war, was die XII Tafeln bestätigten;[3] denn wenn jeder der Nachbarn den Grenzsaum in der bezeichneten Weise, keiner ihn aber so, wie sein übriges Grundstück, kultivieren darf, so kann natürlich innerhalb dieses Saums auf Grund anderweitiger Benutzung keine Usukapion gestützt werden. Die äußeren Zeichen, durch welche die Grenzlinie und damit jener Saum kenntlich gemacht und festgestellt wurde, konnten, sei es durch den Einfluß der Witterung und Zeit, sei es durch menschliche Einwirkung verwischt, verdunkelt werden und infolgedavon ein Streit unter den Nachbarn über den Lauf der Grenzlinie bezw. jenes Grenzsaumes entstehen. Diesen Streit auszutragen, dazu war die *rei vindicatio* nicht tauglich. Einmal würde in solchem Fall die Entscheidung der Besitzfrage, welche dem *Petitorium* vorausgehen muß, mit großen Schwierigkeiten verbunden sein, da jeder der über den Lauf der Grenze Streitenden auf dem streitigen Saume Besitzhandlungen vornehmen wird; andererseits könnte die Partei, welche klagen wollte, bei der vorliegenden Ungewißheit vielfach nicht genau den Streifen Landes bezeichnen, welchen sie als zu ihrem Grundstück gehörig in Anspruch nehme. Da in den meisten Fällen solcher Grenzstreitigkeiten technische Fragen der Feldmeßkunst ins Spiel kamen, so erschien es als praktisch, für die Austragung derselben ein besonderes Rechtsmittel aufzustellen: die *actio finium regundorum.*[4] Aus Ciceros Äußerungen wissen wir, daß schon die XII Tafeln dieselbe kannten:[5] sie ordneten die Bestellung von drei *arbitri* für das *fines regere,* die Entscheidung solchen Streits, für welchen sie den Ausdruck *iurgare* gebraucht zu haben scheinen, an. Es soll jedoch der Streit durch diese *actio* nur dann ausgetragen werden, wenn der Grenzstreit nur einen Saum, welcher sich *intra quinque pedes* hält, betrifft. Bezieht er sich auf ein Stück Landes, welches eine darüber hinausgehende Breite hat, liegt eine sogenannte *controversia de loco* vor, so sollen die gewöhnlichen Besitzschutzmittel und Eigentumsklagen, das *interdictum uti possidetis* und die *rei vindicatio* Platz greifen.[6] Daß unter *finis* bei den Grenzstreitigkeiten der Grenzrain in der Breite von

---

[1] Hygin. de gen. contr. 126, 4 sqq. 127, 15.

[2] Varro de L. L. V, 10, 74. Frontin I de contr. 25, 2. Sic. Flacc. de cond. agr. 143, 20. 148, 4. L. 19 pr. D. c. d. 10, 3 u. a. St.

[3] Cic. de leg. I, 21, 55. Hygin. de gen. contr. 126, 6.

[4] Die Geschichte der *a. fin. reg.* behandeln Rudorff in d. Ztschr. f. geschichtl. Rswissensch. Bd. X, S. 343 ff. Schriften d. Feldmess. II, S. 430 ff. Karlowa, Beiträge z. Gesch. d. röm. Civilproz. S. 141 ff. M. Voigt, in d. Bericht. d. K. Sächs. G. d. W. Ph.-h. Kl. Bd. XXV (1873), S. 33 ff. Vgl. auch Rudorff, Edict. p. 86 sqq. Lenel, Ed. p. 166.

[5] Cic. de leg. I, 21, 55. [6] Frontin 43, 22—44, 3. 44, 4—9. Hygin. 129, 12—15.

quinque pedes verstanden wird, zeigt die hier immer vorkommende Gegenüberstellung von *finis* und *locus* (Front. I de Contr. 9, 2: *materiae controversiarum sunt duae: finis et locus.* 2 de contr. 37, 19: *omne genus controversiarum constat aut in fine aut in loco* u. a. St.). Daß diese Bedeutung von *finis* schon zur Zeit der Zwölftafelgesetzgebung feststand, zeigt die Bestimmung derselben über die Ausschließung der Usukapion *intra quinque pedes* und geht auch aus Ciceros Äußerungen de Leg. I, 21, 55 hervor, wo er die *controversia de finibus,* für deren Entscheidung nach den XII Tafeln *tres arbitri* bestellt seien, mit einer *verborum, non rerum, discordia* vergleicht. Über diese *controversia de finibus* traf dann auch Bestimmungen ein späteres Gesetz, die *lex Mamilia,* welche von Cicero in derselben Stelle, in den Schriften der Feldmesser allein bei der Erwähnung jener *controversia* in Bezug genommen wird. Von den Kapiteln, welche in der Feldmessersammlung unter der Rubrik *lex Mamilia Roscia Peducaea Alliena Fabia* überliefert sind, stimmt c. 4 fast wörtlich mit c. 104 der *lex Col. Genet. Iuliae* überein. Ob aber diese fünfnamige *lex* mit der von Cicero und in den Schriften der Feldmessersammlung erwähnten *lex Mamilia* identisch sei, ist doch sehr ungewiß. Aus der Art, wie Cicero sie anführt, können wir weder entnehmen, daß sie damals alt, noch daß sie damals jung war. Dagegen wenn Frontin, dessen Schrift unter Domitian fällt (p. Chr. 81—96), über sie 37, 1ff. L. sagt: *de qua lege iuris periti adhuc habent quaestionem, neque antiqui sermonis sensus proprie explicare possunt,* so kann er doch kaum einem an den Schluß der Republik fallenden Gesetz einen *antiquus sermo* zuschreiben. Danach werden wir unsere *lex Mamilia* doch wohl etwas höher hinaufrücken müssen, ohne daß wir sie deshalb auf den trib. pl. d. J. 644 a. u. C. Mamilius Limetanus wegen seines *cognomen* zurückzuführen uns verpflichtet glaubten; denn sollte auch der Umstand, daß er der *lator* unserer *lex* war, dem betreffenden Mamilius das *cognomen Limetanus* verschafft haben, so könnte er doch ein Ascendent jenes Tribunen vom Jahre 644 gewesen sein, denn die *cognomina* wurden erblich. Was nun etwa diese *lex Mamilia* über die *controversia de fine* Neues bestimmt habe, wissen wir nur in einem Punkte: statt der von den XII Tafeln geforderten drei *arbitri* für das *fines regere* ordnete sie die Bestellung eines *arbiter* an. Sodann bestätigte wohl die *lex Mamilia* die Vorschrift, daß der *finis* zwischen den Grundstücken eine *latitudo* von *quini pedes* (die Distributivzahl *quini* gebrauchte sie) haben und innerhalb dieser Breite keine Usukapion zulässig sein solle. Wahrscheinlich hat sie auch die Sicherung dieses Grenzsaums durch bestimmte, seine Breite anzeigende Grenzzeichen *(signa)* vorgeschrieben. Darauf deutet die Äußerung des Siculus Flaccus p. 144, 18 sqq. hin: *signantur autem (sc. arbores) utrimque, id est ex utraque possessione, intra pedes quinos, ut legis Mamiliae commemorationem habeant.* Ob die *controversia de fine* der XII Tafeln bezw. ihre Anordnung bezüglich der *quinque pedes* sich nur auf *agri limitati* bezog, wissen wir nicht. Später jedenfalls und gemäß der *lex Mamilia* galt die Vorschrift der letzteren nicht bloß für *agri limitati,* sondern auch für *agri arciſinii.* Auf diesen Unterschied der *agri* bezog sich der in den Schriften der Feldmesser vorkommende Unterschied zwischen der *controversia de rigore* und der *controversia de fine,* ein Unterschied, der nicht richtig verstanden zu werden pflegt. Die limitierten Gebiete sind künstlich, planmäßig durch Feldmesser aufgeteilt, die Grenzen auch der einzelnen assignierten Grundstücke sind hier durch künstliche, geradauslaufende, durch *termini* gekennzeichnete Linien gegeben. Eine solche Linie ist der *rigor* im technischen Sinne, die *controversia*

de rigore, soweit sie sich auf Privatgrundstücke bezieht, betrifft den Lauf des *rigor* zwischen aneinander stoßenden *agri limitati*. Vgl. Frontin. I de contr. p. 11, 3 sqq.: *De rigore controversia est, quotiens inter duos pluresve terminos ordinatos sive quae alia signa secundum legem Mamiliam intra quinque pedes agitur.* Dagegen auf den nicht künstlich vermessenen *agri arcifinii* sind die Grenzen zwischen den aneinander stoßenden Grundstücken keine künstlich gezogenen, geraden Linien, sondern gewundene, krumme Linien. Die Grenze wird nicht als *rigor*, sondern als *finis* bezeichnet. Im unmittelbaren Anschluß an die eben angeführten Worte heißt es bei Frontin. p. 12, 1 sqq.: *De fine similis est controversia: nam et eadem lege continetur, et de quinque pedum agitur latitudine. sed de fine disconvenit per flexus quibus arcifinii agri continentur, ut per extrema arvi, aut promuntoria, aut summa montium, aut fluminum cursus, aut locorum naturam quam supercilium nominant.* Nicht in Widerspruch steht damit die Stelle Frontin. II p. 41, 6 sqq., welche durch ihre Lücken zu Mißverständnissen führen kann: *De rigore refert in quo agro agatur. si limitatus est, aut ordo limitis ordinati desideratur, aut subruncivi aut linearis aut interiectivi rigoris incessus. at si in agro arcifinio sit, qui nulla mensura continetur, sed finitur aut montibus aut viis aut aquarum devergiis aut notabilibus locorum naturis, aut arboribus quas finium causa agricolis relinquunt et ante missas appellant, aut fossis aut quodam culturae discrimine . . . . . .* Frontin weist hier wieder auf den Unterschied zwischen den *agri limitati* und *arcifinii* hin und will sagen, daß eine eigentliche *controversia de rigore* nur bei *agri limitati* denkbar sei. Nur dann konnten auf limitierten Gebieten andere Grenzen, als die *rigores* der Limitation, in Betracht kommen, wenn infolge von Teilungen der ursprünglich assignierten Grundstücke neue Privatgrenzen entstanden waren. Von solchem Gebiet sagt Hygin. p. 178, 7 sqq.: *iam opportunarum finium commutatione relictis primae adsignationis terminis more arcifinio possidetur,* und hier wird es denn auch auf ursprünglich limitiertem Gebiet zur Anwendung der *controversia de fine* gekommen sein. Die *lex Mamilia* hatte ihre Vorschrift bezüglich der *quinque pedes* für beide Arten von *agri*, sowohl die *limitati* wie die *agri arcifinii* vorgeschrieben: sowohl die *controversia de rigore* wie die *controversia de fine* fallen juristisch unter den Begriff der *actio finium regundorum,* und darauf weist wieder hin Frontin p. 37, 19 sqq.: *Omne genus controversiarum constat aut in fine aut in loco — — — De fine subtilior exigitur disputatio, quae a rigore nullo modo distat nisi specie.* Beide *controversiae* sind nur Unterarten der *actio finium regundorum:* sie unterscheiden sich juristisch bis auf einen nachher ins Auge zu fassenden Punkt nicht, aber bezüglich des einzuschlagenden technischen Verfahrens der Feldmesser. Wo aber der Streit über die Breite von *quinque pedes* hinausgeht, also *de loco* gestritten wird, da greift das durch die *lex Mamilia* angeordnete Verfahren, nämlich die *actio finium regundorum,* nicht Platz, es würde dieses Verfahren in solchem Fall ganz nichtig sein, nach Frontin p. 43, 19 sqq.: *De loco . . . . . haberi, ordinem legis Mamiliae excessum plurimum, praecipue in agris archifiniis, sed nec minus in adsignatis. cum enim modum loci nulla forma praescribit et controversia oritur, solent quidam per inprudentiam mensores arbitros conscribere aut sortiri iudices finium regundorum causa, quando in re praesenti plus quidem quam de fini regundo agatur. sic fit ut post sententia inrita sit, et rescindi possit quod aut iudex aut arbiter pronunciaverint; neque ullum commissum faciat, qui sententiam non sit secutus, quando de alia re iudicem aut arbitrum sumpserint.* Unser Interesse muß der hier von Frontin hervorgehobene Unterschied des *mensores arbitros conscribere aut sortiri iudices*

finium regundorum in Anspruch nehmen. Wahrscheinlich handelt es sich dabei um einen auf die *lex Mamilia* zurückgehenden Unterschied zwischen der *controversia de rigore* und der *controversia de fine*. Bei der erstern, auf *agri limitati* bezüglichen kam es recht eigentlich auf die bei der Limitation zur Anwendung gekommene Feldmeßkunst an: für die Entscheidung einer *controversia de rigore* sollte also ein *mensor* zum *arbiter* bestellt werden. Was die *agri arcifinii* anlangt, so war die Grenzscheidung hier nicht so durch ein bestimmtes technisches Verfahren geregelt: der Willkür der einzelnen Privaten war dabei mehr Spielraum gelassen. Bei einer auf *agri arcifinii* bezüglichen *controversia de fine* sollte daher, wie gewöhnlich, ein *iudex* ermittelt und bestellt werden, welcher kein Feldmesser zu sein brauchte, aber natürlich Feldmesser als Sachverständige zuziehen konnte. Weiter fragt sich, ob überall, wo die *lex Mamilia* zur Anwendung kam, der vorgeschriebene Grenzrain eine Breite von fünf Fuß betragen habe. In dieser Beziehung kommen in Betracht die Äußerungen von Hyginus, de gen. contr. p. 126, 3 sqq.: *De fine si ageretur. quae res intra pedum quinque aut sex latitudinem quaestionem habet, quoniam hanc latitudinem vel iter culturas accedentium occupat vel circumactus aratri,* und 127, 13 sqq.: *quoniam, ut dixi, extremus finis intra quinque aut sex pedes quaestionem habet: nam intra pedum sex possessionem usu nemo capit, et itinera saepe ad culturas pervenientibus tam latum locum occupant, aut in aratis intra tot pedes aratrum circumarat.* Daß die *sex pedes* ebenfalls auf die *lex Mamilia* zurückgehen, dafür giebt es nur die unzuverlässige Autorität des Agenn. Urb. Comm. 12, 12: *De fine enim lex Mamilia quinque aut sex pedum latitudinem praescribit.* Bei der Ausdehnung der römischen Herrschaft auf das übrige Italien und die Provinzen hat wohl das Recht der *lex Mamilia* auch Ausdehnung gefunden, aber nicht überall hat die Vorschrift über die auf fünf Fuß festgestellte Breite des Grenzrains Anwendung gefunden, vielmehr mag man die in einzelnen Gegenden nach Ortsgewohnheit geltenden *sex pedes* der *latitudo* bestehen gelassen haben. —

Der Anspruch bei der *actio finium regundorum* geht auf das *fines regere* durch den *arbitratus* des *arbiter* oder *iudex*. Zunächst hat also der Grenzrichter die alte verdunkelte Grenzlinie wieder aufzusuchen.[1] Auch wenn er nur diese wiederaufgefundene Grenzlinie in seinem Urteil, welches unter den Parteien *ius facit,* ausspricht, erscheint dies als ein *adiudicare fines*, denn durch die Verdunkelung war, wie bei einer *confusio,* ein wenigstens faktisch Gemeinsames hergestellt, dessen Auseinandersetzen durch das Auffinden und Aussprechen der Grenzlinie erfolgt. Der Grenzrichter kann aber auch im Fall des Auffindens der alten Grenzlinie, wenn er glaubt, daß dieselbe leicht wieder einer Verdunkelung ausgesetzt sei, eine neue Grenzlinie ziehen *per aliam regionem,* also von dem bisher dem einen *confinis* Gehörigen etwas dem andern adjudizieren, was natürlich durch eine Kondemnation dieses andern zu einer verhältnismäßigen, dem erstern zu leistenden Geldentschädigung ausgeglichen werden muß. Ebenso muß er zur Ziehung einer neuen Grenzlinie schreiten, falls er die alte Grenzlinie nicht wieder auffinden kann,[2] und wenn er diese neue Grenzlinie so zieht, daß sie das faktisch Gemeinsame nicht einfach in zwei gleiche Hälften teilt, sondern dem einen eine größere Hälfte als dem andern zuspricht, so wäre das auch durch eine Kondemnation zu entsprechender Entschädigung auszugleichen. Bekker[3] meint, daß der Grenzrichter beim Ziehen

[1] L. 4 pr. D. fin. r. 10, 1. [2] L. 2 § 1 D. h. t. [3] Aktionen I, S. 239, A. 30.

einer neuen Grenzlinie über das Gebiet der fünf Fuß hinausgehen dürfe. Allein dann erhebt sich die Frage, wo die Grenze seiner Adjudikationsbefugnis gegeben sei. Dann könnte er ja dem einen fast sein ganzes Grundstück durch *adiudicatio* an den andern entziehen und ihn nur mit Geld abfinden lassen. Die Adjudikationsbefugnis ist in dieselben Schranken eingeschlossen, wie die *actio finium regundorum*, d. h. der streitige, zweifelhafte Saum Landes darf keine größere Breite als fünf bezw. sechs Fuß haben, also die von dem einen behauptete Grenzlinie von der durch den andern behaupteten höchstens durch eine Breite von fünf bezw. sechs Fuß getrennt sein; betrifft der Streit eine breitere Ausdehnung, so liegt eine *controversia de loco* vor. Beträgt also die streitige Breite keine *quinque pedes*, so kann die Adjudikation nach der einen oder andern Seite über sie hinausgehen, aber nur bis zu zweieinhalb Fuß auf jeder Seite einer den streitigen Streifen genau halbierenden Linie. Findet der Grenzrichter die alte Grenzlinie wieder auf, so ist damit die Breite des Saumes gegeben, innerhalb deren seine Adjudikation sich halten muß, sofern sie sich innerhalb zweiundeinhalb Fuß auf jeder Seite der Grenzlinie halten muß. Da, wie früher gezeigt wurde, die Vindikation zur Austragung von Grenzirrungen sich nicht eignet, so wird sie innerhalb der bezeichneten Schranken durch die *actio finium regundorum* ersetzt: diese ist *pro rei vindicatione*.[1] Da der Landsaum *intra quinque pedes*, innerhalb dessen die Adjudikation sich zu halten hat, praktisch wie ein gemeinsamer behandelt wird, so ist die *actio finium regundorum*, wenn sie auch nicht auf Teilung einer rechtlichen *communio* geht, praktisch ein *iudicium divisorium* und teilt die Eigentümlichkeiten der anderen *iudicia divisoria*. Sie ist also ein *iudicium duplex*. Daß sie aus einer Obligation unter den *confines* entspringe, kann ebensowenig gesagt werden, wie, daß die *actio communi dividundo* aus einer Obligation entspringe. Es wird aber von ihr schlechthin, und nicht etwa bloß in Bezug auf die auch bei ihr möglichen *personales praestationes*, gesagt, daß sie eine *actio in personam* sei, was die Auffassung der verwandten *actio communi dividundo* als einer solchen nur bestärken kann. Andererseits wird sie in § 20 I. de act. 4, 6 zu den *actiones* gerechnet, welche *mixtam causam obtinere videntur tam in rem quam in personam*. Dadurch kann sie nicht als eine dingliche Klage bezeichnet werden sollen, sondern als *in rem* kann sie nur in dem Sinn charakterisiert werden sollen, welchen diese Bezeichnung bei den *actiones in rem scriptae* hat: mit dem Eigentum des Grundstücks geht auch der Anspruch auf Grenzregulierung bezw. die Verpflichtung, sie geschehen zu lassen, auf den neuen Eigentümer über. Was aber die *personales praestationes* betrifft, so steht die *actio finium regundorum* nur der Person, bezw. gegen die Person zu, in welcher die speziellen Voraussetzungen zu Anspruch und Verpflichtung eingetreten sind. Was zunächst die Früchte anlangt, so muß man nach allgemeiner Betrachtung sagen, jeder der *confines* habe Anspruch auf die Früchte, welche auf seinem Teile des *confinium* gewachsen sind, diese seien ihm also von dem andern *confinis*, falls dieser sie bezogen haben sollte, zu restituieren. Demgemäß sagt denn auch Paulus nach l. 56 D. fam. ercisc. 10, 2 im 23. Buch seines Ediktskommentars, wahrscheinlich bei der Erörterung der *actio familiae erciscundae: Non solum in finium regundorum, sed et familiae erciscundae iudicio praeteriti quoque temporis fructus venient*, wo unter *fructus praeteriti temporis* die vor der Litiskontestation gezogenen Früchte zu verstehen

[1] L. 1 D. h. t.

sind. In beschränkter Weise nur wird dies angenommen in der aus demselben 23. Buch von Paulus' Ediktskommentar, aber wohl aus dem Kommentar zur *actio finium regundorum* entlehnten l. 4 § 2 finium regundorum 10, 1: *Sed ante iudicium percepti non omnimodo hoc in iudicium venient,* d. h. nicht schlechthin, nicht ganz und gar sollen die vor der Litiskontestation gezogenen Früchte mit dieser *actio* begehrt werden können, denn die *bona fide* gezogenen Früchte soll der betreffende *confinis,* falls er sie verzehrt, lukrieren (ganz nach dem Muster der *rei vindicatio*). Die *mala fide* gezogenen Früchte aber müssen kondiciert werden. Bei diesem letzten Ausspruch ist wohl auch nur an die verzehrten Früchte gedacht. Danach beschränkt Paulus die Restitutionspflicht bei der *actio finium regundorum* auf die vor der Litiskontestation bezogenen *fructus extantes.* Ob aber damit die allgemeine Ansicht der römischen Juristen ausgesprochen ist, läßt sich wohl mit Windscheid[1] bezweifeln. Die Beschränkung stimmt nicht zu dem allgemeinen Ausspruch der l. 56 D. f. erc. 10, 2 und auch nicht zu dem von Paulus in l. 4 § 1 h. t. ausgesprochenen allgemeinen Prinzip: *In iudicio finium regundorum etiam eius ratio fit quod interest. quid enim si quis aliquam utilitatem ex eo loco percepit, quem vicini esse appareat? non inique damnatio eo nomine fiet.* Der ganze § 2 ist der Interpolation verdächtig. Der ungeschickt angebrachte Zusatz *„si eos consumpsit"* verrät Tribonian.[2] Andererseits soll der eine *confinis* Anspruch auf teilweisen Ersatz der im gemeinsamen Interesse gemachten Verwendungen haben. Endlich soll ein *confinis,* der sich einer dolosen Handlung bezüglich des Grenzrains schuldig gemacht, deshalb entsprechend kondemniert werden können.[3] Den Anordnungen des *iudex finium regundorum* bezüglich des am *confinium* Vorzunehmenden soll jeder *confinis* Folge leisten, wegen *contumacia* kann eine *condemnatio* erfolgen.[4]

4. Rechtsmittel zum Schutz namentlich gegen noch bevorstehende Verletzungen und Eingriffe.

a. Die Kautionen bei der *actio confessoria* und *negatoria* und die *actio prohibitoria.*

§ 42. Die zum Schutz des Servitutrechts dienende *actio confessoria* und ihr Gegenstück, die zum Schutz der Freiheit des Eigentums gegenüber partiellen Eingriffen in dasselbe gegebene *actio negatoria,* in ihrer prozessualischen Gestalt zu betrachten, bleibt der Darstellung des Civilprozesses vorbehalten. Schon hier aber möge aus einem Grunde, der sich aus dem Verlauf unserer Darstellung ergeben wird, auf die bei jenen Klagen vorkommenden Kautionen und den Unterschied der *actio prohibitoria* von der *negatoria* eingegangen werden. Zu der dem Beklagten obliegenden Defensionspflicht gehört bei den Vindikationen, daß er, welcher während der Dauer des Prozesses im Besitz des Streitobjekts ist, zu einiger Ausgleichung dieses Vorteils dem Kläger Satisdation für gehörige Herausgabe des Streitobjekts im Fall seiner, des Verklagten, Verurteilung leistet. Auch bei der *actio confessoria* und *negatoria* fand Satisdation des Beklagten durch eine der *cautio iudicatum solvi* analoge Kaution statt. Bei den Klagen *de usufructu* und den über *servitutes rusticae* hatte die Kaution den Inhalt, daß der Beklagte wegen der Früchte und Nutzungen, welche er während der Dauer des Prozesses bezogen, dem Kläger Ersatz leisten werde (l. 5 § 6 D.

[1] Pandekten II, § 450, A. 8. [2] Vgl. Lenel, Palingenesia I, p. 1013.
[3] L. 4 §§ 1 u. 2 D. h. t. § 6 I. de off. i. 4, 17. [4] L. 4 § 3 D. h. t.

si ususfr. pet. 7, 6: *Sicut fructuario in rem confessoriam agenti fructus praestandi sunt, ita et proprietatis domino, si negatoria actione utatur —).* Anders mußte der Inhalt der Kaution sein, wenn der Konfessorien- oder Negatorienkläger im Besitz war. Auf diesen Fall bezieht sich, wie FRANCKE[1] gezeigt hat, die l. 7 D. de aq. cott. 43, 20 (Paul. sent. V, 6 § 8c). Dem im Besitz der Servitut bezw. im Besitz der Freiheit der Sache befindlichen Kläger kann nicht dahin kaviert werden, daß ihm während des Prozesses gezogene Früchte, falls der Beklagte unterliege, restituiert werden sollen. Das ist selbstverständlich, wird aber auch ausdrücklich in den weiter folgenden Worten von l. 5 § 6 D. cit. ausgesprochen: *sed in omnibus ita demum, si non sit possessor qui agat (nam et possessori competunt): quod si possident, nihil fructuum nomine consequentur.* Der Schluß der Stelle giebt dann an, daß der Inhalt der vom *iudex* aufzuerlegenden Kaution hier nur dahin gehen könne, daß der Kläger während des Prozesses ungestört seinen behaupteten *ususfructus* ausüben, der die Freiheit vom *ususfructus* besitzende Negatorienkläger aber während der Dauer des Prozesses nicht gestört werde. Das gleiche spricht l. 7 D. cit. in Bezug auf *confessoria* und *negatoria* über *servitutes rusticae* aus. Dem (im Besitz befindlichen) eine Wege- oder Wassergerechtigkeit geltend machenden Kläger soll vom Beklagten Kaution geleistet werden müssen, daß er jenen während der Dauer des Prozesses nicht an der Ausübung der behaupteten Gerechtigkeit hindern werde, dem (im Besitz befindlichen) Negatorienkläger aber dahin, daß der Beklagte das angebliche Servitutrecht während der Dauer des Prozesses nicht ausüben werde. — Etwas anders gestaltet sich die Sache für die Klagen in Bezug auf *servitutes habendi.* Bei diesen ist die Klage eine verschiedene, je nachdem die betreffende bauliche Anlage hergestellt werden soll oder bereits hergestellt ist, je nachdem also der angebliche Servitutberechtigte im Besitz der Servitut oder der Eigentümer der Sache im Besitz der Freiheit ist. Ist die betreffende Anlage noch nicht hergestellt, so lautet die Konfessorienklage z. B. auf das *ius esse — tigna immittere,* die *negatoria* auf *ius non esse — tigna immittere,* und die Kaution des Beklagten muß bei der *confessoria* dahin gehen, daß er dem Kläger ersetzen werde, was er gehabt haben würde, wenn er bereits während des Prozesses hätte das Recht ausüben dürfen, die Kaution des Beklagten bei der *negatoria* dahin, daß er dem Kläger ersetzen werde, was er gehabt haben würde, wenn während des Prozesses nicht gebaut wäre. Für den Fall aber, daß die betreffende Anlage bereits hergestellt ist, lauten die zu gebenden Klagformeln anders, nämlich die *confessoria* auf *ius esse — tigna immissa habere,* die *negatoria* auf *ius non esse, tigna immissa habere.* Den Grund davon, daß hier besondere Klageformeln aufgestellt sind, sehe ich darin, daß bei Beibehaltung der vorher genannten Formeln die Kaution des Beklagten nur dahin hätte gehen können, daß er den Kläger während der Dauer des Prozesses in seinem Besitze nicht stören werde. Das erschien hier, wo durch Herstellung des Baues der Zustand des Grundstücks verändert war, nicht als genügend. Der auf *ius esse, tigna immissa habere* lautenden *confessoria* gegenüber mußte der Beklagte kavieren, daß er die während des Prozesses etwa beseitigte Anlage im Fall seines Unterliegens wiederherstellen bezw. dem Kläger den Schaden ersetzen werde, der auf *ius non esse — tigna immissa habere* lautenden *negatoria* gegenüber mußte die Kaution dahin ge-

[1] *Diss. de cautionibus in confessoria et negatoria actione a reo olim praestandis. Jenae 1837.*

leistet werden, daß dem Kläger im Fall seines Sieges der Schaden ersetzt werden solle, den er dadurch gehabt, daß die widerrechtliche Anlage nicht sofort beseitigt sei.

Leistet der Beklagte die ihm gegenüber einer in *rem actio* obliegende Kaution nicht, so wird er vermöge Interdikts gezwungen, den Besitz auf den Kläger zu übertragen. Drei solche Interdikte sind uns bekannt: das *interdictum quem fundum* für die *rei vindicatio*, das *interdictum quam hereditatem* für die *hereditatis petitio* und das *interdictum quem usumfructum* für die *confessoria actio* zur Geltendmachung des *usus-fructus*. Von der Kautionspflicht des Beklagten gegenüber der *ususfructus vindicatio* spricht auch l. 60 § 1 D. de usufr. 7, 1, eine Stelle, deren Sinn hier kurz dargelegt werden mag. Zunächst wird gesagt, daß die *ususfructus vindicatio* nicht bloß gegen den Eigentümer der dienenden Sache, sondern auch gegen den die dienende Sache besitzenden Nichteigentümer angestellt werden könne. Wie aber, wenn über das Eigentum der betreffenden Sache zwischen zwei Personen ein Prozeß schwebt? Vielleicht verliert der Besitzer den mit dem andern Eigentumsprätendenten schwebenden Prozeß bald und muß diesem die Sache herausgeben. Was würde dann dem Usufruktuar das gegen den Besitzer erstrittene obsiegliche Urteil helfen, dem siegenden *petitor* gegenüber wäre es eine *res inter alios iudicata*. Der Besitzer soll also (vorläufig) dem Usufruktuar dahin Sicherheit leisten, daß er ihn an der Ausübung des *ususfructus* nicht hindern werde, solange er *de iure suo probet*, solange also der Prozeß mit dem *petitor* nicht entschieden ist. Anders gestaltet sich die Sache, wenn des Usufruktuars Recht vom Besitzer bestritten wird *(si ipsi usufructuario quaestio moveatur)*. Als *petitor* bei der *confessoria* bekommt er während der Dauer des Prozesses nicht die Ausübung des behaupteten *ususfructus (interim usus-fructus eius differtur)*, aber es muß ihm vom beklagten Besitzer der Sache Kaution bezüglich dessen geleistet werden, was dieser an Früchten (und sonstigen Nutzungen) während des Prozesses ziehen wird (ganz entsprechend der Kaution bei der *rei vindicatio)*, oder es ist, wenn ihm nicht *satisdatio* geleistet wird, ihm selbst das *frui* zu gestatten. Das ihm zuständige *interdictum quem usumfructum* wird hier nicht genannt. Wie nun aber, wenn nicht ein *ususfructus*, sondern eine Prädialservitut, etwa eine Wegegerechtigkeit, mit *confessoria actio* geltend gemacht wird? Auch da kam dem Beklagten während der Dauer des Prozesses nicht die Ausübung des angeblichen Servitutrechts zu, andererseits bestand auch hier eine Satisdationspflicht des Beklagten und war im Fall mangelnder Defension, also unterlassener *satisdatio*, die *possessio* zu transferieren. Wurde diese *translatio possessionis* hier auch vermöge eines Interdikts erzwungen? Auffällig ist jedenfalls, daß weder in den von den *interdicta quem fundum* u. s. w. redenden Stellen[1] ein solches Interdikt genannt wird, noch überhaupt in unseren Quellen eine Spur desselben sich findet. Dennoch geht die, wie es scheint, ziemlich allgemeine Meinung[2] dahin, daß ein dem *interdictum quem fundum* entsprechendes Interdikt zum Zweck der *translatio possessionis* auch in dem hier in Frage stehenden Fall proponiert war, oder daß das *interdictum quem fundum* mit einigen Modifikationen in der Formel hier zur Anwendung kam. Vorerst ist darauf hinzuweisen, daß das *interdictum quem usumfructum* keine genügende Analogie dafür bietet, daß auch bei den Prädialservituten die *translatio posses-*

[1] Ulp. inst. fr. Vindob. § 4. Fr. Vat. 92. L. 45 D. de damno inf. 39, 2.

[2] Rudorff, Ztschr. f. gesch. Rsw. XI, S. 357, A. 26. Jurisd. ed. § 246, S. 216. Lenel, Edictum § 255, S. 386 f. Burckhard, Operis novi nunciatio S. 356 f.

sionis vermöge eines ähnlichen Interdikts geschehen sei, denn bei der *confessoria actio* zur Geltendmachung des Usufrukts gegen den Besitzer der Sache handelt es sich doch immer um Herausgabe der Sache zur Detention an den Usufruktuar. Bei den Klagen zur Geltendmachung oder Bestreitung einer Prädialservitut handelt es sich aber darum nicht, sondern nur um die Vor- oder Nichtvornahme gewisser Handlungen an der Sache. Hier ließ sich die *translatio possessionis* einfach unmittelbar durch Auferlegung von Kautionen bewirken; und wenn in den Quellen nur von solchen die Rede sein sollte, so haben wir gar keine Veranlassung, hier Interdikte zum Zweck der *translatio possessionis* anzunehmen, von denen sich keine Spur findet. Die in Betracht kommenden Quellenstellen reden nur von Kautionen. Nach l. 45 D. de damno inf. 39, 2 *(Scaevola libro duodecimo quaestionum a quo fundus petetur si rem nolit)* wird gegenüber einem bereits hergestellten Bau die Servitutenklage mit der *intentio tibi ius non esse habere* angestellt. Bei mangelnder *defensio* soll die *possessio* transferiert werden: *non quidem, ut protinus destruatur opus (iniquum enim est demolitionem protinus fieri), sed ut id fiat, nisi intra certum tempus egeris ius tibi esse aedificatum habere.* Dies läßt sich nur von der Auferlegung einer Kaution an den Verklagten verstehen, des Inhalts, daß er den Bau beseitigen werde, falls er nicht innerhalb der bezeichneten Frist jene Klage angestellt haben werde. Andern Inhalts muß die Kaution sein, wenn geklagt wird, bevor gebaut ist. Davon handelt Africanus in l. 15 D. de o. n. n. 39, 1. Nach dieser Stelle soll, wenn geklagt wird, *ius vicino non esse aedes altius tollere* und keine Satisdation seitens des Beklagten gestellt wird, der *iudex* dem Beklagten die Kaution auferlegen, daß er nicht eher bauen werde, als bis er seinerseits geklagt: *ius sibi esse aedes altius tollere;* und umgekehrt soll, wenn geklagt wird: *ius sibi esse invito adversario altius tollere* und keine Satisdation des *adversarius* erfolgt, der *iudex* diesem die Kaution auferlegen, daß er weder durch *operis novi nuntiatio* noch durch Gewaltthätigkeit das Bauen des Klägers hindern werde. Nach Rudorff[1] u. a. soll der hier erwähnte *iudex* nicht der *iudex* in der Hauptsache, der *actio confessoria* und *negatoria,* sein können, sondern es sei an den *iudex* in dem Interdiktsprozeß zu denken. Was nun diese letztere Annahme betrifft, so ist dieselbe nach der Fassung der Stelle, welche nicht die geringste Spur einer Interpolation bietet, einfach unmöglich; denn es heißt, der *iudex* solle dem, *cum quo ageretur,* nämlich, wie unmittelbar vorher gesagt ist: *ius vicino non esse aedes altius tollere,* die betreffende Kaution auferlegen, und ebenso verhält es sich bezüglich des darauf besprochenen umgekehrten Falls. An den *iudex* in der *confessoria* und *negatoria* soll nach Rudorff deshalb nicht gedacht werden können, „weil, wenn der Beklagte sich nicht *in iure* defendierte, überall kein *iudicium* in der Hauptsache konstituiert sein, wenn er aber *in iudicio* ausblieb, nicht mehr von einem Umtausch der bereits konstituierten Parteirollen die Rede sein konnte". Allein es handelt sich hier nicht um Ausbleiben *in iudicio,* sondern um Nichtleistung der *satisdatio.* Zwar erfolgte wohl in der Regel die Ableistung der *stipulatio iudicatum solvi* schon vor der Litiskontestation, sie konnte derselben aber auch erst folgen. Wenn nun *post acceptum iudicium* die *satisdatio* noch nicht geleistet war, sondern auch jetzt ausblieb, so erfolgte nicht etwa einseitige Fortsetzung des *iudicium* durch den Kläger, woran dieser selbst gar kein Interesse gehabt hätte, da inzwischen der Verklagte Besitzer blieb, sondern *translatio possessionis.* Dies

[1] Ztschr. f. gesch. Rswiss. IX, S. 36.

geht unwiderleglich aus Ulp. Inst. IV (ed. Krüger p. 159) hervor, wo gesagt wird: — *nam si fundum vel hereditatem ab aliquo petam nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem;* denn *litem non defendere* kann man, wie Rudorff selbst bemerkt, nur sagen, wenn der Beklagte bereits das Judicium übernommen hat und dadurch der Prozeß *lis* geworden ist. War nun die *translatio* durch Kaution zu bewerkstelligen, nicht durch Interdikt, so brauchte der Prätor nicht mehr angegangen zu werden, sondern man konnte die Auferlegung der betreffenden Kautionen ruhig dem *iudex* überlassen.

Fragen müssen wir hier nun auch, was es mit der seit Zachariä[1] von den meisten Schriftstellern angenommenen,[2] in neuester Zeit wieder von Lenel[3] geleugneten besonderen *prohibitoria actio* neben der *negatoria* für eine Bewandtnis habe. Mir scheint die Existenz einer *actio prohibitoria* nach wie vor durch l. 5 pr. D. si ususfr. pet. 7, 6 und l. 11 D. si serv. vind. 8, 5 bewiesen. Beide Stellen der Digesten und das Zeugnis der Byzantiner[4] stützen einander; wir werden demnächst aber auch noch einer andern Spur der *prohibitoria* begegnen. Lenel will die erste Stelle durch folgende Auslegung beseitigen, sie besage: die *actio negatoria* sei trotz des trügerischen Anscheins eine Klage *de proprio iure*, da die Klagebehauptung laute: *„invito se ius non esse"* oder (mit anderen Worten, um die Bedeutung dieses *invito se* affirmativ wiederzugeben, das darin versteckte *ius proprium actoris* ans Licht zu ziehen), *sibi ius esse prohibendi.* Wenn man aber auch die Stelle so auslegt, so müßte man doch sagen, daß der Jurist in derselben auf eine besondere *formula prohibitoria* anspiele; denn daß der Kläger mit der *actio negatoria* trotz der negatorischen Formel *de suo iure* klage, beweist er durch die Vergleichung mit der ihr in dieser Beziehung ganz gleichstehenden, affirmativ lautenden *formula prohibitoria.* Auch in l. 11 D. si serv. vind. 8, 5 sind in einer Frage nebeneinander gestellt das *agere ius sibi prohibendi esse vel illi ius aedificandi non esse.* Es kann sich nicht wohl bei dem *agere ius sibi prohibendi esse* um die *operis novi nuntiatio* und das sich an dieselbe anschließende Interdiktsverfahren handeln, schon aus dem Grunde nicht, weil die *operis novi nuntiatio* vor erteilter Remission den Bau inhibiert, mag die *prohibitio iure* oder *iniuria* geschehen sein. Es ist aber in der ganzen Stelle nur an petitorische Klagen, nicht an *remedia* possessorischer Natur gedacht, wie die gleich darauf erwähnte Klage *ius tibi non esse ita aedificatum habere* zeigt. Nicht genügend erklärt ist aber die Nebeneinanderstellung einer *negatoria* und *prohibitoria actio*, solange es nicht gelungen, sachliche Unterschiede zwischen ihnen aufzufinden. Denn daß, sagt Zachariä mit Recht, die Prätoren in ihrem Edikt bloße Stilübungen angestellt hätten, ist gewiß nicht glaublich. Um den Unterschied zwischen der *negatoria* und der *prohibitoria formula* zu ermitteln, müssen wir von dem Sinn des *prohibere* ausgehen. *Prohibere* bedeutet verhindern, daß etwas geschehe. Wie alle *interdicta prohibitoria* zeigen, hat ein auf ein *prohibere* gerichtetes Rechtsmittel nur Bedeutung gegenüber einem noch bevorstehenden Handeln, nicht gegen-

---

[1] Ztschr. f. gesch. Rsw. XII, S. 258.

[2] Vgl. den Bericht bei H. Schott, Das *ius prohibendi* und die *formula prohibitoria* S. 50 ff., welcher selbst eine *formula prohibitoria* annimmt. Ebenso hat sich gegen Lenel erklärt Ferrini, *Sull' esistenza della formola proibitoria nell' albo pretorio in Studi giuridichi e storichi pubblicati per l' VIII centenario dell' università di Bologna.*

[3] Ztschr. d. Savignystift. II, S. 72 ff. Edictum S. 149 f.

[4] Schol. des Stephanus zu l. 5 pr. D. cit. Suppl. Basil. ed. Zachariä p. 112 sq. Die sonstigen Zeugnisse s. bei Schott, a. a. O.

über dem bereits geschehenen. Auch eine *actio prohibitoria* kann nur das Ziel haben, zu verhindern, daß etwas vielleicht Beabsichtigtes, aber noch nicht Vollbrachtes geschehe. In Bezug auf ein *aedificatum* läßt sich wohl eine *actio negatoria*, aber keine *prohibitoria* denken. Die *actio prohibitoria* setzt also eine in dem betreffenden Recht liegende Befugnis voraus, nicht etwa bloß die Beseitigung des dem Recht zuwider Geschehenen zu verlangen, sondern die, daß das dem Recht Widersprechende überhaupt unterbleibe. Eine solche Prohibitionsbefugnis hat nur gegenüber solchen Eingriffen in das Recht Sinn, welche irgend welche dauernde Veränderung der Sache bewirken, also nicht etwa gegenüber einem unbefugten Gehen, Reiten über mein Grundstück, wohl aber namentlich gegenüber irgend welcher Veränderung der Bodenfläche. Unzweifelhaft liegt nun im Eigentum eines Grundstüchs eine derartige Prohibitionsbefugnis, wobei immer noch dahingestellt bleibt, welchen Umfang dieses Prohibitionsrecht habe. Sie liegt aber auch in gewissen Servitutrechten, und zwar unzweifelhaft in den negativen Gebäudeservituten, unzweifelhaft nicht in den *servitutes rusticae*, wie Wegegerechtigkeiten. Wohl aber liegt eine solche Prohibitionsbefugnis in den affirmativen Gebäudeservituten, wie der *servitus oneris ferendi, tigni immittendi, projiciendi protegendive.* Für die *servitus oneris ferendi* ist das ausdrücklich in den Quellen anerkannt (l. 6 § 7 D. si serv. vind. 8, 5). Das beweist aber für die in dieser Beziehung ganz gleichartigen *servitutes tigni immittendi* bezw. *tignum immissum habendi, proiiciendi* bezw. *proiectum habendi.*[1] Solche Servitutberechtigte haben gegenüber derartigen Veränderungen, an deren sofortiger Unterlassung sie ein besonderes Interesse haben, die *actio prohibitoria.* Mit der Anstellung der *actio prohibitoria* wird immer die Wirkung verbunden gewesen sein, daß während der Dauer des Prozesses die beabsichtigte Handlung unterbleiben mußte, wofür der Beklagte Kaution zu stellen hatte, während bei der Anstellung der *confessoria* oder der *negatoria* der Beklagte gegen Stellung der *satisdatio iudicatum solvi* die beabsichtigte Änderung vornehmen, also z. B. das sein Grundstück überragende Vordach beseitigen konnte. Von dem Bestehen einer *prohibitoria actio* in diesem Sinne findet sich eine Spur noch in l. 6 § 1 D. si servitus vindicetur 8, 5: — *et si forte non habeo altius aedificatum in meo, adversarius meus possessor est: nam cum nihil sit innovatum, ille possidet et aedificantem me prohibere potest et civili actione et interdicto quod vi aut clam: idem et si lapilli iactu impedierit.* Unter der *civilis actio,* mit welcher das *prohibere* erreicht wird, kann nicht wohl die *negatoria* verstanden sein, denn bei dieser kann der Beklagte während des Prozesses bauen gegen *cautio iudicatum solvi.* Hier scheint aber daran gedacht, daß der Eigentümer mit der fraglichen *civilis actio* das Bauen sofort inhibieren könne. Auch in l. 15 D. de serv. pr. urb. 8, 2 ist vielleicht in den Worten: *quodcunque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi potest, si servitus debeatur* auf die *actio prohibitoria* angespielt. Jetzt wird auch erklärlich, warum wir in den Digesten nur ein paar verlorene Spuren des Unterschieds einer *negatoria* und *prohibitoria* haben. Zu Justinians Zeit war das Recht der Kautionen völlig umgestaltet, der seine Verteidigung selbst führende Beklagte gab *de re iudicata* nie mehr Kaution (§ 2 I. de satisdat. 4, 11: *Sive etenim*

[1] Der Versuch Schotts, a. a. O. S. 31, der *servitus oneris ferendi* vor jenen anderen im Text genannten Servituten auch den Charakter einer *servitus prohibendi* zu „vindizieren, scheint mir unhaltbar. Sofern dadurch das *ius tignum immissum habendi* gefährdet werden würde, darf auch der Nachbar, in dessen Wand die *tigna* eingelegt sind, diese Wand nicht verschlechtern.

quis in rem actione convenitur sive personali suo nomine, nullam satisdationem pro litis aestimatione dare compellitur. Auch bei *negatoria* und *prohibitoria* werden die Kautionen beseitigt sein, und Justinians Vereinfachungs- und Verschmelzungsdrang entsprach es nur, daß er nur eine Klage, die *negatoria,* beibehielt. Trotz der Beseitigung des realen Unterschiedes zwischen der *negatoria* und *prohibitoria* hat sich die verschiedene Klageform wahrscheinlich durch Macht der Gewohnheit in der Praxis fortgeschleppt, so daß die byzantinischen Juristen dieselbe noch kannten.

b. Die *operis novi nuntiatio.*

§ 43. Es ist bestritten,[1] ob die *operis novi nuntiatio* ein altciviles Institut sei oder ob sie ihre Entstehung dem prätorischen Edikt verdanke. Meines Erachtens ist das erstere das Richtige, aber unzweifelhaft, daß der Prätor demnächst die *nuntiatio* so unter den Schutz seiner Jurisdiktion gestellt und namentlich das infolge derselben stattfindende Verfahren so entwickelt und fortgebildet hat, daß sie in den Schriften der Juristen, aus welchen wir fast allein unsere Kenntnis derselben zu schöpfen haben, als ein wesentlich prätorisches Institut erscheint und die Spuren ihres civilen Ursprungs verwischt und verdunkelt sind. Für den civilen Ursprung spricht einmal die Zusammenstellung der *operis nuntiatio* mit zwei anderen altcivilen Instituten des Nachbarrechts in den Digesten: dem Verfahren wegen *damnum infectum* und der *aquae pluviae arcendae actio.* Daß diese Zusammenstellung eine althergebrachte war und in das Digestensystem aus dem prätorischen Edikt übergegangen ist, zeigt die *lex Rubria,*[2] in welcher sich auch, offenbar in Nachahmung des prätorischen Edikts, die Nebeneinanderstellung der *operis novi nuntiatio* und der *cautio damni infecti* findet. Es verdient weiter Beachtung, daß Gaius, ebenso wie über *damnum infectum* und *actio aquae pluviae arcendae,* über die *operis novi nuntiatio* in besonderen Büchern *ad edictum urbicum* gehandelt hat (l. 9 D. h. t.: *Gaius ad edictum urbicum titulo de operis novi nuntiatione*). Es weist dies darauf hin, daß alle drei altrömischen Institute zunächst in das Edikt des *praetor urbanus* übergingen. Nun ist zwar unzweifelhaft, daß auch: *in provinciali praedio, si quid fiat, operis novi nuntiatio locum habebit.* Gaius spricht daher auch in seinem Kommentar zum *edictum provinciale* von der *operis novi nuntiatio.* Aber schon, daß er es für nötig hielt, in besonderer Ausführung über den Titel *de operis novi nuntiatione* des *edictum urbicum* zu handeln, läßt auf eigentümliche Bestimmungen über jene in diesem Edikt schließen. Was er über die *operis novi nuntiatio* in l. 3 § 3 D. de alienat. 4, 7, entnommen aus dem 4. Buch des Kommentars *ad edictum provinciale,* sagt, weicht in auffälliger Weise von dem sonst für die *operis novi nuntiatio* geltenden Satze ab. Nach dieser Stelle soll eine *nuntiatio* nur gegenüber dem Eigentümer Kraft haben, welchem nuntiiert ist, nicht mehr demjenigen gegenüber, an welchen er dann das Grundstück verkauft hat. Danach wird es wahrscheinlich, daß die *operis novi nuntiatio* auf die Provinzen nur in abgeschwächter Weise übertragen ist;[3]

---

[1] Vgl. die litterarischen Angaben bei Burckhard, Die *operis novi nunciatio* S. 7 ff., und Schott, a. a. O. S. 14, A. 1.

[2] Vgl. das Bruchstück des cap. XIX und das cap. XX bei Bruns-Mommsen, Fontes p. 95 sqq.

[3] Schott, a. a. O. S. 15, äußert die Meinung, Ulpian habe l. 3 pr. D. cit. nicht so, wie überliefert ist, geschrieben. Wahrscheinlich sei, daß es im ursprünglichen Text der l. 3

sie bewirkte dort nicht in voller Strenge den dinglichen, das Grundstück ergreifenden Bann, dessen einfache Konsequenz es war, daß auch der Singularsuccessor dadurch gebunden wurde (l. 8 § 7 D. de o. n. n. 39, 1). Eine so streng durchgeführte Dinglichkeit des Bannes erschien in den Provinzen als etwas zu Fremdartiges. Die Juristen versuchten nun freilich in anderer Weise zu helfen: sie wollten gegen den Nuntiaten, der veräußert hatte, wenn der Käufer nun jener erloschenen Nuntiation zuwider das *opus* vorgenommen, die Klage wegen *alienatio iudicii mutandi causa facta* geben, was sich allerdings nicht halten ließ.

Wäre die *operis novi nuntiatio* ein rein prätorisches *remedium*, so müßte man erwarten, daß in jedem Fall der Magistrat um seine Erlaubnis zum Nuntiieren hätte angegangen werden müssen, wenn er sie dann auch ohne weiteres unter gewissen Voraussetzungen erteilt hätte. Es kann aber jemand wirkungsvoll nuntiieren, *et si eum (Praetorem) non adierit*;[1] und wenn der Prätor, dennoch angegangen, seine Genehmigung nicht erteilt, so erscheint dies als ein *denegare operis novi nuntiationem*,[2] ähnlich wie der Prätor eine *actio*, welche *ipso iure competit, denegare* kann. Es kann der geschehenen *nuntiatio* an Erfordernissen fehlen, welche schon das Civilrecht aufstellte: dann ist sie civilrechtlich nicht bindend, wenngleich es dabei als möglich erscheint, daß das Edikt von dem betreffenden Erfordernis des Civilrechts absieht, die *nuntiatio* also nach prätorischem Recht doch *tenet*. Es giebt aber Erfordernisse, welche nicht das Civilrecht, sondern erst der Prätor macht; sind diese nicht vorhanden, so versagt der Prätor, auch wenn die *nuntiatio* dem Civilrecht gemäß geschehen ist, die *exsecutio novi operis nuntiationis*, bezw. erteilt Remission. So ist, wenn die Nuntiation von einem *servus* ausgeht oder von einem Pupillen *sine tutore auctore* vorgenommen wird, dieselbe schon civilrechtlich ungültig.[3] Wenn aber die *nuntiatio* geschieht gegenüber *opera*, deren Aufschub gefahrbringend sein würde, so ist zwar dieselbe civilrechtlich nicht ungültig, aber der Prätor hat solche *opera* im Edikt ausgenommen, in solchem Falle wird also vom Prätor die *operis novi nuntiatio* prohibiert oder die *exsecutio* derselben verweigert.[4] — Ferner spricht für den civilrechtlichen Ursprung der *nuntiatio*, daß die Aufhebung derselben durch den Prätor, die *remissio*, nicht direkt wirken kann. Wäre die *nuntiatio* ein rein prätorisches *remedium*, so würde die Aufhebung durch den Prätor direkt wirken; in der That wirkt sie, wie das 19. Kapitel der *lex Rubria* zeigt, nur *ope exceptionis*, denn den Municipalmagistraten des cisalpinischen Galliens war offenbar die Befugnis gegeben, damit der Nuntiat zu solchem Zweck nicht erst nach Rom zu gehen brauchte, eine in ihrem Bezirk geschehene *nuntiatio* zu remittieren, was an sich ein Akt des Imperium war, und infolge dieser gesetzlichen Gestattung konnte die *remissio* eines Municipalmagistrats keine geringere Wirkung haben, als die des Prätor selbst.[5] Auch die Fassung des Remissionsdekrets

---

pr. geheißen habe: *o. n. n. locum non habet.* Dabei übersieht Schott, daß Gaius in seinem Kommentar zum *edictum provinciale* die *operis novi nuntiatio* betreffende Fragen erörtert. Wie hätte er sich dazu veranlaßt finden können, wenn die *operis n. n.* nicht auf Provinzialgrundstücke Anwendung gefunden hätte?

[1] L. 1 § 2 D. de op. n. n. 39, 1. [2] L. 19 D. h. t. [3] L. 5 pr. § 1 D. h. t.

[4] L. 6 § 12 D. h. t.

[5] Burckhard, Die *operis novi nuntiatio* S. 265, meint, da die gewöhnlichen Formelworte (des *interdictum demolitorium)* vor der *lex Rubria* immer nur von der durch den Prätor erteilten Remission hätten verstanden werden können und als ständiges Glied dieser Formel immer nur diesen Sinn gehabt hätten, so sei es offenbar geboten gewesen, diesen besondern Fall durch eine spezielle *exceptio* aufzunehmen. Wäre das richtig, so würde man

selbst beweist, was bisher noch nicht beachtet zu sein scheint, die civilrechtliche Kraft des Nuntiationsakts. Der Prätor sagt: *Quod ius sit illi prohibere, ne se invito fiat, in eo nuntiatio teneat: ceterum nuntiationem missam facio.* Das Civilrecht kennt keine Aufhebung der Nuntiation durch Remission, der Bann ist nach ihm ein unbedingter. Diesen Bann sanktioniert auch das Edikt vorläufig unbedingt. Auf Antrag des Nuntiaten aber sanktioniert der Prätor diesen Bann nur für den Fall der Existenz eines *ius prohibendi* des Nuntianten, für den Fall der Nichtexistenz aber nicht mehr. Hätte die Kraft der *nuntiatio* überhaupt nur auf dem Edikt, nicht auch auf dem Civilrecht beruht, so hätte der Prätor sich mit dem Ausspruch begnügen können: *Quod ius sit illi prohibere* etc., *in eo nuntiatio teneat;* damit wäre deutlich genug gesagt gewesen, daß für den Fall der Nichtexistenz des *ius prohibendi* die *nuntiatio* nicht *tenere* solle, aber er fügt doch noch hinzu: *ceterum nuntiationem missam facio.* Damit hat er jenes Selbstverständliche nicht noch einmal ausdrücklich ausgesprochen, sondern er hebt damit den civilrechtlich unbedingten Bann auf. Danach wird denn auch Ulpians Erklärung des Remissionsdekrets in l. 1 § 2 D. de remiss. 43, 25 verständlich. Die Worte des Prätor sollen sagen, die *remissio* sei nur erfolgt, *ubi nuntiatio non tenet,* d. h. prätorisch nicht bindend ist, wie aus dem Folgenden hervorgeht: *et nuntiationem ibi demum voluisse praetorem tenere, ubi ius est nuntianti prohibere, ne se invito fiat.* Also in diesem zweiten Stadium bestätigt der Prätor den civilrechtlichen provisorischen Bann nur für den Fall der Existenz des *ius prohibendi,* sonst aber hebt er diesen civilrechtlichen Bann auf.

Auf den civilrechtlichen Ursprung des Instituts weist auch hin, daß das *interdictum demolitorium* ein *perpetuum* ist.[2] Gaius sagt IV, 110, daß zwar meistens der Prätor die Klagen, welche er vermöge seiner *iurisdictio* neu aufgestellt, nur innerhalb eines Jahres gewähre, zuweilen aber doch das *ius civile* nachahme: auch die *actio furti manifesti* werde *perpetuo* gegeben, da die *poena pecuniaria* an die Stelle der (civilrechtlichen) *capitalis poena* getreten sei. Bei dem *interdictum demolitorium* fällt nun umsomehr auf, daß es ein *perpetuum* ist, da nach der in l. 35 D. de obl. et act. 44, 7 mitgeteilten Regel des Cassius nur die *honorariae actiones* (wozu auch Interdikte gerechnet werden), *quae rei persecutionem habeant, etiam post annum,* die übrigen (namentlich also die *poenales*) nur *intra annum* gegeben werden. So wird auch das *interdictum de vi* nur *intra annum* gegeben. Vom *interdictum demolitorium* wird nun gesagt,[3] daß *in restituendo huiusmodi opere eius, qui contra edictum fecit, poena versatur,* und dennoch soll es ein *perpetuum* sein. Die Regel des Cassius war gewiß nicht ohne Ausnahmen, die aber eben ihre besonderen Gründe hatten. So wird das *interdictum de vi armata* eben, weil die Art der Gewalt als eine besonders strafwürdige erscheint, auch *post annum* gegeben. Ein besonderer Grund mußte auch dafür vorliegen, daß das auf eine *poena* gerichtete *interdictum demolitorium* als ein *perpetuum* gewährt wurde. Dieser kann meines Erachtens nur derselbe sein, welchen Gaius dafür angiebt, daß die *actio furti manifesti* als *perpetua* aufgestellt wurde. Auch das *interdictum demolitorium* ist an die Stelle einer ältern civilrechtlichen Rechtsverfolgung getreten, welche gegenüber dem einer *nuntiatio* zuwider Bauenden stattfand, und zwar, ohne daß dieselbe einer Verjährungsfrist unterworfen gewesen wäre. Welcher Art diese

---

einfach geändert haben: *antequam IIvir IIIIvir praefectusve eius municipii nuntiationem missam faceret.*

[1] L. 20 § 6 D. h. t. [2] L. 22 D. h. t.

Rechtsverfolgung war, ob dem Nuntianten nur Selbsthilfe gestattet war, oder ob, wofür wohl mehr spricht, der Anspruch auf Beseitigung des *opus* in Form einer *legis actio* geltend gemacht werden konnte, wissen wir nicht mehr. — Für den civilrechtlichen Ursprung der *nuntiatio* kann man auch anführen, daß nach l. 1 § 2 D. de op. n. n. 39, 1 die *nuntiatio omnibus diebus fieri potest.* Die einzige plausible Erklärung dafür ist, daß die *operis nuntiatio,* wenn auch ein formaler Rechtsverfolgungsakt, doch keine *legis actio* sei, also auch an einem *dies nefastus* geschehen könne.

Von solchen einzelnen Beweisen abgesehen, spricht aber auch die ganze hier zu entwickelnde Natur des Nuntiationsakts dafür, daß wir es hier mit einem Produkt des alten Civilrechts, welches demnächst nur unter den Schutz der prätorischen Jurisdiktion gestellt ist, zu thun haben. Die *nuntiatio* ist ein privater Willensakt, und zwar, wenn auch kein gerichtlicher, doch ein der Rechtsverfolgung dienender, an welchen sich ein prozessualisches Verfahren anschließen kann, als dessen Beginn er schon erscheint. Schon dadurch unterscheidet sich die *nuntiatio* wesentlich von der *prohibitio,* deren Übertretung das *interdictum quod vi* begründet. Diese zeigt nur, *demonstrat,*[1] daß das beabsichtigte Werk des Prohibenten Willen widersprechen würde; sie ist daher nicht absolut notwendig: auch wenn der das *opus* Vornehmende sich sagen mußte, daß, wenn der andere sein Vorhaben wüßte, er ein Verbot einlegen würde, ist das *interdictum* als *quod clam* begründet. Die *prohibitio* ist also kein Akt prozessualer Natur, wie die *nuntiatio.* Daraus erklärt es sich, daß ein Sklave keine *nuntiatio* vornehmen kann, denn ein Sklave kann nicht Subjekt eines Prozesses, auch nicht als Vertreter eines andern sein.[2] Die das *interdictum de vi* vorbereitende *prohibitio* kann dagegen jemand sehr wohl durch seinen Sklaven kundthun.[3] Daher ist auch die *nuntiatio* eines Pupillen *sine tutore auctore* wirkungslos, weil ein Pupill nur *tutore auctore* einen Prozeß führen kann. Dagegen möchte ich annehmen, daß ein Pupille *infantia maior* auch *sine tutore auctore* wirksam eine *prohibitio* vornehmen kann, wenngleich mir eine dieses aussprechende Quellenäußerung nicht bekannt ist. Aus der prozessualen Natur des Nuntiationsakts erklärt es sich ferner, daß der Nuntiant (wenn auch wohl erst nach prätorischem Recht) auf Verlangen den Kalumnieneid schwören muß; es ist ungerechtfertigt, diesen Eid erst in das Verfahren über das *interdictum demolitorium* zu verlegen;[4] l. 5 § 14 D. h. t. sagt mit aller Deutlichkeit: *Qui opus novum nuntiat, iurare debet non calumniae causa opus novum nuntiare.* Sofort also, nachdem die Parteien sich nach geschehener *nuntiatio* zum Prätor begeben haben, wird dem Nuntianten auf Verlangen des Gegners vom Prätor der Kalumnieneid deferiert.[5] Dieser Eid ist entschieden prozessualischer Natur, er zeigt, daß die *nuntiatio* ein prozessualischer Akt ist. Auch daß, wer *procuratorio nomine* nuntiiert hat, die *satisdatio eam rem dominum ratam habiturum* leisten muß, zeigt die prozessuale Natur des Nuntia-

---

[1] L. 3 pr. D. quod vi 43, 24.

[2] Es ist mir übrigens zweifelhaft, ob die *operis novi nuntiatio,* welche ja nach Ediktsrecht *procuratorio nomine* geschehen kann (l. 1 § 3 D. h. t.), nach Civilrecht überhaupt durch einen Stellvertreter geschehen konnte.

[3] L. 3 pr. cit. [4] Vgl. Dernburg, Pandekten I, S. 542, A. 17.

[5] Daß es heißt: *Qui o. n. nuntiat, iurare debet, non calumniae causa o. n. nuntiare,* nicht *nuntiasse,* wie die Glosse nachhelfen wollte, spricht jedenfalls dafür, daß der Kalumniend sofort beim ersten Erscheinen der Parteien vor dem Prätor, bevor noch irgendwie fortgebaut war und es sich um das *demolitorium* handelte, geschworen wurde.

tionsakts. Daß eine Rechtsverfolgung vermöge solches privaten Willensakts geschieht und eine solche Wirkung hat, den Nuntiaten zur Unterlassung des *opus* zu verpflichten, entspricht entschieden mehr dem Zeitalter der *legis actiones,* als der Zeit, in welcher die magistratische Jurisdiktionsgewalt den ganzen Prozeß beherrscht. Es ist erklärlich, daß er in dieser spätern Zeit unter prätorischer Kontrolle fortbestand, aber nicht glaublich, daß ihn die prätorische Jurisdiktion erst ins Leben gerufen. Auch später empfängt er zunächst seine Kraft vom Civilrecht, dem das Edikt nur ergänzend, unterstützend, modifizierend zur Seite tritt.

Bevor wir angeben können, wie der Nuntiationsakt vorzunehmen war, ist der Zweck desselben zu erörtern. Die *nuntiatio* ist gerichtet *adversus futura opera — hoc est adversus ea, quae nondum facta sunt:*[1] sie soll ein beabsichtigtes, noch nicht hergestelltes *opus* wenigstens vorläufig verhindern. Das liegt schon im Namen des Akts, es soll das *novum opus* unterbleiben, doch weist noch der Ausdruck *novum opus nuntiare* für *opus novum omittendum* (oder ähnlich) *nuntiare* auf Entstehung in alter Zeit hin. *Opus* ist hier in prägnantem Sinne zu nehmen, es bedeutet ein Bauwerk. Das ist auch der Sinn der Äußerung Ulpians, wonach das Edikt nicht *omnia opera* umfasse, *sed ea sola, quae solo conjuncta sunt,*[2] denn unter den letzteren ist nicht etwa jedes *opus solo cohaerens* zu verstehen, sondern nur ein solches, welches künstlich, mechanisch mit dem Boden verbunden *(coniunctum)* ist. Es bedurfte also keiner restriktiven Interpretation, wie Burckhard meint,[3] denn das Wort *opus* wird auch sonst in diesem prägnanten Sinne genommen: es kann also nur von einer Deklarativinterpretation, und zwar einer *interpretatio stricta,* die Rede sein, welche der von Burckhard in Bezug genommene Savigny auch wohl nur im Auge hat. Vielleicht gerade, um solche Auslegung des Wortes *opus* von vornherein abzuschneiden, vermied der Edicent bei der Aufstellung des *interdictum quod vi aut clam* das Wort *opus;* es heißt in der Formel desselben nur: *Quod vi aut clam factum est.* Hier kann von einer Restriktivinterpretation gesprochen werden, denn: *quamvis verba interdicti late pateant,* so fand doch das Interdikt nach allgemeiner Annahme *(placere)* nur auf die *opera* Anwendung, *quaecumque in solo fiunt* (l. 1 § 4, l. 7 § 5, l. 9 § 3, l. 10 D. quod vi 43, 24). Fragen wir dann weiter, was näher als ein *opus solo coniunctum* im Sinne unseres Instituts angesehen wurde, so fiel nicht unter den Begriff das Stützen eines Hauses, sondern es wird erfordert ein *pristinam faciem operis mutare.*[4] Unter diese Charakterisierung fällt jeder Neubau, jede Erweiterung eines bestehenden Baues, etwa durch Aufsetzung eines Stockwerks oder einen Anbau, jedes Niederreißen oder teilweise Abtragen eines Baues. Im prätorischen Edikt wird ausdrücklich die *operis novi nuntiatio* verboten gegenüber dem *rivos vel cloacas reficere vel purgare.*[5] Ohne alles Bedenken kann das *reficere* der *cloacae* und *rivi* als ein *opus novum* betrachtet werden, denn dieses besteht in einem *tegere, substruere, sarcire, aedificare,* es ist also eine bauliche Veränderung damit verbunden. Eher kann Bedenken erregen, wie auch das *purgare* von *rivi* und *cloacae* als *opus novum* betrachtet werden könne, denn ein *purgare* ist auch bei einem *rivus,* welcher *integer* ist, denkbar. Immerhin ist der *rivus* selbst eine bauliche Anlage, und das *purgare* dieser vielleicht ganz verschlämmten Anlage kann als ein *faciem operis mutare* angesehen werden, wenn auch dabei selbst nicht gebaut wird. Gewöhnlich

[1] L. 1 § 1 D. h. t. [2] L. 1 § 12 D. h. t. [3] A. a. O. S. 17, A. 10.
[4] L. 1 §§ 11, 12, 13 D. h. t. [5] L. 6 § 11 D. h. t.

wird es bei dem *purgare* auch nicht ohne irgend welches *reficere* abgehen. Begonnen braucht übrigens das *opus* noch nicht zu sein: es genügt, daß an Ort und Stelle irgend welche Anstalten getroffen werden, welche auf den Willen, dort ein *opus novum* vorzunehmen, schließen lassen. Die *nuntiatio* muß aber *in re praesenti*,[1] an dem Ort, wo das *opus* vorgenommen bezw. befürchtet wird, eingelegt werden. Dies ist deshalb vorgeschrieben, weil die *nuntiatio* nicht etwa bloß einer bestimmten Person gegenüber Wirkung haben, sondern auf die Sache selbst einen Bann legen, dingliche Wirkung haben soll: an der Sache soll, soweit sich der Bann erstreckt und solange er dauert, von niemand ein *opus novum* vorgenommen werden dürfen. So wie das der Nuntiation zu Grunde liegende materielle *ius prohibendi* ein dingliches Recht ist, welches von jedem respektiert werden muß, so ist auch die *nuntiatio* von dinglicher Wirkung. Da die *nuntiatio in rem*, nicht *in personam* geschieht,[2] so kann gar nicht in dem Sinne von einem bestimmten Nuntiaten geredet werden, daß nur gegen ihn die Wirkung derselben ginge. Es werden zwar in den Quellen Wendungen, wie *tibi nuntiare, is cui nuntiatum est* u. ä. nicht selten gebraucht; damit soll aber nur der bezeichnet werden, welcher das *opus* vorzunehmen beabsichtigte, welchem gegenüber also die *nuntiatio* gerade ihre inhibierende Wirkung äußert, die sich aber darum nicht auf ihn beschränkt. Soll auf eigenem Boden das zu inhibierende *opus* vorgenommen werden, so ist der Eigentümer der Nuntiat, und soll auf fremdem Boden gebaut werden, so ist er der, welcher den Bau vornehmen lassen will. Dieser Nuntiandus braucht nicht selbst zugegen zu sein, um die Nuntiation zu vernehmen; es ist aber auch nicht zulässig, daß die *nuntiatio* ohne Beisein irgend welcher Person oder im Beisein beliebiger Dritter, welche zu dem Nuntiandus in gar keiner Beziehung stehen, geschieht; es muß vielmehr jemand bei der Sache zugegen sein, welcher zu dem Eigentümer des Grundstücks oder dem Unternehmer des *opus (domini operisve nomine)* in irgend einer Beziehung steht, welche ihn zu dieser rein passiven Vertretung qualifiziert. Dies können Werkleute sein, welche an dem *opus* arbeiten, oder ein Sklave, oder ein Weib, oder selbst Kinder, durch welche die *nuntiatio* dem Nuntiandus zu Ohren kommen kann.[3] Ob er sie wirklich erfahren, darauf kommt für die Wirkung der *nuntiatio* nichts an. Da der Nuntiandus bei dem Akt eine so rein passive Rolle spielt, so kann er auch gegenüber Abwesenden, Widerwilligen, nichts um den Akt Wissenden, Kindern, Geisteskranken wirksam geschehen, eine *auctoritas interpositio* des Tutors des Nuntiandus ist nicht nötig, ja nicht möglich.[4] Steht das Grundstück, auf welchem das *opus* vorgenommen werden soll, im Miteigentum mehrerer Personen, so genügt es, daß einem der Miteigentümer in dem bisher dargelegten Sinne nuntiiert sei.[5] Soll die Wirkung der *nuntiatio* auf das ganze Gebiet des beabsichtigten *opus* sich erstrecken, so ist eine weitere *demonstratio* nicht erforderlich: soll sie sich aber nur auf einen bestimmten Ort, einen bestimmten Teil jenes *opus* erstrecken, so muß dieser, auf den der Bann gelegt werden soll, genau angegeben werden.[6] Schon darin zeigt sich, daß die *nuntiatio* mündlich vorgenommen werden muß, denn dieses *demonstrare in re praesenti* ist doch ohne Worte nicht denkbar. Und wenn wir nun berücksichtigen, daß schon die Notwendigkeit der Vornahme des Akts *in re praesenti* ein for-

[1] L. 5 §§ 2 ff. D. h. t. [2] L. 10 D. h. t. [3] L. 5 § 3 D. h. t.
[4] L. 10 u. 11 D. h. t. [5] L. 5 § 5 D. h. t. [6] L. 5 § 15 D. h. t.

males Erfordernis ist, so werden wir kaum zweifeln können, daß die *nuntiatio* auch in dem Sinne ein Formalakt war, daß es dazu des Aussprechens einer bestimmten hergebrachten Wortformel bedurfte. Diese Formel oder Formeln sind uns nicht mehr erhalten; davon redende Stellen in die Digesten aufzunehmen, hatte kein irgendwie praktisches Interesse, da sie zu justinianischer Zeit gewiß schon weggefallen waren. Man kann sogar nach den Ausdrücken in l. un. C. d. n. o. n, 8, 11: — *si quis denuntiationem ad inhibendum opus miserit* — — *ex quo denuntiatio missa est* — — *sive recte denuntiationem emiserit* u. s. w. kaum zweifeln, daß sie nach der Praxis der damaligen Zeit nicht mehr mündlich und an Ort und Stelle zu geschehen brauchte. Auch Justinian hat durch seine Rechtsbücher nicht das Resultat erreicht, daß das in den Büchern verzeichnete und das *in praxi* geltende Recht übereinstimmten. Dem Gesagten nach können wir aus den Quellen auch keine direkte Auskunft erwarten, ob der Nuntiationsgrund in der Nuntiationsformel ausgedrückt war. Nehmen wir aber an, daß das Civilrecht bereits eine *operis novi nuntiatio*, aber noch keine Aufhebung des Banns durch ein prätorisches Dekret kannte, so werden wir uns dafür entscheiden müssen, daß in der Nuntiationsformel der Grund und Zweck der *nuntiatio* anzugeben war, um den Nuntiaten in den Stand zu setzen, zu erwägen, ob er etwa den auf die Sache gelegten Bann beseitigen bezw. die *nuntiatio* unbeachtet lassen könne. Und auch nach Einführung der Remissionen hatte doch jedenfalls der Nuntiat ein berechtigtes Interesse daran, gleich, ohne erst sich zum Magistrat begeben zu müssen, zu erfahren, ob er durch eine *stipulatio de operis novi nuntiatione* mit oder ohne Bürgenstellung oder durch eine *cautio damni defecti* sich das Recht zum einstweiligen Fortbauen verschaffen könne. Nach Ulpians Ausspruch in l. 1 §§ 16 f. D. h. t. ist die *causa nuntiationis* eine dreifache: sie geschieht *aut iuris nostri conservandi causa aut damni depellendi causa aut publici iuris tuendi gratia. Iuris nostri conservandi causa* nuntiieren wir, *quia ius aliquid prohibendi habemus.* Das *ius prohibendi* aber, welches wir durch die *nuntiatio conservare* wollen, kann das im Eigentum als solchem enthaltene, oder es kann ein durch *imponere* einer Servitut begründetes sein. In einer andern Stelle (l. 5 § 9 D. h. t.) teilt Ulpian eine von ihm gelobte andere Einteilung des Juristen Pedius mit; auch nach dieser ist die *causa nuntiationis triplex: naturalis*, d. i. das schon im Eigentum ohne weiteres liegende *ius prohibendi*, *publica*, d. i. die *nuntiatio publici iuris tuendi gratia*, endlich *impositicia*, d. i. die zur Konservation des auf einem Servitutrecht ruhenden Prohibitionsrechts geschehende. Hier ist also die *nuntiatio iuris nostri conservandi causa* in zwei *causae* zerlegt, die *naturalis* und *impositicia*, und daneben ist die *publica causa* als dritte gestellt, die *damni depellendi causa* ist ganz beiseite gelassen. Systematisch unrichtig ist diese Einteilung gewiß, aber eine streng logische Systematik ist nicht die Stärke römischer Juristen, und wir würden in Gefahr kommen, ihren Einteilungen ihnen fremde Gedanken unterzulegen, wenn wir voraussetzten, dieselben müßten den Anforderungen streng logischer Systematik entsprechen. Nach solcher hätte Pedius eine Zweiteilung hinstellen müssen: *causa privata* und *causa publica*, und bei der erstern die Unterabteilung machen: *causa naturalis* (Eigentum) und *impositicia* (Servitut). Der Fehler bestand darin, daß alle drei Glieder koordiniert wurden. Immerhin liegt allen drei *causae* der *nuntiatio* ein gemeinsamer Gedanke zu Grunde, welcher bei der *nuntiatio damni depellendi causa* wegfällt. Sowohl die *nuntiatio iuris nostri conservandi causa* in ihren beiden Fällen, als auch die *publici iuris tuendi gratia*

wollen den dem Recht (die eine den dem Privatrecht, die andere den dem *publicum ius)* entsprechenden thatsächlichen Zustand aufrecht erhalten gegenüber dem beabsichtigten *novum opus. Conservare* und *tueri* ist inhaltlich dasselbe. *Conservare* wird aber vorzugsweise in Anwendung auf Privatrechte, subjektive Rechte von Privatpersonen gebraucht, wie namentlich die aus dem zweiten Buch von Ulpians Institutionen entlehnte l. 41 D. de legibus 1, 3 zeigt: *Totum autem ius consistit aut in adquirendo aut in conservando aut in minuendo: aut enim hoc agitur quemadmodum quid cuiusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel ius suum conservet, aut quomodo alienet aut amittat;* bei dieser ganzen Erörterung ist wohl an Sachenrechte gedacht, insbesondere bei dem *rem vel ius suum conservare* an Eigentum und *iura in re aliena.*[1] Ulpian mag dabei vorzugsweise die *operis novi nuntiatio iuris nostri conservandi causa* vorgeschwebt haben. *Tueri* dagegen ist technisch für den Schutz und die Instandhaltung von öffentlichen und heiligen Sachen,[2] wie das *sarta tecta aedium sacrarum locorumque communium tueri* und Stellen, wie Cic. de leg. 3, 3, 7, zeigen. Bei diesen *iuris conservandi* oder *tuendi causa* stattfindenden Nuntiationen ist die Inhibition des *opus* der Zweck, und die Kaution nur ein Mittel, um einstweilen das Recht zum Fortbauen zu erlangen. Bei der *nuntiatio damni depellendi causa* ist dagegen der Zweck die Erlangung der *cautio damni infecti,* und die Inhibition des *opus* nur indirektes Zwangsmittel, Mittel zu diesem Zweck.[3] Die Nuntiationen *iuris conservandi* oder *tuendi causa* sind als die älteren, die *damni depellendi causa* als die jüngere anzusehen. Je nach der verschiedenen *causa nuntiationis* wird es ein besonderes Nuntiationsformular gegeben haben. Die Formel einer *nuntiatio iuris nostri conservandi causa* denke ich mir etwa so: *Quod ius mihi est prohibere (ne me invito fiat), in hunc locum nuntio, ne quid operis novi fiat.* Nicht zum Schutz jeder Realservitut ist die *operis novi nuntiatio* zulässig; sie ist zulässig nach den Quellen zum Schutz der *servitus ne prospectui officiatur, ne luminibus officiatur,*[4] *altius non tollendi,*[5] *oneris ferendi,*[6] nicht zulässig zum Schutz der *servitus viae,*[7] wenn jemand auf der *via* baut und so den Weg versperrt. Es muß also der Inhalt der Realservitut ein solcher sein, welcher unmittelbar ein Recht auf das Haben einer baulichen Vorrichtung oder auf das Verbieten einer solchen gewährt. Das ist bei den Servituten *ne prospectui officiatur* u. s. w. der Fall, ebenso z. B. bei der *servitus tigni immittendi,* der *servitus projiciendi protegendive,* kurz bei den Servituten, welche ein *ius prohibendi* in dem früher dargelegten Sinne enthalten.

Der *effectus nuntiationis* ist eine interimistische Aufrechterhaltung des *status quo,* des im Moment der Nuntiation vorhandenen faktischen Zustandes, und zwar nicht bloß dem Nuntiaten, sondern jedem gegenüber, auch gegenüber dem Singularsuccessor des Nuntiaten, also eine Art Besitzverhältnis. Das Besitzartige des durch die *nuntiatio* für den Nuntianten entstandenen Zustandes zeigt sich darin, daß durch den Tod des Nuntianten und die Veräußerung des Grundstücks, für welches er nuntiiert hat, die Kraft der *nuntiatio* erlischt,[8] denn auch sonst erlischt der Besitz durch den Tod, und auch eine Singularsuccession in den Besitz oder Quasibesitz giebt es nicht, der Singularsuccessor muß sich durch eigene *nuntiatio*

[1] Krüger, Kritische Versuche S. 153. [2] Mommsen, Staatsr. II, 1², S. 443, A. 5.
[3] Burckhard, *Operis novi nuntiatio* S. 145 f.
[4] L. 15 D. de s. p. u. 8, 2. L. 5 pr. D. h. t.
[5] L. 2 u. l. 15 D. h. t. L. 13 § 10 D. de damno inf. 39, 2. L. 1 § 4 D. de remiss. 43, 25.
[6] L. 6 § 7 D. si serv. vind. 8, 5. [7] L. 14 D. h. t. [8] L. 8 § 6 D. h. t.

erst zum Besitzer machen. Der durch die *nuntiatio* auf das Grundstück gelegte Bann dauerte ferner nur für eine gewisse Zeit. Nicht aus den Digesten, aber aus Justinians Äußerung in L. un. C. de n. o. n. 8, 11 können wir das entnehmen. Er spricht hier von einer bei den *antiqui* (und damit meint er die alten Juristen) entstandenen *dubitatio*, ob nach Ablauf eines Jahres nach geschehener *nuntiatio* der Nuntiant die *aedificatio* durch Wiederholung der *nuntiatio* inhibieren könne. Daraus geht hervor, daß nach Ablauf eines Jahres der durch die frühere *nuntiatio* bewirkte Bann erlosch. Daß dies richtig ist, ergiebt sich aus den gleich folgenden Worten Justinians: *Quod dupliciter iniquum nobis esse videtur; sive etenim non recte opus prohibuerit, decet non per totum annum hoc impediri* — —. Da Justinian die Frist ändert, so ist es begreiflich, daß in den Digesten von jener alten Frist und jener *dubitatio* nichts vorkommt. Die einzige Stelle, welche in einer gewissen Beziehung zu jener Frist zu stehen scheint, ist l. 13 pr. u. § 1 D. h. t. In die *cautio ex operis novi nuntiatione*, welche dem Nuntiaten vorläufig die geschützte Möglichkeit, weiter zu bauen, verschaffte, wurde eine bestimmte Frist aufgenommen, für deren Dauer caviert sein sollte. Es ist anzunehmen, daß diese Frist an Länge der Frist, für welche die *nuntiatio* Kraft hatte, entsprach, daß sie also nicht länger war, denn es hätte keinen Sinn gehabt, über diese Frist hinaus zu kavieren, da ja mit dem Ablauf derselben die Kraft der *nuntiatio* auch ohne Kaution gehoben war; aber auch nicht kürzer, denn es wird gesagt, daß nach Ablauf der in die *cautio ex operis n. n.* aufgenommenen Frist der frühere Nuntiant von neuem nuntiieren könne, was ja überflüssig gewesen wäre, wenn die frühere *nuntiatio* über jene Frist hinaus Kraft gehabt hätte. Jedenfalls war aber die Bedeutung der der civilrechtlichen Kraft der *nuntiatio* gesteckten Frist gemindert, seitdem sofort nach geschehener Nuntiation, wenn auch unter Voraussetzung der Nichtexistenz eines materiellen *ius prohibendi*, auf Antrag des Nuntiaten eine *remissio* erteilt wurde. Die Frage, wer legitimiert war, zu nuntiieren, wer hier der *is, ad quem pertinet*, ist, wird demnächst bei der Erörterung des die *operis novi nuntiatio* betreffenden Ediktsrechts zu besprechen sein.

c. *Cautio damni infecti.*

§ 44. Mit dem Verfahren wegen *damnum infectum* verhält es sich in historischer Beziehung ähnlich, wie mit der *operis novi nuntiatio*. Seinen Anfängen nach gehört das Institut dem Civilrecht an, ist dann aber durch das Ediktsrecht wesentlich fortgebildet worden, so daß die civilrechtlichen Anfänge gegenüber der honorarischen Fortbildung ganz in den Hintergrund getreten sind. Hier steht jedoch die civilrechtliche Grundlage außer Zweifel. Gaius berichtet nämlich IV, 31 u. 32, daß nach Aufhebung der *legis actiones* durch die *lex Aebutia* und zwei *leges Iuliae* es nur noch *ex duabus causis permissum est lege agere*. Die eine dieser fortdauernden *legis actiones* war das *damni infecti lege agere*. Wir besitzen aber noch einen andern deutlichen Hinweis auf den civilrechtlichen Ursprung des Verfahrens wegen *damnum infectum*. In dem Digestentitel de damno infecto 39, 2 finden sich eine Anzahl Fragmente (33—41) aus den Kommentaren der Juristen Ulpian, Paulus und Pomponius *ad Sabinum*. Die Ulpianischen Fragmente sind aus dem 42. (eines aus dem 43.) Buch des Sabinuskommentars entlehnt, in welchem Ulpian vor der Materie *de damno infecto* von den *furta, de arboribus succisis, de lege Aquilia*, nach derselben *de iniuriis*,

also von Delikten handelte.[1] Die Fragmente des Paulus stammen her aus dem 10. Buche von dessen Sabinuskommentar: Paulus schrieb im 9. Buch *de furtis* und *de arboribus succisis*, im 10. *de lege Aquilia, de damno infecto, de iniuriis*, er behandelte also unsere Materie in demselben systematischen Zusammenhang, wie Ulpian.[2] Endlich Pomponius' Fragmente rühren her aus dem 21. Buch des Sabinuskommentars. Auch bei ihm folgt auf die Erörterung *de furtis* und wohl auch *de arboribus succisis* im 19. Buch die Behandlung des *damnum infectum* im 20. und 21. Buch.[3] Danach bleibt wohl kein Zweifel, daß Sabinus selbst in seinen *libri tres iuris civilis* nach der Lehre von den *furta* und der *de arboribus succisis* von *damnum infectum* gehandelt hatte. Die Stellung, welche das Sabinussystem der Materie vom *damnum infectum* angewiesen hat, ist für die Auffassung des civilrechtlichen Anspruchs wegen *damnum infectum* von nicht geringem Werte: es ist ein Anspruch, welcher eine deliktische Grundlage hat. Wir wollen davon ausgehen, daß nach späterem Recht in erster Linie Kaution wegen des *damnum*, welches *vitio aedium* droht, begehrt werden kann. Unter *vitium* ist bei Gebäuden jedenfalls die Schadhaftigkeit, Fehlerhaftigkeit zu verstehen, es handelt sich dabei um *aedes ruinosae, vitiosae*,[4] also um einen fehlerhaften Zustand des Gebäudes, der geändert werden könnte, im Gegensatz eines solchen, von welchem ein Schaden droht, *cui nulla ope occurri poterit*.[5] Der durch eine solche Beschaffenheit des Grundstücks etwa wirklich dem Nachbarn zugefügte Schaden wird als ein *damnum* bezeichnet, *quod iniuria fit*. Nicht aber eine *culpa* der Person, sondern eine gleichsam von der Sache ausgehende *iniuria* ward da von den Römern angenommen,[6] ähnlich wie der von Tieren im Zustande widernatürlicher Wildheit angerichtete Schaden als durch eine Art *noxa* derselben herbeigeführt gilt. Der Eigentümer hat das Tier, wie die leblose Sache, wegen solcher *noxa* oder *iniuria* zu vertreten, aber es besteht doch ein wesentlicher Unterschied zwischen der Pflicht, das Tier, und der, die leblose Sache zu vertreten, welchen Ulpian in l. 7 § 1 D. h. t. andeutet: — *de damno vero facto nihil edicto cavetur: cum enim animalia, quae noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare, quam ut noxae ea dedamus, multo magis ea, quae anima carent, ultra nos non deberent onerare, praesertim cum res quidem animales, quae damnum dederint, ipsae extent, aedes autem, si ruina sua damnum dederunt, desierint extare.* Das untergegangene Haus, welches durch seinen Einsturz dem Nachbarn Schaden zugefügt, kann der frühere Eigentümer nicht mehr dem Nachbar *noxae dare*. Soll dem Nachbar aus der ihn mit einer *iniuria* bedrohenden fehlerhaften Beschaffenheit des Gebäudes irgend ein Anspruch erwachsen, so muß es ein während der Existenz des Gebäudes geltend zu machender sein. Für uns fragt es sich, worauf der civilrechtliche durch *legis actio* geltend zu machende Anspruch wegen *damnum infectum* ging. Nach Burckhards[7] Meinung soll das ältere Recht dem Eigentümer des baufälligen Hauses die Verpflichtung zur Reparatur auferlegt haben. Die Erfüllung dieser Verpflichtung sei durch Androhung des Nachteils erzwungen, daß der durch die Unterlassung der Reparatur Bedrohte das Recht haben solle, sich durch eigene Vornahme der Reparatur zu schützen und von dem Gegner den Betrag der

---

[1] Vgl. Lenel, Palingenesia II, p. 1168—1172. [2] Lenel, a. a. O. I, p. 1276—1280.
[3] Lenel, a. a. O. II, p. 126—129.
[4] Vgl. Burckhard, Die *cautio damni infecti* S. 137. [5] L. 24 § 8 D. h. t.
[6] L. 24 § 3 D. h. t. [7] A. a. O. S. 89 ff.

aufgewandten Kosten einzufordern; die von Gaius erwähnte *legis actio* sei die Klage auf Ersatz der Reparaturkosten. Habe der Eigentümer den bedrohten Nachbar zur Reparatur nicht zugelassen, so sei ursprünglich wohl die Besitzergreifung im Wege der staatlich garantierten Selbsthilfe erfolgt. Burckhard läßt sich nicht dadurch stören, daß durch die Reparatur ja die Gefahr des Schadens beseitigt wäre, nach erfolgter Reparatur von *damnum infectum* nicht mehr die Rede sein könnte, die vermeintliche Klage auf Ersatz der wegen *damnum infectum* aufgewandten Reparaturkosten also unmöglich als ein *damni infecti lege agere* bezeichnet werden konnte.[1] Kann man in dieser Weise *damni infecti lege agere* nicht verstehen, so wird, auch abgesehen davon, eine Erklärung desselben den Vorzug verdienen, welche nicht genötigt ist, dem widerspänstigen Eigentümer gegenüber der *legis actio* noch eine mit derselben nicht zusammenfallende Selbsthilfe vorausgehen zu lassen. Das *damni infecti lege agere* kann zwar nur darauf gerichtet sein, dem bedrohten Nachbar gegen den Eintritt des Schadens irgend eine Sicherung zu verschaffen, sie geht aber nicht auf Kautionsleistung. Das darf man wohl daraus entnehmen, daß Gaius zu dem *damni infecti lege agere* mit den Worten *sed potius* das *stipulatione obligare adversarium* in Gegensatz stellt. Die einzige *legis actio*, an welche man hier denken kann, bleibt trotz allen dagegen erhobenen Einwendungen[2] die *per pignoris capionem*. Sie verschafft dem Bedrohten den Besitz des Gebäudes, von dessen fehlerhafter Beschaffenheit ihm irgend ein Schaden droht, und setzt ihn in den Stand, durch eigene Reparatur der Sache dem Schaden vorzubeugen. Dann braucht er das Gebäude, welches er als Pfand inne hat, nicht eher wieder an den Eigentümer herauszugeben, als bis ihm die aufgewandten Reparaturkosten ersetzt sind. In der hier dargelegten Weise aufgefaßt, erscheint die *pignoris capio* keineswegs als ein *lege agere de futuro*, sondern wegen der gegenwärtig drohenden Gefahr, die Sache haftet auch nicht als Pfand für eine auf ein *incertum* gerichtete Forderung, sondern für den Betrag der vom Pfändenden aufgewandten Reparaturkosten.

Jetzt wird aber erst verständlich, warum Gaius das neuere, auf dem Edikt beruhende Verfahren gegenüber dem *lege agere* als *et commodius ius et plenius* bezeichnet. Das alte Verfahren half dem Bedrohten nur dazu, die notwendigen Reparaturarbeiten selbst vornehmen zu können und die Sache als Pfand wegen der Kosten zu retinieren. Das neuere überhob ihn der Unbequemlichkeit, die Reparaturarbeiten selbst vornehmen zu müssen, es verschaffte ihm eine Klage aus der ihm zu stellenden Kaution auf Ersatz des etwa eintretenden Schadens. Als *plenius* aber konnte das neue *ius* schon deshalb bezeichnet werden, weil es den Beschädigten nicht auf eine Pfandretention beschränkte, sondern ihm eine Klage auf Ersatz verschaffte, doch aber, wenn der Eigentümer nicht cavieren wollte, durch die magistratischen Missionen dem Bedrohten dieselben Vorteile verschaffte, wie die alte *pignoris capio*. Wenn nun auch, wie Gaius sagt, später niemand zum alten Verfahren greifen wollte, so ist es doch verständlich, weshalb man es neben dem neuen beibehielt und dem Bedrohten die Wahl zwischen den beiden Verfahrensarten ließ. Nach dem neuern Verfahren konnte der durch *damnum infectum* Bedrohte erst, wenn der Eigentümer der

[1] Burckhard, a. a. O. A. 79, versichert freilich, solche Bezeichnung seiner Klage habe nichts Auffallendes.

[2] Bekker, Aktionen I, S. 45. Burckhard, a. a. O. S. 77 ff.

aedes ruinosae die auferlegte Kaution zu stellen sich geweigert hatte und die *missio ex primo decreto* erfolgt war, zur eigenen Reparatur schreiten. Das alte Verfahren ging von vornherein darauf, ihm diese Möglichkeit zu verschaffen, und immerhin mochten Fälle vorkommen, in welchen dem Bedrohten mehr daran gelegen war, sofort durch eigene Reparaturarbeiten dem drohenden Schaden vorbeugen, als wegen des eingetretenen auf Ersatz klagen zu können.

d. Die *actio aquae pluviae arcendae.*

§ 45. Der Rechtssatz, auf welchem die *actio aquae pluviae arcendae* beruht, reicht höchstwahrscheinlich über die Zwölftafelgesetzgebung hinaus in ältere Zeiten zurück, denn er betrifft ein Interesse, welches sich, seitdem es überhaupt ein Privateigentum an voneinander gesonderten Feldgrundstücken gab, in einem Lande, wie Italien, in welchem in Frühjahrs- und Herbstmonaten starke Regengüsse etwas Gewöhnliches waren, zwischen den Feldnachbarn geltend gemacht haben wird. Was die XII Tafeln darüber bestimmten, wird, wie oft, im wesentlichen nur gesetzliche Sanktionierung des bis dahin gewohnheitsrechtlich Geltenden gewesen sein. Dieser Rechtssatz war, wie wir aus Äußerungen der Feldmesser ersehen können, ein spezifisch italischer, der auch später wohl auf einzelne Provinzen übertragen sein mag, aber keineswegs in allen galt. Frontinus de controv. agr. lib. II, 36, 17 sqq. sagt: *nam cum in Italia ad aquam pluviam arcendam controversia non minima concitetur, diverse in Africa ex eadem re tractatur. quom sit enim regio aridissima, nihil magis in quaerella habent quam siquis inibuerit aquam pluviam in suum influere: nam et aggeres faciunt, et excipiunt et continent eam, ut ibi potius consumatur quam effluat.* Ebenso 57, 23 ff.: *in Italia (aut quibusdam provinciis) non exigua est iniuria, si in alienum agrum aquam immittas; in provincia autem Africa, si transire non patiaris.* Dies hatte, scheint es, auch zur Folge, daß nur im Edikt des *praetor urbanus*, nicht in dem spätern allgemeinen *edictum provinciale* Formeln der *actio aquae pluviae arcendae* proponiert wurden. Wir können dies daraus entnehmen, daß sich im Digestentitel *de aqua et aq. pl. a. a.* wohl eine Stelle (l. 13) mit der *inscriptio: Gaius ad edictum praetoris urbani titulo de aquae pluviae arcendae,* aber keine aus dessen Kommentar zum *edictum provinciale* findet. Von der Bestimmung der XII Tafeln über unsere Materie ist uns nur ein Bruchstück erhalten in der einer Schrift des Pomponius entnommenen l. 21 pr. D. de statu liberis 40, 7. Hier werden (offenbar aus den in Bezug genommenen *veteres interpretes)* folgende *verba legis duodecim tabularum* angeführt: *Si aqua pluvia nocet* —. Welchen Inhalt der an jenen Bedingungssatz sich anschließende Nachsatz, der uns nicht erhalten ist, gehabt habe, dürfen wir aus Cic. Top. 9, 39 entnehmen. Hier wird als der engere Begriff der *aqua pluvia, in quo quasi ius arcendi continetur,* die *aqua pluvia nocens* angeführt: von dieser *aqua pl. nocens* gebe es zwei Arten, die *loci vitio nocens* und die *manu nocens,* und von dieser letztern heißt es: *iubetur ab arbitro coerceri.* Halten wir das vorher angeführte Bruchstück hiermit zusammen, so dürfen wir wohl annehmen, daß das Subjekt, von welchem dieses *iubere* ausging, die *lex duodecim tabularum* war. Wenn ferner in l. 22 § 2 D. de aqua et aq. pl. a. a. 39, 3 die *actio aquae pluviae arcendae* in ihrem ursprünglichen Anwendungsgebiet als eine *actio legitima* bezeichnet wird, so haben wir keinen Grund zu zweifeln, daß die *lex,* auf welcher die *actio* beruhen soll, die *lex duodecim tabularum* war. Fraglich ist, ob die l. 5 ne quid in loco publ.

43, 8 von der hier in Frage stehenden *actio aq. pl. a.* oder von einer andern *actio* handle. Die Stelle lautet nach der Florentina *b: Si per publicum locum rivus aquaeductus privato nocebit, erit actio privato ex lege duodecim tabularum, ut noxa domino carveatur.* Auf Grund der Lesung einer heute verlorenen Basilikenhandschrift hat Cuiacius das verdorbene *carveatur* in *sarciatur* hergestellt und damit namentlich bei Mommsen Beifall gefunden. Andere wollen auf Grund der Lesung *carveatur* oder *arceatur* an die gewöhnliche *actio aquae pluviae arcendae* denken. Für Cuiacius und Mommsen sprechen folgende Erwägungen. Zunächst wäre, wenn von der *actio aquae pluviae arcendae* die Rede wäre, recht auffallend, daß Paulus besonders hervorhebt, die *actio* stehe *ex lege duodecim tabularum* zu, was ja sonst von den Juristen der Kaiserzeit bei der Darstellung des Anwendungsgebiets dieser Klage nie geschieht. Es spricht dies vielmehr dafür, daß für den von Paulus besprochenen Fall ein spezielles Klagerecht durch die XII Tafeln angeordnet war. Das Anstößige, welches darin zu liegen scheint, daß dem *privatus* eine Klage zustehe, daß dem *dominus* der Schaden ersetzt werde, schwindet bei der Annahme, daß in dem abhängigen Satze die Worte des Gesetzes selbst möglichst wiedergegeben sind. Die Stelle ist also zu übertragen: Wenn die über einen öffentlichen Platz geführte (Privat-) Wasserleitung einem Privatmann schaden wird, so wird der Private eine Klage auf Grund der XII Tafelgesetzgebung haben, daß der (erlittene) Schaden ihm, dem Eigentümer, ersetzt werde.

Auf Grund der XII Tafelbestimmung hat die *interpretatio* die Theorie der *actio aquae pluviae arcendae* entwickelt und eine *legis actio* komponiert, die, wenn das Gesetz die Bestellung eines *arbiter* angeordnet hatte, eine Anwendung der *legis actio per iudicis (arbitrive) postulationem* sein mußte. Der Rechtssatz, welchen die XII Tafeln sanktioniert hatten, war folgender. Es soll nicht durch eine auf einem Feldgrundstück gemachte Anlage bewirkt werden, daß das Regenwasser anders, und zwar in einer für die Nachbarn mehr Schaden drohenden Weise, fließe, als es von Natur, d. h. nach den natürlichen Bodenverhältnissen, zu fließen pflege. War solche Anlage gemacht, so sollte dem bedrohten Nachbar ein Anspruch auf Abhaltung des Wassers von seinem Grundstück zustehen. Es soll also weder eine Anlage gemacht werden, wodurch dem untern Nachbar das Wasser auf eine schädlichere Weise, als bisher, zugeführt, noch eine solche, wodurch das von dem obern Grundstück nach dem untern ablaufende Wasser in schadendrohender Weise nach dem obern zurückgeworfen wird. Sowohl in dem durch das *opus manu factum* bewirkten schädlichen *immittere*, als auch in dem dadurch bewirkten *repellere* der *aqua pluvia* liegt ein widerrechtlicher Eingriff in fremdes Eigentum, dessentwegen die *actio negatoria* begründet ist; auch in dem *repellere:* denn das Verhindern des Eintretens des Regenwassers in das untere Grundstück, in welches es von Natur abläuft, steht doch ganz gleich dem Zurücktreiben des bereits in dieses eingetretenen Regenwassers, welches offenbar ein unzulässiges *immittere* ist.[1] Der

[1] Dagegen kann auch l. 2 § 28 D. ne quid in loco publico 43, 8 nicht angeführt werden. Hier wird in Bezug auf das *interdictum „Ne quid in loco publico facias in eumve locum immittas* u. s. w." gesagt: *Idem Labeo scribit, si quis in suo ita aedificaverit, ut aqua in via collecta restagnet, non teneri eum interdicto, quia non immittat aquam, sed non recipit: Nerva autem melius scribit utrumque teneri.* Burckhard, Die *actio aquae pluviae arcendae* S. 93 meint, es komme Nerva und Ulpian nicht in den Sinn zu leugnen, daß in diesem Falle kein *immittere* vorliege; worin sie von Labeo abwichen, sei das, daß sie das Interdikt

mit der *actio aquae pluviae arcendae* geltend zu machende Anspruch ist aber einmal, wie demnächst zu zeigen, persönlicher Natur, es ist dem Nachbar, welcher auf seinem Grundstück solche Anlage gemacht, die Verpflichtung zum Abhalten des Regenwassers von dem bedrohten Grundstück auferlegt. Es greift jener Anspruch aber auch weiter. Die *negatoria* wendet sich gegen den widerrechtlichen Eigentumseingriff, gegen das unzulässige *immittere*, die *actio aquae pluviae arcendae* aber gegen die von dem *opus manu factum*, welches den nachteiligen Ablauf des Regenwassers nur möglich macht, drohende Gefahr. Sie soll der Gefahr von vornherein vorbeugen, was die *negatoria* nicht vermag.

Gehen wir nun etwas näher auf die einzelnen Voraussetzungen der *actio aquae pluviae arcendae* ein. Die Klage soll stattfinden wegen *aqua pluvia*. Fast mit denselben Worten wird die hier in Betracht kommende *aqua pluvia* in l. 1 pr. D. h. t. und von Cic. Top. 9, 39 definiert als *aqua, quae de caelo cadit atque imbre excrescit* bezw. als *aqua quae de caelo veniens crescit imbri*, wir dürfen also annehmen, daß es die traditionelle, von den *veteres interpretes* der XII Tafeln schon aufgestellte Definition war. Es ist aber durch den Zusatz *atque imbri excrescit*, wie Burckhard[1] mit Recht sagt, ausgedrückt, daß nicht jedes in den Boden eindringende, einsickernde Regen- oder Schneewasser Objekt der Klage sei, sondern das auf der Erde sich ansammelnde Regen- oder Schneewasser, welches auf der Erde seinen Lauf nimmt. Nicht aber bloß das reine Regenwasser kommt für die Klage in Betracht, sondern auch die *aqua caelestis cum alia mixta*, also anderes Wasser, welches durch Regenwasser anschwillt, wie schon Quintus Mucius, ja wahrscheinlich schon Ältere annahmen. Und wenn dann näher bestimmt wird: *imbre autem crescere eam aquam, quae colorem mutat vel increscit*, so soll damit gesagt sein, daß durch den Hinzutritt des Regenwassers das dadurch vermehrte Wasser augenfällig ein anderes geworden sein muß, als es bisher war. Auch ein Sumpf, Teich, See, welcher durch das Hinzutreten des Regenwassers anschwillt und austritt, kann unter die Klage fallen.

Eine weitere Voraussetzung der Klage ist es sodann, daß infolge eines *opus manu factum* das Regenwasser anders fließt, als es *natura* zu fließen pflegt. Die *natura loci*, d. h. die natürliche Beschaffenheit der Bodenverhältnisse darf nicht in einer Weise abgeändert werden, daß infolgedavon das Regenwasser in einer für die Nachbarn nachteiligern Weise fließt. Ist die natürliche Beschaffenheit des Bodens schon eine solche, daß das Regenwasser in nachteiliger Weise fließt, ist also die *aqua pluvia*, wie Cicero sich ausdrückt, *loci vitio*, nicht *manu nocens*, so findet die Klage nicht statt. Wenn also durch eine Anlage, auf deren Bestehen aber die Nachbarn kein Recht hatten, die *natura loci* abgeändert war und durch Wegnahme dieser Anlage die *natura loci* wiederhergestellt wird, so ist, auch wenn nun das Regenwasser in einer für die Nachbarn nachteiligern Weise fließt, die Klage nicht zulässig, denn das *incommodum*, welches die *natura loci* mit sich bringt, muß der Nachbar tragen. Unter dem *opus manu factum* wird jede menschliche Anlage verstanden, wodurch das Regenwasser in schädlicher Weise zugeführt oder zurückgestaut wird, z. B. Dämme,[2]

---

zuließen, obgleich kein *immittere* vorhanden sei. Das ist irrig, denn bei solcher Auffassung würden die Juristen ein *interdictum utile* befürwortet haben. Daß sie kurz sagen: *utrumque teneri*, also den letzt angeführten Fall ganz ebenso beurteilen, wie den vorhergehenden, in welchem ohne allen Zweifel ein *immittere* vorliegt, zeigt deutlich, daß sie auch in dem letzten Fall ein *immittere* annehmen.

[1] a. a. O. S. 142 f. [2] L. 1 § 2, l. 23 § 2 D. h. t.

Gräben,[1] sonstige Erdarbeiten, Errichtung von Gebäuden[2] u. dgl. Es brauchen nicht gerade mit dem Boden fest zusammenhängende, es können vielmehr auch bewegliche Anlagen sein, z. B. Anhäufung von Steinen, Mist,[3] wodurch der Lauf des Regenwassers geändert wird. Nicht schon die Absicht oder jeder Beginn solcher Anlage berechtigt den Bedrohten zur Klage: es muß ein *opus iam factum,*[4] d. h. eine so weit vollendete Anlage vorliegen, daß dadurch voraussichtlich der Lauf des Regenwassers in einer für den Nachbar schadendrohenden Weise geändert sein wird. Aus dem bisher Gesagten geht schon hervor, daß nicht wegen jedes durch ein *opus manu factum* bewirkten *aliter fluere* von *aqua pluvia* die Klage zulässig ist, sondern nur wegen *aqua nocitura,*[5] gegenüber Anstalten, welche den Fluß des Regenwassers in schadendrohender Weise abändern, mag der drohende Schaden in Wegschwemmen oder Zerreißen der Erde, oder in Beschädigung der Früchte, oder in Versumpfen des Bodens u. s. w. bestehen. —

Die Klage ist speziell im Interesse der Landwirtschaft eingeführt, sie steht daher nur zu, wenn einem *ager,* d. h. einem fruchttragenden Grundstück durch die Veränderung des Laufs der *aqua pluvia* Schaden droht, nicht aber, wenn dadurch ein Gebäude, mag dies nun in der Stadt gelegen oder ein *aedificium rusticum* sein, gefährdet ist.[6] Mit Rücksicht darauf bezeichneten Labeo und Cascellius die *actio aquae pluviae arcendae* als eine *actio specialis,* und im Gegensatz dazu die *actio negatoria de fluminibus et stillicidiis* als die *generalis,* mit welcher *ubique* geklagt werden könne, also auch, wenn durch den Wasserzufluß ein *aedificium,* sei es *urbanum* oder *rusticum,* beeinträchtigt werde. Überhaupt ist aber die *actio aquae pluviae arcendae* wegen jedes durch *aqua pluvia* gefährdeten Grundstücks ausgeschlossen, welches *in oppido* oder *intra continentia* liegt, mag es auch ein fruchttragendes sein.[7] Ursprünglich war die Klage auch nur für den Fall bestimmt gedacht, wenn *ex agro* einem benachbarten *ager* Schaden drohte. Wie nun aber, wenn infolge eines *opus* auf einem *intra continentia* gelegenen Grundstück die *aqua pluvia* einem *ager* in schadendrohender Weise zugeführt wurde? Labeo ließ hier wohl mit Recht die *actio aquae pluviae arcendae* zu, während Cassius auch hier nur die *negatoria de fluminibus et stillicidiis* gestatten wollte.[8] Die XII Tafelgesetzgebung selbst hat den Klaganspruch auf das *arcere aquam pluviam* wohl nur für den bisher besprochenen Fall sanktioniert, daß durch ein *opus manu factum* die *natura loci* so geändert wäre, daß der Lauf der *aqua pluvia* infolgedavon ein für die Feldnachbarn schadendrohender würde. Wohl schon früh hat aber die Klage eine noch in das Gebiet des Civilrechts fallende Ausdehnung erfahren. Der Normalzustand des *ager,* welcher nicht durch ein *opus manu factum* in jener Weise abgeändert werden soll, kann nicht bloß in der *natura loci* beruhen, sondern zunächst auch auf einer *lex agro dicta.* Auch der zufolge solcher *lex* durch künstliche Anlagen, wie Dämme, Gräben, geregelte Ablauf des Regenwassers darf nicht durch *opus manu factum* in für die Nachbarn schädlicher Weise geändert werden. Während in l. 1 § 3 D.

---

[1] L. 1 § 4, l. 2 § 1, l. 24 §§ 1 u. 2 D. h. t.

[2] L. 4 pr. D. h. t. [3] Arg. l. 2 § 6 D. h. t. [4] Vgl. namentl. l. 1 § 1 D. h. t.

[5] Es bedarf keiner Anführung von Stellen für dieses Erfordernis, in den verschiedensten Fragmenten unseres Titels 39, 3 wird es erwähnt. Vgl. auch Cic. Top. 9, 39.

[6] L. 1 §§ 17 ff. D. h. t.

[7] Cic. Top. 4, 10. L. 1 § 19 D. de aqua et aq. pl. a. a. 39, 3.

[8] L. 1 §§ 18 u. 19 D. eod. tit.

h. t. im allgemeinen von *opera aquae mittendae causa publica auctoritate facta* die Rede ist, wird in l. 23 pr. dreierlei unterschieden: nämlich ein *opus, quod principis aut senatus iussu aut ab his, qui primi agros constituerunt, factum fuerit.* Die Verbindung durch *aut — aut* zeigt klar, daß hier drei Fälle auseinander gehalten werden, daß also der *principis aut senatus iussus* nicht die allgemeine Verfügung bezeichnen kann, durch welche der *princeps* oder der Senat die Deducenten einer Kolonie zum *leges dare* ermächtigte. Zunächst wurden allerdings solche *leges* von den ursprünglichen Deducenten der Kolonie oder den *auctores divisionis assignationisque* zufolge jener Ermächtigung gegeben, wie namentlich Hygin. de condicionibus agror. p. 117, 15 sqq. bestätigt: *hi agri* (nämlich die *divisi et adsignati) leges accipiunt ab his qui veteranos deducunt, et ita propriam observationem eorum lex data praestat.* Daß aber die politischen Gewalten, welche die *auctores divisionis assignationisque* zum *leges dare* ermächtigt hatten, wenn sich ein Bedürfnis dazu zeigte, auch später unmittelbar den zufolge der von ihnen ausgehenden Vollmacht assignierten Äckern *leges* auferlegen konnten, kann keinem Zweifel unterliegen. Solche *lex agro dicta* hat nun eine doppelte Bedeutung: einmal kann das nach ihr gemachte *opus* nicht selbst mit der *actio aquae pluviae arcendae* angefochten werden, in dieser Beziehung wird die *lex agro dicta* in dem unsere Klage betreffenden Digestentitel am häufigsten erwähnt.[1] Sodann aber darf der gemäss der *lex agro dicta* künstlich hergestellte Zustand des Grundstücks selbst nicht durch ein *opus manu factum* so abgeändert werden, daß infolgedavon der Lauf des Regenwassers in den Nachbarn schadendrohender Weise geändert wird. In beiden Beziehungen ist der *lex agro dicta* die *vetustas* gleichgestellt, *quae pro lege habetur, vicem legis tenet.* Wie die *vetustas* hier zu verstehen sei, kann, da der Ausdruck zuweilen durch die Hinzufügung des Moments des *memoriam non extare* näher bestimmt wird, noch häufiger lediglich das Moment des *memoriam non extare* hervorgehoben wird,[2] nicht zweifelhaft sein; es ist das unvordenkliche Alter gemeint: die seit unvordenklicher Zeit bestehende Anlage, wodurch der Ablauf des Regenwassers reguliert war, soll nicht durch ein *opus manu factum* abgeändert werden können. Doch ist ein Zweifel möglich, ob die Gleichstellung der unvordenklichen *vetustas* mit der *lex* schon dem Civilrecht angehöre oder erst dem prätorischen Recht. Für das letztere könnte man die Analogie der l. 26 D. h. t. anführen, in welcher Stelle ein Ausspruch Scaevolas enthalten ist, daß die *aquaeductus, quibus auctoritatem vetustas daret*, unter dem Schutz der magistratischen Jurisdiktion ständen, *tametsi ius non probaretur.* Auch könnte man sich berufen auf l. 1 § 23 D. h. t., in welcher der Schutz der auf *vetustas* sich gründenden Anlagen zur Regulierung der *aqua pluvia* verglichen wird mit dem Erwerb einer Servitut durch *diuturnus usus, longa consuetudo,* welche ja auch nur als *velut iure imposita* gilt und auf der magistratischen Jurisdiktion beruht. Indessen die völlige Gleichstellung der *vetustas* mit der *natura loci* und *lex* in der Äußerung des Paulus in l. 2 pr. D. h. t. scheint doch mehr dafür zu sprechen, daß die *vetustas* hier schon civilrechtlichen Schutz genoß; auch wird das Bedürfnis einer rechtlichen Anerkennung der seit unvordenklicher Zeit bestehenden Anlagen sich schon in früher Zeit geltend gemacht haben, bevor die prätorische Jurisdiktion irgend welche Erweiterung unserer Klage vorgenommen hatte.

---

[1] L. 2 § 3, l. 23 pr., l. 1 § ult. D. h. t.

[2] L. 1 § ult., l. 2 pr. § 1, § 3 D. h. t. Vgl. Burckhard, a. a. O. S. 365.

Ehe wir auf die Klage selbst eingehen können, sind noch gewisse Schranken, die derselben gezogen, bezw. Ausnahmen, die von ihr gemacht sind, darzustellen. Eine solche Ausnahme von unserer Klage (oder, sachlich richtiger, Beschränkung derselben) erklärt sich aus ihrer Bestimmung, den Interessen der Landwirtschaft zu dienen. Hätte auf Beseitigung jeder Anlage auf einem Grundstück, welche möglicherweise dem Nachbargrundstück Regenwasser in schädlicher Weise zuführen kann, mit der *actio aquae pluviae arcendae* geklagt werden können, so würden darunter die landwirtschaftlichen Interessen entschieden gelitten haben. Anlagen, welche zum Zweck der Kultivierung des Grundstücks, *agri colendi causa,* gemacht werden, sollen nicht unter die Klage fallen. Aber wie war diese Ausnahme richtig zu präzisieren? Quintus Mucius sagte,[1] das *opus* falle nicht unter die Klage, *quod agri colendi causa aratro factum sit,* und vielleicht hat er damit die ihm von den älteren Juristen überlieferte Fassung angegeben: die Änderung, welche durch das zum Zweck der Bebauung des Ackers vorgenommene Umpflügen desselben vorgenommen war, sollte nicht der *aq. pl. a. a.* ausgesetzt sein. Trebatius wich von Q. Mucius ab: er wollte nur die Änderung ausnehmen, welche durch Pflügen *frumenti quaerendi causa* vorgenommen sei. Darin lag eine Abweichung in der sachlichen, nicht bloß in der sprachlichen Fassung der Ausnahme. Über diesen Punkt verhandelten auch andere römische Juristen: Aquilius Gallus, Servius. Es geht dies hervor aus dem, was Paulus in der aus dem 49. Buch seines Ediktskommentars entlehnten l. 77 D. de verb. sign. 50, 16 mitteilt. Es ist das Buch, in welchem Paulus die *actio aquae pluviae arcendae* erörterte. In jener Stelle handelt er über die Bedeutung der Wörter *fruges, frumentum;* wir dürfen annehmen, daß er dies gerade bei Besprechung der hier in Frage stehenden Ausnahme that. Aquilius Gallus machte den von Paulus gebilligten Unterschied, welcher auch dem Sprachgebrauch, wie er von Nichtjuristen beobachtet wird, gemäss ist, daß er unter *frumentum* nur das Getreide, die Ährenfrucht,[2] unter *fruges* dagegen auch die Hülsenfrüchte, die Schotenfrüchte versteht, während Servius unter *frumentum* beides begriffen wissen wollte. Trebatius wird den Standpunkt des Aquilius Gallus geteilt und gemeint haben, nur die Bodenänderung, welche durch Umpflügen zum Zweck der Ziehung von Ährenfrüchten, Getreide geschehen sei, falle nicht unter die Klage. Nach der allgemeinen Fassung des Mucius war überhaupt die durch Pflügen bewirkte Änderung, welche *agri colendi causa,* also auch zum Zweck der Gewinnung von Hülsenfrüchten geschehen war, der Klage nicht ausgesetzt. Beide hielten wenigstens in Bezug auf die Fruchtgewinnung das *opus aratro factum* fest. Weiter ging Labeo, er wollte von dem Gebiet unserer *actio quaecunque frugum fructuumque recipiendorum causa fiunt* ausschließen,[3] und setzte noch hinzu: *neque referre, quorum fructuum percipiendorum causa id opus fiat.* Unter *fructus* neben *fruges* sind hier vorzugsweise Baumfrüchte zu verstehen, Labeo wollte überhaupt keine Art von Bodenfrüchten ausschließen: jedes den Boden verändernde *opus,* welches der Fruchtgewinnung halber vorgenommen sei, wollte er von der Klage ausschließen. Man sieht, die Klage sollte ursprünglich den Interessen des Kornbaus dienen. Seitdem dieser in Italien zurückgedrängt war, stellt sich Geneigtheit ein, sie mehr der Ziehung von Hülsenfrüchten, der Wein- und Baumkultur anzupassen. Auch nach anderer Richtung will Q. Mucius die Ausnahme nicht über das *opus aratro factum* ausdehnen. Nach ihm sollen *fossae agrorum*

[1] L. 1 § 3 D. h. t. [2] Vgl. Varro de r. r. I, 48. [3] L. 1 § 7 D. h. t.

siccandorum causa factae als *agri colendi causa* gemacht angesehen werden,[1] also nicht unter die Klage fallen; dagegen dürfen *fossae* nicht *corrivandae aquae causa fieri.* Der Unterschied ist wohl der, daß unter *fossae agrorum siccandorum causa factae* nur *sulci aquarii* verstanden werden, d. h. Furchen, kleine Gräben, wie sie mit dem Pflug hergestellt werden konnten, wenn er auch nicht darauf bestanden haben wird, daß sie gerade mit dem Pflug gemacht seien, mit den *fossae aquae corrivandae causa* aber größere, tiefere Gräben, wie sie nicht durch Pflügen, sondern nur durch Graben hergestellt werden konnten, gemeint sind. Q. Mucius fügt aber vorsichtig noch die Beschränkung hinzu, es sollten Anlagen von *sulci aquarii* nur dann nicht der *actio aquae pluviae arcendae* unterliegen, wenn das Grundstück ohne dieselben nicht beackert, besäet werden könne.[2] Ofilius fügte noch eine andere Beschränkung hinzu, gegen welche Q. Mucius wohl auch keine Einwendung erhoben haben würde, daß nur *sulci,* welche nach einer und derselben Richtung liefen, angelegt werden dürften, nicht aber auch querlaufende, jene durchschneidende, oder, um Ausdrücke des Plinius[3] zu gebrauchen, nur *recti,* nicht *obliqui.* Auch nach der Entscheidung des Alfenus in l. 24 D. h. t. kann der *inferior vicinus* nicht die Beseitigung von seinem Grundstück zu laufenden Wasserfurchen mit der *actio aquae pluviae arcendae* verlangen, wohl aber die von *sulci aquarii transversi.* Der Grund ist wohl der, daß durch solche sich kreuzende Furchen das Wasser stärker zusammengeleitet wurde, auch wenn die einzelnen Furchen selbst nur eine Tiefe, wie sie mit dem Pflug hergestellt werden konnte, hatten. Sabinus und Cassius sagen in l. 1 § 9 D. h. t.: *sulcos tamen aquarios, qui ἕλικες appellantur, si quis faciat, aquae pluviae actione eum teneri;* es sollen nach ihrer Meinung keine gewundenen Zickzackfurchen angelegt werden dürfen. Sollte darunter auch nicht ganz dasselbe verstanden sein, wie unter den *sulci transversi* des Alfenus, so ist doch der zu Grunde liegende Gedanke der, daß die zur Trockenlegung bestimmten *sulci aquarii* nur gerade nach derselben Richtung hinlaufen dürfen, damit das Wasser nicht zu stark in denselben angesammelt und dem Nachbar zugeführt werde. Die späteren Juristen: Sabinus, Cassius, Ulpian scheinen allgemein in der Fassung der Ausnahme das *aratro* weggelassen zu haben, es genügte ihnen, daß das *opus agri colendi causa* in dem von ihnen angenommenen Sinne geschehen sei, um die *actio* dagegen auszuschließen.

Die *actio aquae pluviae arcendae* ist sodann ausgeschlossen wegen eines *opus in publico loco factum.*[4] Der Private, welcher solches *opus in publico* anlegt, kann hier nicht belangt werden, weil er nicht der Eigentümer des Grundstücks ist; gegen den Staat selbst aber konnte mit einer persönlichen Klage überhaupt wohl nicht geklagt werden. Auch wegen des Baues eines *sepulcrum,* infolgedessen das Regenwasser einen schädlichen Lauf nimmt, ist, streng genommen, nachdem der Platz *locus religiosus* geworden, die *actio aquae pluviae arcendae* nicht zulässig; dennoch wird sie hier auf Beseitigung des *sepulcrum* gegen den gewesenen Eigentümer gegeben, dieser soll aber wegen der Beseitigung des *sepulcrum* nicht der *actio sepulcri violati* ausgesetzt sein.[5]

[1] L. 1 § 4 D. h. t.

[2] In l. 1 § 5 D. h. t. will Mommsen statt *si quid ex his* lesen *si quos derexerit,* Burckhard S. 379, A. 22 nach *his* einschalten *immiserit;* allein es ist nur nach *colendi causa* ein Komma zu setzen: das *videatur fecisse* hängt von *si,* nicht von *licet* ab; die Worte *licet agri colendi causa* bilden einen Zwischensatz. Daß *licet* ohne Verbum gesetzt wird, scheint zwar in klassischer Zeit nur bei Dichtern vorzukommen, Ulpian kann man diese Abweichung von dem Gebrauch der klassischen Prosa schon zutrauen.

[3] H. N. XVIII, 19. [4] L. 3 § 3, l. 18 pr. D. h. [5] L. 4 pr. D. h. t.

Wenn ferner zu Gunsten des einen Grundstücks ein Servitutrecht am andern besteht, vermöge welches von einem das Wasser vermittelst künstlicher Anlage, etwa eines Grabens, auf das Nachbargrundstück abgeleitet werden darf, so kann wegen solches *opus* die *actio aquae pluviae arcendae* nicht angestellt werden, vorausgesetzt, daß dabei das der Servitut gesteckte Maß nicht überschritten ist.[1] Auch das *opus*, welches zwar nicht vermöge Servitutsrechts, aber zufolge Gestattung des Nachbarn hergestellt ist, kann nicht mit jener *actio* angefochten werden.[2] Auch das Schweigen zur Herstellung der Anlage muß zwar nicht, kann aber unter Umständen als Einwilligung zu derselben aufgefaßt werden, immer aber nur unter der Voraussetzung, daß der Schweigende sich nicht im Irrtum darüber befand, daß das *opus* an sich ein klagebegründendes sei.[3]

Da die *actio* dem Interesse des gefährdeten Grundstückes dienen soll, so steht sie ursprünglich nur dem jeweiligen Eigentümer desselben zu, und zwar demjenigen, welcher zur Zeit der *litiscontestatio* Eigentümer war.[4] Wenn der Eigentümer vor erhobener Klage das Grundstück veräußerte, auch nachdem das gefährdende *opus* auf dem Nachbargrundstück schon gemacht war, so hörte die *actio* auf, ihm zuzustehen, und ging auf den neuen Eigentümer über. Von mehreren Miteigentümern des Grundstücks stand dieselbe jedem zu.[5] Es hat dies seinen Grund darin, daß die Klage, wie wir sehen werden, nur auf Abwendung zukünftigen Schadens geht. Andererseits kann mit der *actio legitima aquae pluviae arcendae* auch nur belangt werden, wer auf seinem eigenen Grundstück ein die Klage begründendes *opus* hergestellt hat.[6] Nicht die bloße Thäterschaft begründet die Klage: wer auf fremdem Grundstück ein solches *opus* hergestellt hat, kann nicht mit der *actio aquae pluviae arcendae* belangt werden. Es erklärt sich das daraus, daß der Eigentümer der natürliche Vertreter des Grundstücks, auf welchem das schadendrohende *opus* sich befindet, ist und ursprünglich auch allein das Recht hatte und also allein in der Lage war, das auf seinem Grundstück befindliche *opus* wieder zu beseitigen. Wenn der *auctor operis* das Grundstück veräußert, etwa verkauft oder verschenkt, so kann er jetzt nicht mehr mit der *actio aquae pluviae arcendae* belangt werden, sondern die Klage steht dann gegen den Successor, den jetzigen Eigentümer zu, aber nicht schlechthin auf *restitutio operis*, sondern dieser hat die Wahl, ob er selbst das *opus* beseitigen oder nur *patientiam praestare*, d. h. dulden will, daß der Kläger das *opus* auf seine Kosten beseitige: es haftet eben der, welcher zur Zeit der *litiscontestatio* Eigentümer ist.[7] Ob diese Haftung des *successor* nur für *patientiam praestare* auf späterer milderer Auslegung des *restituere opus* beruht, oder ob seit der ersten Aufstellung der Klage die Haftung dieses so gemildert wurde, steht dahin; ich möchte das erstere annehmen! An dieser Stelle ist zu fragen, was sich noch etwa über die Fassung der Formel der *actio aquae pluviae arcendae* ermitteln läßt. Mit Bestimmtheit wird die Klage als eine *in personam*, nicht *in rem* gehende[8] bezeichnet, doch haftet sie nicht unlöslich an einer Person, sondern geht auf den jedesmaligen Eigentümer des Grundstücks, auf welchem das *opus* vorgenommen ist, über, wie ebenso der entsprechende Anspruch dem jeweiligen Eigentümer des gefährdeten Grundstücks zusteht.

[1] L. 2 § 10 D. h. t. L. 29 D. de serv. pr. rust. 8, 3. [2] L. 19 D. h. t.
[3] L. 20 D. h. t. [4] L. 6 § 4 D. h. t. [5] L. 6 § 1, l. 11 § 1 D. h. t.
[6] L. 4 pr. § 2, l. 18 pr., l. 22 pr. D. h. t. [7] L. 12, 13, 14 pr. D. h. t.
[8] L. 6 § 5 D. h. t.

Rudorff[1] stellt folgende Formel auf: *Si paret futurum ut eo opere quod N^s N^s in agro suo fecit aqua pluvia agro illi A^i A^i noceat, nisi N^s N^s arbitratu tuo rem restituat, quanti ea res est tantam pecuniam iudex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.* Das wäre also eine rein *in factum* koncipierte *actio*, die *actio aquae pluviae arcendae* ist aber nicht bloß eine *actio civilis*, sie ist in ihrem ältesten Anwendungsgebiet eine *actio legitima*, und solange nicht das Gegenteil klar nachgewiesen ist, werden wir annehmen müssen, daß *actiones civiles* als solche immer *in ius* koncipiert waren, eine *intentio iuris civilis* hatten. Nach Burckhard[2] muß die Formel gelautet haben: *Quod in fundo N^i N^i opus factum est, quo futurum sit, ut aqua pluvia agro A^i A^i noceat, qua de re agitur, quidquid paret ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportere, ejus, judex, N^m N^m A^o A^o condemnato, s. n. p. a.* An dieser Fassung ist meines Erachtens zu billigen, daß sie für die Formel unserer Klage eine *intentio in ius concepta* annimmt; nicht dagegen zu billigen ist für diese Klage die gewöhnliche *intentio incerta: quidquid paret ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportere.* Was Burckhard gerade an diese *intentio* hier denken läßt, ist nicht ersichtlich, vielleicht glaubt er, sie sei durch die *demonstratio* gefordert; aber es ist mir sehr unwahrscheinlich, daß die Formel dieser nicht aus einer *obligatio* entspringenden *actio personalis* eine *demonstratio* gehabt habe. Jene *intentio incerta* ist bei der *actio aquae pluviae arcendae* ganz unmöglich, denn es ist mit voller Bestimmtheit gesagt, daß sie das *futurum damnum* abwehren, nur *aquam avertere* soll. Das muß doch aus der *intentio* der Klage zu entnehmen sein: hätte sie wirklich jene *intentio incerta* gehabt, so wäre gar nicht zu begreifen, warum der *iudex* nicht auch das *damnum praeteritum*, das vor der *litiscontestatio* liegende *damnum* berücksichtigen könnte. Nach Lenels[3] Vermutung endlich soll die Formel gelautet haben: *Si paret opus factum esse in agro Capenate, quo agro A^i A^i aqua pluvia noceret, q. o. r. N^m N^m eam aquam A^o A^o arcere oportet, si ea res arbitrio tuo non restituetur, et rel.* Diese Formel ist noch weniger zu halten, als die Rudorffsche, denn sie nimmt für eine alte *actio legitima* eine *intentio* an, welche teils *in factum*, teils *in ius* koncipiert ist. Lenel erklärt zwar die Kondemnationsbedingung: *Si paret opus factum esse in agro Capenate, quo A^i A^i agro aqua pluvia noceret* für geradezu gewiß, aber aus den in Bezug genommenen Stellen läßt sich diese Gewißheit schlechterdings nicht entnehmen; es läßt sich höchstens auf Grund derselben annehmen, daß Worte, wie *opus manu factum, aqua pluvia, nocere*, in der Formel vorkamen. Es ist aber sehr wohl möglich, daß das, was Lenel in dem *in factum* koncipierten Teil seiner Formel angiebt, nur als eine nähere Charakterisierung der abzuwehrenden *aqua pluvia* in der Formel erschien. Die *intentio* der Formel muß auf *aquam pluviam ab agro A^i A^i arcere oportere* abgestellt gewesen sein.[4] Daraus folgt mit Notwendigkeit, daß die Klage nur auf Abwendung von *damnum futurum* gerichtet ist, der *iudex* also den vor der *litis contestatio* eingetretenen Schaden nicht berücksichtigen kann.

[1] De iurisd. Edictum p. 164. [2] A. a. O. S. 557. [3] Edictum p. 303.

[4] Lenel, Edictum S. 302, behauptet, es könne der Ort, wo das schädliche *opus* errichtet worden, in der Formel nicht als Eigentum des Beklagten bezeichnet gewesen sein; aus der Äußerung Ulpians in l. 8 § 3 h. t.: *Aquae pluviae arcendae non nisi eum teneri, qui in suo opus faciat, receptum est eoque iure utimur* gehe vielmehr hervor, daß die alleinige Haftung des Eigentümers vielmehr auf der Jurisprudenz und Praxis beruhe: allein an die Formel ist hier überhaupt nicht, sondern nur an den materiellen Rechtssatz gedacht. Rezipiert war, daß die Klage gegen jemand, der *in alieno* das *opus* hergestellt, nicht zu geben sei. Daß für den Fall der Gewährung der Klage dieselbe eine *utilis* sein würde, brauchte vom Juristen nicht gesagt zu werden.

Gehen wir jetzt auf das *officium iudicis* bei unserer *actio* ein, so ergiebt sich schon aus der Restitutionsklausel, welche unzweifelhaft einen Bestandteil der Formel bildete,[1] daß dieselbe zu den *actiones arbitrariae* gehörte. Der *arbiter* hatte also, wenn er den Anspruch des Klägers für begründet fand, einen *iussus de restituendo* an den Beklagten zu erlassen. Der *iussus* ging auf *restituere* und Ersatz des seit der Litiskontestation eingetretenen Schadens; aber er konnte noch einen verschiedenen Inhalt haben, je nachdem der Beklagte als *auctor operis* und Eigentümer oder nur als Eigentümer haftete. Ist der beklagte *dominus* selbst der *auctor operis* oder ist es von einem andern, z. B. einem Pächter, mit seinem Wissen und Willen hergestellt, so geht der Befehl auf Restitution auf seine, des Klägers, Kosten. Wird er aber nur als Eigentümer belangt, so kann der *iussus iudicis* nur auf *patientiam praestare* von seiten des Beklagten gehen: der Beklagte soll dulden, daß der Kläger auf eigene Kosten den frühern Zustand herstelle.[2] In dem letzten Fall steht es dem Beklagten aber auch frei, *fundo cedere;* denn damit leistet er noch mehr, als durch bloßes *patientiam praestare.* Was den Ersatz des seit der *litiscontestatio* eingetretenen Schadens betraf, so mußte der *iudex* diesen schon im *iussus* zu einer bestimmten Summe abschätzen, ohne solche war ja ein *sarcire damnum* des Beklagten nicht denkbar. Diese Schätzung muß, wie l. 6 § 8 D. h. t. ausdrücklich bestätigt, *ex rei veritate* geschehen, *hoc est eius damni, quod apparuerit datum;* von einem *iusiurundum in litem* des Klägers kann vor der Erlassung dieses *iussus* noch nicht die Rede sein. Auf diese im *iussus iudicis* festgestellte *aestimatio* des seit der Litiskontestation eingetretenen Schadens sind auch die Worte der l. 11 § 1: *si unus egerit et restitutio operis litisque aestimatio facta sit* zu beziehen. Die *restitutio operis* muß in einer Weise geschehen, *ut nullum periculum damni supersit* (l. 14 § 3 D. h. t.), denn, wie es in l. 22 § 1 D. h. t. heißt, *non aliter restituisse rem videtur is qui opus fecit, quam si aquam coerceat.* Ist also die geschehene Restitution nicht so sicherstellend, daß nicht eine Gefahr bliebe, so muß bezüglich des später etwa noch eintretenden Schadens *cautio damni infecti* geleistet werden, bevor die *absolutio* erfolgen kann (l. 11 § 3 D. h. t.) Wie nun, wenn der Beklagte dem *iussus de restituendo* nicht oder nicht genügend nachkommt? Die *condemnatio pecuniaria* hat zu erfolgen *et eius damni nomine, quod post litem contestatam datum sit et operis non restituti.* Wie ist diese *condemnatio operis non restituti* zu denken. Burckhard[3] sagt darüber: *Operis non restituti nomine* wird Beklagter — — in das ganze Interesse der Restitution verurteilt, d. h. im Gegensatz zum Ersatz des *damnum iam datum,* wegen des künftig nach dem Urteil eintretenden Schadens, der ja bei Fortdauer des *opus* ein sich wiederholender ist: die Höhe dieses Interesses wird nach bekannten Grundsätzen durch *iuramentum in litem* von seiten des Klägers bestimmt. Aber dieser Schaden, der künftig durch das Jahre, Jahrzehnte, während nicht abzusehender Zeit fortbestehende Werk dem Grundstück zugefügt werden wird, ist selbst ein unberechenbarer, auch durch *iuramentum in litem* nicht festzustellender, denn wie sollte es der *religio* eines gewissenhaften Klägers, und als solcher soll doch ein jeder vermutet werden dürfen, möglich sein, solchen Betrag redlich zu beschwören, für dessen Festsetzung er keine genügenden Anhaltspunkte haben kann. Das Interesse, welches der Kläger an der

[1] L. 22 § 1, l. 11 §§ 1 ff., l. 24 pr. — § 2 D. h. t.
[2] L. 4 §§ 2 u. 3, l. 5, l. 6 § 7, l. 7, l. 11 § 2, l. 12 D. h. t.
[3] a. a. O. S. 488.

restitutio operis hat, muß also anders, es muß als ein gegenwärtiges gefaßt sein. Durch die Verweigerung der Wiederherstellung des *opus* ist der Kläger als Grundstückseigentümer schon geschädigt, durch die fortdauernde Gefahr eines durch Regenwasser vermittelst des *opus* eintretenden Schadens ist das Grundstück um einen festzusetzenden Betrag am Wert vermindert worden. Man darf gegen diese Auffassung nicht die Stellen anführen, in denen gesagt ist, *in hoc iudicium futurum damnum venit* oder ähnliches; denn damit soll nichts Anderes gesagt sein, als daß das *iudicium* auf Abwendung künftigen Schadens gehe, nicht wegen des *praeteritum,* vor der Litiskontestation bereits eingetretenen Schadens angestellt werden könne. Ein solches gegenwärtiges Interesse an der *restitutio operis* kann auch sehr wohl durch ein *iusiurandum in litem* festgestellt werden.

Wird das Grundstück vom Kläger erst nach der Litiskontestation veräußert, so erlischt nicht etwa das *iudicium:* was aber der Kläger vermöge desselben erlangt, muß er dem Käufer herausgeben (l. 16 D. h. t.). Veräußert der Beklagte nach der Litiskontestation, so dauert auch in diesem Falle das *iudicium* fort, der *iudex* hat also wegen des seit der Litiskontestation eingetretenen Schadens und der *restitutio operis* zu urteilen, wie wenn die Veräußerung nicht geschehen wäre (l. 4 § 1 D. h. t.). Ist aber noch kein Schaden eingetreten, so wird der Kläger zweckmäßig sofort gegen den Käufer und jetzigen Eigentümer klagen, weil es sich dann nur um *restitutio operis* handelt, welche dieser *in natura* vornehmen kann, während der Verkäufer dazu außer stande ist und nur aufs Interesse verurteilt werden könnte. Davon handelt l. 16 i. f. D. h. t.: *sed si antequam noceatur is cum quo actum sit vendat, statim agendum cum emptore, vel intra annum cum eo qui vendiderit, si iudicii evitandi causa id fecerit.* Hier sind vor den Worten *intra annum* etc. durch ein Übersehen des Schreibers, welches durch den gleichen Anfang und gleiches Ende des ausgefallenen Satzgliedes mit dem vorhergehenden veranlaßt sein wird, etwa die Worte ausgefallen: *si antequam actum sit vendat.* Ist der Verkauf von seiten des zu Belangenden, bevor das *iudicium* gegen ihn anhängig gemacht ist, geschehen, so kann, falls die *alienatio iudicii mutandi causa* geschehen ist, die bekannte *actio in factum* aufs Interesse angestellt werden, wie l. 3 § 2 D. de alienatione iud. mut. c. f. 4, 7 bestätigt. Das Interesse umfaßt hier die Impensen für die *restitutio operis,* welche der gegen den neuen Eigentümer, der das *opus* nicht hergestellt hat, Klagende seinerseits tragen muß.

III. Die Servituten.

A. Allgemeines.

§ 46. Die römischen Juristen teilen die Servituten ein in *servitutes praediorum* und *servitutes personarum.* Die *servitutes personarum* sind indessen jünger, als die *servitutes praediorum.* Mit Recht hat man dies schon aus dem äußern Grunde entnommen, daß noch die Juristen der Kaiserzeit die Bezeichnung *servitutes* häufig nur auf die *iura praediorum* anwenden und den *ususfructus* daneben stellen.[1] Es ergiebt sich aber auch aus innerem, demnächst bei der

[1] Vgl. M. Voigt, Über den Bestand u. die historische Entwickelung der Servituten u. Servitutenklagen während der röm. Republik. in d. Bericht. üb. d. Verh. der K. Sächs. G. d. W. Ph.-H. Klasse, Bd. XXVI, 1874, S. 180 f.

Darstellung der Personalservituten zu entwickelndem Grunde. Unter den Prädialservituten selbst sind die *iura praediorum rusticorum*, wenigstens der Grundstock derselben, älter, als die *servitutes praediorum urbanorum*. Für das jüngere Alter der letzteren spricht zunächst die allgemeine Erwägung, daß gerade die *iura praediorum* ein Institut sind, welches aus den Bedürfnissen römischen Lebens hervorgewachsen ist, für gewisse *iura praediorum rusticorum* aber das Bedürfnis viel früher sich geltend machte, als für die Urbanalservituten. Die Unterscheidung zwischen *urbs* und *ager* ist zwar bei den Römern uralt, auch die zwischen dem *praedium rusticum* und *urbanum* im ökonomischen Sinne, je nachdem die hauptsächliche wirtschaftliche Bestimmung des *praedium* die Erzielung von Früchten oder die Besetzung mit Gebäuden ist, reicht in sehr alte Zeiten zurück, wie namentlich die nur auf *praedia rustica*, nicht auf *urbana* anwendbare alte *actio finium regundorum* zeigt. Dennoch setzt das Aufkommen von Urbanal- im Gegensatz von Rustikalservituten eine größere Entwickelung städtischen Lebens und damit ein stärkeres Hervortreten seines Gegensatzes zum ländlichen voraus. Auch in Rom ging das bäuerliche Leben dem städtischen voraus. Das alte Rom hatte, wie andere alte Städte, noch einen halb bäuerlichen Charakter, die Ackerwirtschaft war noch nicht aus der Stadt verdrängt.[1] Auch Rom hat die niedrige Stufe städtischer Entwickelung durchgemacht, auf welcher der Bürger neben seinem sonstigen Beruf Landbau betrieb und eine große Anzahl von Haustieren sich innerhalb der Mauern befand, wo das städtische Haus der Mittelpunkt für die Bestellung des Ackers war. Nach der Bestimmung der Zwölftafelgesetzgebung über den *ambitus* der Häuser, zufolge welcher derselbe auf zweiundeinhalb Fuß normiert wird, muß man annehmen, daß zur Zeit der Abfassung jener Gesetzgebung in Rom das einzelne Haus durch einen freien Zwischenraum von den Nachbarhäusern getrennt war. Die mit Schindeln bedeckten Häuser waren klein, auf ein Erdgeschoß beschränkt. In dieser Zeit fehlten die Voraussetzungen für die *servitutes urbanae*, die sich später bei den Römern ausgebildet haben. Auch darin, daß die *servitutes rusticae* zu den *res mancipi* gerechnet wurden, die *servitutes urbanae* dagegen nicht, zeigt sich das jüngere Alter der letzteren. Um diese Ausschließung der *servitutes urbanae* aus dem Kreise der *res mancipi* zu erklären, genügt es nicht, darauf hinzuweisen, daß dieser Kreis streng geschlossen war und blieb. Es fragt sich, warum betrachtete man die *servitutes urbanae* als etwas von den bisher bekannten *servitutes* so wesentlich Verschiedenes, warum sah man sie nicht einfach als neue *species* des schon vorhandenen Begriffs der *servitutes* an? Der Grund scheint mir darin zu liegen, daß infolge der Abstreifung des bäuerlichen Charakters der Stadt, der Entwickelung des städtischen Lebens, der Veränderung der Bauart der Häuser, der wesentlich verschiedene wirtschaftliche Charakter der ländlichen und städtischen Grundstücke mehr und mehr zum Bewußtsein und zur Geltung kam. Obwohl mit der Entwickelung von Handel und Industrie und der Zunahme der städtischen Bevölkerung die letztere an Einfluß und Bedeutung gewann, so hat doch noch lange die *plebs rustica* politisch das Übergewicht über die städtische *plebs* behalten, wie dies ja am deutlichsten in der Zurücksetzung der *tribus urbanae* hinter den *tribus rusticae* sich ausspricht. Wenn Huschke[2] auch in der Annahme zu weit zu gehen scheint, daß von jeher nur ländliche

[1] Vgl. H. Nissen, Pompejanische Studien S. 634 ff.
[2] Über d. Census u. d. Steuerverh. d. früher. röm. Kaiserzeit S. 108.

Grundstücke als unmittelbar fruchttragend censiert worden seien, so ist doch daran nicht zu zweifeln, daß die *praedia rustica* für den Census eine höhere Bedeutung hatten, als die *urbana*. Es tritt dies darin hervor, daß nach der Bestimmung des Censors C. Flaminius (534) oder späterer Censoren Libertinen, welche *praedia rustica* im Wert von 30 000 Sesterzen besaßen, in eine *tribus rustica* eingeschrieben werden konnten. Mit dieser Hintansetzung der *praedia urbana* hinter den *rustica* wird es zusammenhängen, daß auch den *servitutes urbanae* eine geringere Bedeutung beigemessen wurde, als den *rusticae*. Die dem *praedium rusticum* zustehenden und auf demselben lastenden Servituten mußten wahrscheinlich mit demselben beim Census angegeben werden. Hat man nun gleich dem *praedium urbanum* auch in dieser spätern Zeit die demselben zukommende Eigenschaft einer *res mancipi* nie entzogen, so hat man doch die erst nach Abstreifung des bäuerlichen Charakters des städtischen Lebens und unter wesentlich geänderten Anschauungen aufgekommenen *servitutes praediorum urbanorum* nicht mehr zu den *res mancipi* und den beim Census anzugebenden Rechten gerechnet.

B. Die *servitutes praediorum*.

1. Die *servitutes rusticae*.

§ 47. Unter den *servitutes rusticae* wieder sind die ältesten die Wegegerechtigkeiten und die *servitus aquaeductus*. Dafür spricht schon, daß diese am unmittelbarsten den Bedürfnissen der Landwirtschaft dienen und durch dieselben gefordert werden. Noch von den Pandektenjuristen werden als althergebrachte *servitutes rusticae* ganz regelmäßig zusammen und allein angeführt die vier: *iter, actus, via, aquaeductus*.[1] Diese traditionelle Zusammenstellung zeigt, daß sie die am frühesten im Leben aufgekommenen und vom Recht anerkannten waren. Ihr Aufkommen fällt zwar wahrscheinlich zeitlich nicht mit der Anerkennung des Privateigentums am Grund und Boden und der Aufteilung des Territoriums in einzelne Grundstücke zusammen,[2] aber daß es in frühe Zeit

[1] Eine reichhaltige Zusammenstellung der betreffenden Stellen giebt Böcking, Pandekt. d. röm. Privatrs. II, S. 277, A. 2 (a, b, c, d). Vgl. auch Varro L. L. V, 24. 35. Isidor. Or. 15, 16. §§ 4, 8, 13.

[2] Man hat wohl behauptet, daß gleich bei der ersten Teilung des römischen Gebiets jene vier Servituten samt dem Privateigentum an den Ländereien vom Staat mitüberwiesen seien. So Zachariä v. Lingenthal, Über den Unterschied zwischen *servitutes rusticae* und *urbanae* S. 18. Böcking, a. a. O. S. 278, nam. A. 5. Zachariä beruft sich dafür auf Sic. Flacc. de cond. agrar. p. 157, 11 sqq. L. Die Erklärungen, welche bisher von dieser Stelle, so viel ich weiß, gegeben sind, befriedigen nicht. Sie spricht nicht von *iter*, *via* und *actus* überhaupt, sondern nur von den Wegen für Menschen und Vieh zu den *aquae* und den *ductus aquarum*. Alle diese Zugänge und Leitungen sollten nach den Bestimmungen der *auctores divisionis* bestehen bleiben, wie früher. Und dabei ist bloß an Zugänge zu *aquae quae publicis utilitatibus serviunt* gedacht. Es ist also nach Sic. Flacc. anzunehmen, daß die *leges coloniarum* allgemein eine Bestimmung enthielten, entsprechend der der Lex Ursonensis c. 79: *Qui fluvi rivi fontes lacus aquae stagna paludes sunt in agro — — — ad eos rivos — — itus actus aquae haustus iis item esto, qui eum agrum habebunt possidebunt, uti iis fuit, qui eum agrum habuerunt possederunt. Itemque iis, qui eum agrum habent possident habebunt possidebunt, itineris aquarum lex iusque esto.* Mit völliger Deutlichkeit spricht dies auch Hyginus, de condic. agr. 120, 12 sq. aus: *illud vero observandum, quod semper auctores divisionum sanxerunt, uti quaecumque loca sacra — — aquae publicae atque venales, fontes, fossaeque publicae vicinalesque essent, — — — ex omnibus eiusdem*

fällt, darauf läßt der römische Eigentumsbegriff selbst schließen, denn eine schroffe Durchführung desselben, nach welcher kein Grundeigentümer Einwirkungen seines Nachbarn auf sein Grundstück zu dulden brauchte, wird sich früh als den faktischen Verhältnissen gegenüber undurchführbar erwiesen haben. Mag man sich schon im ältesten *ager romanus* ein System von öffentlichen und Vicinalwegen gemäß der Limitation systematisch durchgeführt denken, so werden doch infolge von Parzellierung, Veräußerung u. dgl. nicht selten Fälle eingetreten sein, in denen ein Grundeigentümer keinen bequemen Weg von seinem Grundstück nach dem öffentlichen Weg oder von einer Grundstücksparzelle zu einer andern hatte. Die Bewirtschaftung der eines bequemen Zugangs entbehrenden Grundstücke würde leiden, wenn die benachbarten Grundstücke, über deren Raum der Zugang möglich ist, sich ihnen für denselben nicht öffneten. Und da es sich hier um ein dauerndes Bedürfnis des einen Grundstücks und ein dauerndes Verhältnis des andern zu jenem handelt, so kann hier nicht durch obligatorische, die Singularsuccessoren nicht bindende Verträge, sondern nur durch ein dauernd auf dem Eigentum des den Weg gewährenden Grundstücks lastendes Recht, welches dauernd mit dem Eigentum des wegebedürftigen Grundstücks verbunden ist, geholfen werden. Vgl. Sic. Flacc. de condic. agr. p. 146, 16 sqq. L.: *quidam etiam conveniunt specialiter uti servitutem prestent his agris ad quos necesse habent transmittere per suum.* p. 20 sqq.: *itaque, ut diximus, viae saepe necessario per alienos agros transeunt; quae non universo populo itinera prestari videntur, sed eis ad quorum opera, et eis ad quorum agros per eas vias pervenire necesse est. hae ergo de vicinalibus solent nasci.* p. 152, 11 sq.: *quorundam agri servitutem possessoribus ad particulas suas eundi redeundique praestant.* Sehr früh werden die Römer dahin gekommen sein, das gemeinsame juristische Wesen jener Wege- und Wassergerechtigkeiten zu erkennen. Es wird sich zuerst plastisch ausgeprägt haben in den Formeln der Mancipation, in welchen dieselben eingeräumt, in den Legisaktionsformeln, in denen sie im Streitfall gerichtlich geltend gemacht wurden. Wir haben gar keinen irgendwie verläßlichen Anhalt dafür, daß die Rechtsbehauptung in der zur Bestellung jener Rechte dienenden Mancipationsformel und der zu ihrer gerichtlichen Geltendmachung dienenden *legisactio* jemals anders, als auf *Aio mihi ius esse eundi* etc. lautete.[1] Die Gleichartigkeit der Fassung der Rechtsbehauptung in den Geschäfts- und Legisaktionsformularen bei allen jenen vier Rechten muß die Juristen veranlaßt haben, wenn ihnen das Leben darin nicht schon vorausgegangen war, diese Rechte unter einem gemeinsamen technischen Namen zu begreifen. Nach Elvers[2] soll dieser erste gemeinsame Name *iura praediorum* gewesen sein, aber das ist überhaupt kein Name, während *servitutes* technischer Name ist, wie beides aufs deutlichste hervortritt in Gaius (Epitome II, 1 § 3): *Haec iura tam rusticorum, quam urbanorum praediorum servitutes appellantur.* Einen andern gemeinsamen wirklichen technischen Namen, als *servitutes*, kennen

condicionis essent cuius ante fuissent. Vgl. auch Lib. Col. II, p. 253, 15 L. Daß man von dieser Übertragung der bisher bestehenden Wassergerechtsame, *quae publicis utilitatibus serviunt*, von den früheren *possessores* auf die jetzigen durch die *auctores divisionis* nicht schließen darf auf eine staatliche Zuteilung von Wege- und Wassergerechtigkeiten bei der ersten römischen Äckerverteilung und bei spateren Koloniegründungen, liegt auf der Hand.

[1] Ganz andere Anschauungen findet man entwickelt in dem früher citierten Aufsatz von M. Voigt.

[2] Die röm. Servitutenlehre S. 20.

die Römer für diese Rechte nicht Die Art, wie Cicero und Juristen, wie Alfenus und Ofilius, sich der Bezeichnungen: *aedes servire, praedia serva, aedes servas facere, servitutem imponere* u. dgl. bedienen, zeigt, daß zu ihrer Zet dieselben längst eingebürgerte *termini* waren, welche wir unbedenklich in recht alte Zeit verlegen dürfen. Auch die diesen *termini* zu Grunde liegende Vorstellung ist wohl eine recht altertümliche; es ist die, daß ein Grundstück, dessen Eigenschaften und Kräfte nicht bloß für es selbst bezw. seinen Eigentümer, sondern für ein anderes Grundstück bezw. dessen Eigentümer verwandt werden, nicht frei sei, sondern, soweit diese Verwendbarkeit für das andere Grundstück reicht, für dieses da sei, also ihm soweit diene. Wenn in der Anwendung des Ausdrucks *servitus* für diese Rechte bezw. Lasten eine Übertragung von dem menschlichen Sklavenverhältnisse auf Grundstücke liegt, so ist diese Übertragung gewiß nicht erst in der Zeit einer verfeinerten Rechtsanschauung geschehen, denn die Ähnlichkeit ist eine so allgemeine und äußerliche, daß eine verfeinerte Rechtsanschauung nicht erst auf die Vergleichung verfallen sein würde.

Was nun zunächst die Wegegerechtigkeiten angeht, so treten diese früh in dreifacher Gestalt auf: als *iter (itus), actus, via.* Daß die Römer sorgfältig das Recht der Wegegerechtigkeiten ausgebildet haben, sagt im allgemeinen Cic. p. Caec. 26, 74: *diligentissime descripta a maioribus iura — — aquarum itinerumque sunt,* und daß man scharf zwischen einzelnen Arten unterschied Frontin. l. II de contr. agror. p. 58, 19 sq. L.: *Nam quae sit condicio itinerum, non exigua iuris tractatio est. agitur enim utrumne actus sit an iter an ambitus.* Ob jene drei Formen gleichzeitig rechtliche Anerkennung fanden, in welcher Reihenfolge sie entstanden sind, darüber mangelt es begreiflicherweise an Zeugnissen. Gewisse Schlüsse aber erlauben die Stufen, welche die Entwickelung des Wegebaues durchmacht. „Auf der niedrigsten (sagt Nissen[1]) steht die Linie im allgemeinen fest, man fährt bald rechts, bald links, je nach Lust und Laune und hat nur auf die Richtung im allgemeinen zu passen.“ Dann wird der Weg wenigstens abgegrenzt und die Freiheit, nach Belieben durch die anliegenden Saaten zu fahren, hört auf. Endlich dringt die kunstmäßig angelegte Straße durch. So mag es denn in Altrom auch einmal eine Zeit gegeben haben, in welcher es nur eine Art der Wegegerechtigkeit gab, welche berechtigte, über das fremde Grundstück zu gehen, zu reiten, Vieh zu treiben und zu fahren, ohne daß dem eine bestimmte Breite gesetzt war. Dann mag die Verschiedenartigkeit der Bedürfnisse der Grundstücke einerseits und der Wunsch, einer unnötigen Belastung der dienen sollenden Grundstücke vorzubeugen, andererseits die Unterscheidung zwischen *iter* und *actus* ins Leben gerufen haben. Der *iter* oder der *itus* gewährt nur das Recht, vom herrschenden Grundstück über das dienende zu anderen Wegen oder Grundstücken hin und zurück zu gehen oder zu reiten.[2] Auch die Befugnis, sich in Tragsesseln oder Sänften über das dienende Grundstück tragen zu lassen, wurde als im *itus* liegend angesehen; es können danach also eine ganze Anzahl von Personen, beladen oder unbeladen, in Ausübung dieser Gerechtigkeit über das fremde Grundstück gehen. Vielleicht wird man schon bei dieser Servitut einen essen-

[1] Pompejanische Studien S. 525 f.

[2] Varro de l. l. V, 24 u. 35. Isidor. Or. 15, 16. § 8 pr. I. de serv. 2, 3. L. 1 pr. D. de serv. pr. r. 8, 3. L. 7 pr. u. l. 12 D. eod. tit.

tiellen und einen naturalen bezw. accidentalen Inhalt unterscheiden dürfen. Als wesentlich, nicht durch private Beredung ausschließbar wird man das Gehen betrachten dürfen. Die Verabredung, nur reiten, nicht gehen zu dürfen, würde als dem Wesen der Servitut widersprechend anzusehen sein;[1] als zulässig wird dagegen die Verabredung anzusehen sein, nur gehen, nicht reiten oder sich tragen lassen zu dürfen. Der *actus* oder das *ius agendi* umfaßt neben den Befugnissen des *iter* das Recht, *armenta* und *iumenta*, also Rindvieh, Pferde, Esel und Maulesel allein oder mit Gefährt über das dienende Grundstück zu treiben.[2] Auch im Inhalt dieser Servitut kann man wesentlichen, regelmäßigen und zufälligen Inhalt unterscheiden. Wesentlich ist für diese Servitut das Recht des *iumenta agendi*, Zugtiere, Lasttiere zu treiben; das Recht, die Zugtiere samt Gefährt, *vehiculum*, zu treiben, kann fehlen, wegbedungen werden.[3] Das Gefährt erscheint überhaupt beim *actus* als ein Accessorium der Tiere; der Mensch wird als gehend, Tiere und Wagen führend gedacht (*plaustrum, vehiculum ducere*). Ebenso kann auch das Recht, ohne den Zweck des Viehtreibens zu gehen, durch besondere Beredung bei der Bestellung des Rechts ausgeschlossen werden.[4] Auch sonstige den Inhalt des Rechts besonders modifizierende Klauseln können hinzugefügt werden, so: daß nur mit gewissen Tieren oder einer bestimmten Art Gefährt gefahren oder mit gewissen Tieren oder Gefährten nicht gefahren werde, oder daß nicht über ein bestimmtes Gewicht geladen werde, oder daß anderes herdenweise gehaltenes Vieh getrieben werden dürfe u. dgl. Ob der im Vorigen bezeichnete, nicht wesentliche aber regelmäßige Inhalt des *iter* und des *actus* von jeher als solcher angesehen wurde oder in älterer Zeit in jedem Fall durch besondere Klausel festgesetzt werden mußte und erst infolge steter Wiederholung dieser Klauseln zum naturalen Inhalt geworden sei, läßt sich nicht mehr nachweisen. Sicher ist, daß diese Servituten ihrem Wesen nach den Zwecken der Bodenwirtschaft, nicht denen der Viehwirtschaft dienen sollten. Aus den Äußerungen der römischen Juristen über die dritte Wegegerechtigkeit lassen sich schwer der Begriff und der Unterschied derselben von der zweiten entnehmen; sie soll das *ius eundi* und *agendi* enthalten, welche Befugnisse ja aber schon im *actus* enthalten sind.[5] Daneben ist in der *servitus viae* nach der Annahme der *plerique* auch das Recht, Steine und Balken über das dienende Grundstück zu schleifen, und zum *hastam rectam ferre*, d. h. wohl Stangen, Balken aufrecht (wie eine Lanze) zu tragen, vorausgesetzt, daß die Baumfrüchte dadurch nicht verletzt werden, enthalten.[6] Diese Befugnis kann aber, da nur *plerique* sich dafür aussprachen, nicht zum essentiellen, sondern nur zum naturalen Inhalt der Servitut gerechnet werden. Bezüglich des *hastam rectam ferre* scheint es nicht ganz ausgemacht gewesen zu sein, ob es nicht auch als eine im *actus* liegende Befugnis angesehen werden könne (l. 7 pr. D. de serv. pr. rust. 8, 3). Puchta[7] hat zuerst den zur Erklärung des Unterschieds der *via* und der anderen beiden Wegegerechtigkeiten führenden richtigen Weg eingeschlagen. Er sagt, die römischen Juristen oder die Kompilatoren seien wahrscheinlich über den Unterschied zwischen *via* und *actus* als einen sehr auf-

[1] L. 4 § 1 D. de serv. 8, 1, auf welche sich Böcking, a. a. O. S. 279, A. 10, dafür beruft, bezieht sich auf die *servitus actus*.

[2] Vgl. noch Isidor l. c. § 13.

[3] L. 4 § 1 D. de serv. 8, 1.

[4] L. 4 § 1 D. si serv. v. 8, 5.

[5] Vgl. noch l. 13 § 1 D. de acceptil. 46, 4.

[6] L. 7 pr. D. de s. p. r. 8, 3.

[7] Über die Wegeservituten d. röm. Rechts, in d. kl. civil. Schriften Nr. 4.

fallenden und eben daher ganz bekannten, etwa schon in den Worten liegenden hinweggegangen. *Via* stammt von derselben Wurzel wie *vehere* (in der *lingua rustica* nach Varro R. R. 1, 2, 14 *veha*), das Befahrenwerden ist das für ihren Begriff Charakteristische, während für den *actus* das Treiben, Leiten der Tiere und des Gefährts das Charakteristische ist. *Via* ist Fahrstraße, und zwar die künstlich angelegte, die *servitus viae* gewährt die Befugnis, eine solche Fahrstraße über das dienende Grundstück anzulegen und zu haben bezw. ihrer Bestimmung gemäß zu benutzen. Auch zur Ausübung von *iter* und *actus* wird es unter Umständen nötig, daß das dienende Grundstück wegbar gemacht wird; auch sie gewähren dem Berechtigten die Befugnis zum *reficere* (falls sie nicht besonders ausgeschlossen ist), aber darin liegt nicht mehr, als daß der Berechtigte den frühern bezw. einen für Menschen und Vieh gangbaren Zustand des Grundstücks wiederherstellen darf. *Iter* und *actus* haben keine gesetzlich bestimmte Breite, bei der Bestellung kann ausdrücklich bestimmt werden, welche Breite für das Gehen, Fahren in Anspruch genommen werden dürfe. Ist freilich der Raum für den Weg so schmal bestimmt, daß weder Gefährt noch Tiere sich in solcher Enge bewegen können, so ist nur ein *iter* eingeräumt; ist die festgesetzte Breite wenigstens derart, daß Tiere ohne ein Gefährt gehen können, so liegt ein *actus* vor.[1] Sind Richtung und Breite des Weges überhaupt nicht bei der Bestellung bestimmt, so ist im Streitfall durch Entscheidung eines *arbiter* beides festzustellen. Gewährt aber die Servitut das Recht auf eine künstlich angelegte Straße, so macht sich das Bedürfnis einer gesetzlichen Fixierung der Breite geltend, aus einem gleich anzuführenden Grunde. Die XII Tafeln haben eine solche Fixierung vorgenommen. Die Art, in welcher es Mommsen auf Grund neuer handschriftlicher Hilfsmittel gelungen ist, die Stelle des Fest. viae wiederherzustellen, läßt keinen Zweifel darüber, daß die Bestimmung der XII Tafeln, wonach die *via in porrectum* 8 Fuß, *in anfractum* (bei dem Kehren) 16 Fuß breit sein soll, sich auf *viae privatae* bezog, wie das schon nach den Äußerungen der römischen Juristen anzunehmen war, und nicht erst später eine Übertragung derselben von den *viae publicae* auf die *privatae* stattfand. Aus dieser gesetzlichen Fixierung der Breite geht aber meines Erachtens hervor, daß man unter der *via* eine künstlich anzulegende Straße verstand. Wenn die *servitus viae* kein Recht auf eine künstliche Straße gewährt hätte, so hätte man auch für sie beim Mangel einer Vereinbarung unter den Parteien die Festsetzung der Breite im Streitfall einem *arbiter* überlassen können. Bei dem Recht auf eine künstliche Straße konnte man nicht damit auskommen; der Berechtigte, der die Straße schon mit bedeutenden Kosten angelegt hätte, aber nach der Behauptung des Eigentümers des dienenden Grundstücks zu breit, hätte bei gegen ihn ausfallendem Spruch in die Lage kommen können, die Kosten vergeblich aufgewandt zu haben, bezw. noch neue Kosten für Herstellung des frühern Zustandes aufwenden zu müssen. Wir haben aber auch noch bestimmte Äußerungen in unseren Rechtsquellen, welche nicht undeutlich zeigen, daß die *via* eine angelegte Straße war. Die *via publica* ist nach l. 1 § 2 D. de via public. 43, 11 entweder eine einfache *via terrena* oder eine mit *glarea* überschotterte *via terrena* oder eine *via silice* oder *lapide strata*. Nach l. 4 § 5 D. si serv. vind. 8, 5 darf nun der, welcher eine *servitus viae* hat, sich des *interdictum de itinere reficiendo* bedienen, voraus-

[1] L. 13 D. de serv. 8, 1.

gesetzt, daß er sein Servitutrecht beweist; doch darf er nicht *silice sternere,* wenn dies nicht besonders ausgemacht ist. Also in der *servitus viae* als solcher ist das Recht enthalten zum *viam terrenam facere,* ja zum *viam glarea inicere;* und somit auf eine angelegte Straße. Dem Dargelegten nach muß es schon zur Zeit der XII Tafelgesetzgebung eine *servitus viae* gegeben haben: als Recht auf eine künstliche Fahrstraße ist sie aber als jünger als *iter* und *actus* anzusehen. Die *viae* werden zuerst nur als *publicae* oder *vicinales* vorgekommen sein, erst von hier sind sie ins Privatrecht übertragen. Das *ire* und *agere* gehört zum wesentlichen Inhalt der Servitut; bei der Bestellung einer *via* kann, was zum Inhalt des *ire* und *agere* gehört, ferner aber das Recht zum Fahren mit einem *vehiculum* nicht durch besondere Klausel ausgeschlossen werden; denn wenn auch durch besondere Bestimmung eine geringere Breite als die gesetzliche festgesetzt werden kann, so muß es doch eine für ein *vehiculum* ausreichende sein, sonst liegt keine *via* vor. —

In eine recht alte Zeit reichen wohl die Interdikte zurück, die zum Schutz der Ausübung der Wegegerechtigkeiten bestimmt waren. Das *interdictum de itinere actuque privato* schützt den, welcher die behauptete Gerechtigkeit im letzten Jahr vor Erlaß des Interdikts *nec vi nec clam nec precario* dem Gegner gegenüber, und zwar *modico tempore,* d. h. an nicht weniger als 30 Tagen ausgeübt hat.[1] Das *interdictum de itinere actuque reficiendo* schützt den, welcher den schadhaft gewordenen Weg reparieren will, unter denselben Voraussetzungen sowie der weiteren, daß er das behauptete Wegerecht bezw. das Reparaturrecht beweisen könne.[2] Es gab übrigens für *iter* und *actus* nicht etwa besondere Formeln; die Formel lautete immer: *Quo itinere actuque privato* u. s. w. und: *si quis hoc interdicto utatur, sufficit alterutrum probare vel iter vel actum in usu habuisse* (l. 1 § 4 D. de it. actuque pr. 43, 19). Auch daß es nur eine Formel der *confessoria,* deren *intentio* auf *ire agere* gestellt war, gab, ist mit Rudorff[3] u. a. anzunehmen; zweifeln kann man nur, ob, wenn nur ein *ius itineris* geltend gemacht werden sollte, das *agere* gestrichen wurde oder nicht. Lenel[4] nimmt das erstere an; ich bin zu der Annahme geneigt, daß auch im konkreten Fall die *intentio* der Formel immer auf *ire agere* abgestellt wurde, aber es, wie beim *interdictum de itinere actuque,* genügte, das eine oder andere, entweder ein *ius eundi* oder ein *ius agendi,* zu beweisen. Mir scheint dafür l. 4 § 1 D. si serv. vind. 8, 5 zu sprechen: *Qui iter sine actu vel actum sine itinere habet, actione de servitute utatur.* Wie selbstverständlich, trivial scheint auf den ersten Blick die Bemerkung, daß wer ein *iter sine actu* habe, sich der *actio de servitute* bedienen könne! Der Jurist will aber sagen, sowohl wer ein *iter sine actu,* als wer einen *actus sine itinere* hat, kann sich der *actio,* deren *intentio* auf *ire agere* lautet, in unveränderter Fassung bedienen; es wurde dann nicht etwa dem gegenüber, der nur ein *ius itineris* nachweisen konnte, eine *plus petitio* angenommen.

Für eine verhältnismäßig späte Entstehung der *servitus viae* hat man auch den Umstand mit geltend machen wollen, daß das *interdictum de itinere actuque privato* ursprünglich nur für *iter* und *actus* allein aufgestellt und erst später auf die *via* ausgedehnt sei. Soviel ist nun sicher und anerkannt, daß die Worte *vel via* in dem von den Digesten überlieferten Formular des *interdictum de itinere actuque privato* dem Edikt nicht angehörten, wie schon die Stellung nach den

[1] L. 1 pr. § 2 D. de itinere actuque privato 43, 19.
[2] L. 3 §§ 11 u. 13 D. eod. tit. [3] De iurisd. ed. p. 79. [4] D. Ed. p. S. 151.

Worten *quo de agitur* zeigt.[1] Besondere Interdikte *de via* und *de via reficienda* sind nie aufgestellt, weil sie unnötig waren. In der *servitus viae* ist *iter* und *actus* enthalten: hatte der zur *via* Berechtigte diese in seinem Rechte liegenden Befugnisse in der gehörigen Weise ausgeübt, so konnte er sich des *interdictum de itinere actuque* bedienen; ihm wegen der weitergehenden Befugnisse des *lapidem trahere* und *hastam rectam ferre*, die nicht zum essentialen Inhalt der Servitut gehörten, noch ein besonderes Interdikt zu gewähren, erschien als kein Bedürfnis. In l. 4 § 5 D. si serv. vind. 8, 5 heißt es ferner: *sed de refectione viae et interdicto uti possumus, quod de itinere actuque reficiendo competit*, es kann sich der zur *via* Berechtigte auch des *interdictum de itinere actuque reficiendo* bedienen, vorausgesetzt, daß er die gehörige Ausübung und sein Servitutrecht nachweist; *via* ist hier im technischen, nicht im allgemeinen Sinne genommen, wie mit Bestimmtheit daraus hervorgeht, daß in dem ganzen Paragraphen von dem Unterschied der drei Wegegerechtigkeiten die Rede ist.

Eine besondere Erwähnung verlangt noch das *iter ad sepulcrum*. Bei der freien Veräußerlichkeit der Grundstücke konnte es leicht kommen, daß ein Grundstück, in dessen Gebiet eine Grabstätte, ein *sepulcrum* sich befand, in das Eigenthum jemandes kam, welcher kein Recht an diesem und nicht die Pflicht der Sorge für dasselbe hatte. Es pflegte daher von denen, welche auf ihren Grundstücken ein *sepulcrum* angelegt hatten, beim Verkauf in die *leges praediorum vendundorum* eine Klausel aufgenommen zu werden, daß den Berechtigten der Weg zum *sepulcrum* eines Begräbnisses halber freistehen solle.[2] Auch in Schenkungen und Testamenten kamen derartige Bestimmungen vor, wie die Inschriften zeigen.[3] Ja infolge der ständigen Hinzufügung dieser Klausel kam es dahin, daß man auch beim Fehlen derselben das *iter ad sepulcrum* als stillschweigend vorbehalten ansah, wenn der *venditor* ein *sepulcrum* auf dem verkauften Grundstück hatte oder sich ein solches vorbehalten hatte.[4] Diese *servitus itineris* bleibt, auch wenn Stätten des *sepulcrum loci religiosi* werden, *privati iuris:*[5] es ist ein Recht, welches, wie jede Servitut, durch eine *servitutis vindicatio* verfolgt werden kann. Dieses *iter ad sepulcrum* stand denen zu, welche das Recht hatten, eine Leiche in dem Monument beizusetzen. Nicht selten wird aber eine Wegegerechtigkeit nicht bloß zum Zweck der Beisetzung von Leichen, sondern auch zum Zweck, dort Opfer darzubringen, die Gräber zu bekränzen, das Monument auszubessern, eingeräumt, und es wird nicht bloß *iter actus ad sepulcrum*, sondern auch *aquaehaustus*, sowie das Recht, für die Zwecke des Grabmals sich irgend welche Produkte vom dienenden Grundstück, wie Holz u. dgl., zu nehmen, eingeräumt. Das *iter ad sepulcrum* ist keine gewöhnliche Prädialservitut, aber doch etwas ganz Analoges, das *sepulcrum* erscheint dabei gleichsam als das herrschende Grundstück,[6] das *ius itineris* steht hier nur denen zu, welche das *ius inferendi mortuum* haben, bezw. denen,

[1] Vgl. Lenel, a. a. O. S. 383. A. 17. Daß *vel via* Glossem sei, wie Mommsen und Lenel annehmen, ist doch zweifelhaft; die Worte können auch von den Kompilatoren eingeflickt sein.

[2] L. 5 D. de sep. viol. 47, 12: — — *legibus namque praediorum vendundorum cavetur, ut ad sepulchra, quae in fundis sunt, item eius (l. itus actus) aditus ambitus funeri faciendo sit.*

[3] Bruns, Fontes[4] p. 202, p. 242.

[4] Vgl. noch l. 10 D. de relig. 11, 7. L. 53 § 1 D. de act. emt. 19, 1.

[5] L. 14 § 1 D. de serv. 8, 1. L. 1 D. si serv. vind. 8, 5.

[6] In den Inschriften heißt es zuweilen, dem Monument werde *iter actus* u. s. w. geschuldet.

welchen die Pflege des Grabmals eingeräumt ist. Durch Nichtgebrauch geht das *iter ad sepulcrum* nicht unter.[1] Wo des *iter ad sepulcrum* Erwähnung geschieht, wird regelmäßig den Berechtigten nicht bloß das Recht des Hingehens, Hinzugehens zum *sepulcrum,* sondern auch die Befugnis des *ambitus,* des Herumgehens um dasselbe zugesprochen. Eine Stelle der Feldmesser legt die Frage nahe, ob der *ambitus* auch als eine selbständige Form der Wegegerechtigkeit vorgekommen sei, Frontin. lib. II de contr. agr. p. 58, 19: *Nam quae sit condicio itinerum, non exigua iuris tractatio est. agitur utrumne actus sit an iter an ambitus;* es fehlt indessen an Anhaltspunkten, um darauf eine Antwort zu geben. Mit *itus* und *aditus* verknüpft, wird der *ambitus* auch wohl bezüglich anderer Heiligtümer eingeräumt (Mommsen, I. N. 212).

Daß die *iura aquarum* in irgend welcher Gestalt nicht jünger sind, als die Wegerechtigkeiten, liegt in der Sache. Im südlichen Klima wird das Bedürfnis von Wasser für ein Grundstück, welches in seinem Bereich solches nicht hatte, sehr früh dahin gedrängt haben, dauernde Aushilfe bei Nachbargrundstücken, welche reichliche Quellen hatten, zu suchen. Die älteste von den in unseren Rechtsquellen erwähnten Formen der *iura aquarum* wird die *servitus aquaeductus* gewesen sein. Daß der *aquaehaustus* jünger sei, dafür spricht die Nichtaufführung desselben in der traditionellen Aufzählung der *servitutes rusticae,* in welcher neben *iter, actus, via* nur der *aquaeductus* genannt wird.[2] Dagegen kann aus der in einem Plaidoyer vorkmmenden Äußerung Ciceros, pro Caec. 26, 74: — — *fundus a patre relinqui potest: at usucapio fundi — non a patre relinquitur, sed a legibus; aquaeductus, haustus, iter, actus a patre: sed rata auctoritas harum rerum omnium a iure civili sumitur* wohl entnommen werden, daß damals der *aquaehaustus* schon eine altherkömmliche Servitut war, nicht aber, daß es sich bei der Aufzählung der in jener Stelle genannten Servituten um eine abgeschlossene Begriffsreihe handelte, deren Abschluß auf dem gemeinsamen höchsten Alter jener vier Servituten beruhte. Sicherlich würde Ulpian (nach l. 1 D. de serv. pr. r. 8, 3), nachdem er zunächst als *servitutes praediorum rusticorum iter actus via aquaeductus* aufgeführt, mit den Worten *„In rusticis computanda sunt“* neben anderen, noch neueren, Servituten nicht auch den *aquaehaustus* nachgetragen haben, wenn dieser zu den ältesten *servitutes rusticae* gehört hätte. Und auch ein innerer Grund spricht für ein jüngeres Alter des *aquaehaustus* als des *aquaeductus.* Durch den letzteren wird für ein unmittelbares Bedürfnis des zu bebauenden Grundstücks selbst, für seine Bewässerung, gesorgt; daneben aber auch für das der Leute darauf. Durch die *servitus aquaehaustus* wird jedenfalls schon vorzugsweise für das persönliche Bedürfnis der Vertreter des Grundstücks, der Leute darauf, gesorgt. Daß eine Servitut solchen Inhalts als Prädialservität zugelassen wird, setzt immerhin schon eine etwas freiere Behandlung des Gedankens, daß der Inhalt der Servitut dem Grundstück einen ökonomischen Nutzen gewähren müsse, voraus.

Ein altherkömmliches Erfordernis der *servitus aquaeductus* ist, dass dieselbe nur an einer *aqua viva* oder *perennis* bestellt werden kann.[3] *Aqua viva, perennis* ist ein fließendes, beständiges, immer sich erneuerndes Wasser. An einer Cisterne, einem Teich, Weiher, Brunnen, welche nicht durch eine Quelle sich erneuern, kann keine *servitus aquaeductus* bestellt werden. Der diesem Erfordernis zu Grunde liegende Gedanke ist offenbar der, daß es eine natürliche,

[1] L. 4 D. quemad. s. a. 8, 6. [2] L. 1 pr. D. de serv. pr. r. 8, 3.
[3] L. 1 §§ 5 u. 6 D. de aq. cot. 43, 20. Vgl. l. 1 § 4 D. de fonte 43, 22.

dauernde, sich nicht erschöpfende Kraft sein muß, worauf dieses Recht, das einen dauernden Nutzen zu verschaffen bestimmt ist, sich gründet. Damit hängt weiter das gewiß auch in sehr frühe Zeiten zurückreichende Erfordernis zusammen, daß die *servitus aquam ducendi* nach *ius civile* nur *ex fonte* oder *capite* bestellt werden kann.[1] Unter *fons* ist dabei der Ursprung der *aqua viva*, die Quelle in diesem engeren Sinne zu verstehen. Dieser *fons* oder das *caput* ist da, wo das Wasser zuerst aus der Erde hervorströmt. Rinnt es zunächst nur schweißartig aus der Erde hervor, so soll die erste Stelle (*primus locus*), wo dieses Gerinne zusammenfließt, als das *caput aquae* angesehen werden. Unmittelbar an diesem *fons* oder diesem *caput*, welcher als der den weiteren Lauf hervorbringende Grund des Gewässers anzusehen ist, kann die *servitus aquaeductus* bestellt werden. Daß das Civilrecht so streng an diesem alten Erfordernis festhielt, hing gewiß mit der religiösen Verehrung der Quellen zusammen.[2] Die religiöse Verehrung, welche dem der *aqua* vorstehenden *genius* gezollt wurde, knüpfte sich recht eigentlich an das *caput aquae* und dann vorzugsweise an den obern Lauf derselben an.[3] Nicht an jeder *aqua perennis* übrigens kann unsere Servitut bestellt werden. Es muß unmittelbar davon aus das Wasser geleitet werden können: an einem Brunnen, auch wenn er in der Tiefe durch eine Quelle gespeist wird, überhaupt an einer Quelle, welche unter der Erde bleibt, nicht zu Tage tritt, kann keine Wasserleitungsservitut bestellt werden. Aus dem streng festgehaltenen Erfordernis, daß nur unmittelbar von der zu Tage getretenen Quelle aus die Wasserleitungsservitut bestellt werden kann, erklären sich nun verschiedene Entscheidungen der römischen Juristen. Nach l. 2 D. communia pr. 8, 4: *De aqua per rotam tollenda ex flumine vel haurienda, vel si quis servitutem castello imposuerit, quidam dubitaverunt, ne hae servitutes non essent* etc. soll zunächst eine *servitus aquaeductus* an einem *flumen* nicht in der Art bestellt werden können, wenigstens nicht nach Civilrecht (*licet servitus iure non valuit*), daß das Wasser aus dem *flumen* vermittelst eines Schöpfrades, *rota*, der Leitung zugeführt wird. Der Grund ist der, daß die Servitut hier keine *naturalis causa* in dem alten strengen Sinne hat. Dieses Erfordernis hat nicht den Sinn, daß zur Ausübung der Servitut keine künstlichen Vorrichtungen gebraucht werden dürften, wohl aber den, daß die Grundlage, Ursache, auf welche die Servitut sich stützt, eine unmittelbare Naturkraft des dienenden Grundstücks sein muß, bei der *aqua per rotam tollenda* würde zwischen die Naturkraft und die Leitung die künstliche Vorrichtung, die *rota*, in die Mitte treten. Sodann soll aber aber eine *servitus aquaeductus* nicht von einem *castellum* aus bestellt werden können.

Die *castella* sind Wasserschlösser, Wasserbehälter. Neben den *castella publica* der öffentlichen Wasserleitungen, aus welchen das Wasser verteilt wurde, gab es nach Frontinus auch solche, welche Privatleute sich anlegten, um aus

---

[1] L. 9 D. de serv. pr. rust. 8, 3. L. 1 §§ 7 u. 8 D. de aq. c. 43, 20. Vgl. auch Cic. Top. 8, 33. p. Cael. 8, 19.

[2] Rudorff, Ztschr. f. gesch. Rechtsw. XV, S. 214 ff. Karlowa, Die Formen der röm. Ehe und Manus S. 110.

[3] Seneca ep. 41. Plin. Ep. VIII, 8 sagt vom Clitumnus: *Sparsa sunt circa sacella complura totidemque dei: sua cuique veneratio, suum nomen, quibusdam vero etiam fontes. nam praeter illum, quasi parentem ceterorum, sunt minores capite discreti* (jede hat ihr besonderes *caput*), *sed flumini miscentur quoad ponte transmittitur. is terminus sacri profanique, in superiore parte navigare tantum, infra etiam natare concessum est.*

ihnen das aus dem öffentlichen Kastell gemeinsam empfangene Wasser weiter zu verteilen und zu leiten. Auch bei grossen Privatwasserleitungen gab es gewiß solche *castella*. Der Grund, warum keine *servitus aquae ducendae* an solchem *castellum* bestellt werden kann, ist wieder der, daß das *castellum* eine künstliche Vorrichtung ist, welche zwischen die Leitung und die Naturkraft in die Mitte treten würde. Der Grund dieser Entscheidungen ist also kein anderer als der, welcher Ulpian und Paulus sagen läßt, daß die *servitus aquaeductus* nicht *aliunde, a quocumque loco*, d. h. von einer beliebigen Stelle im Laufe der *aqua* bestellt werden könne, denn auch dann würde der bisherige Lauf des Gewässers bis zu dieser Stelle in die Mitte zwischen die Leitung und den wahren, letzten Grund der Servitut, das *caput aquae* treten. Die Begriffe *fons* und *caput aquae* decken sich übrigens nicht vollständig; denn es kann eine *servitus aquaeductus* nicht bloß an einem Privatgewässer, sondern auch an (öffentlichen) Flüssen und (durch Quellen gespeiste) Seen bestellt werden. Hier sollen die ersten Einschnitte oder Öffnungen, welche wohl mit *septa* (Schleusen) versehen waren, vermittelst welcher das Wasser aus dem Fluß oder See in die *rivi* getrieben wird, als *caput* gelten. Wahrscheinlich ist darin schon eine Erweiterung des ursprünglich engeren Begriffs des *caput aquae* zu sehen. Die *servitus aquaeductus* enthält das Recht, einen künstlichen Wasserweg über das dienende Grundstück anzulegen. Die technische Bezeichnung für solche künstlich angelegte (*manu facti*) Gräben ist *rivi*.[1] Nach Fest. p. 273 umfassen die *rivi* sowohl die Gräben über der Erde, die *fossae*, als die unterirdischen, die *specus*.[2] In Gesetzen, Senatuskonsulten, Edikten werden gewöhnlich *rivi* und *specus* nebeneinander gestellt,[3] in welcher Zusammenstellung *rivi* dann wohl die Leitungen über, *specus* die unter der Erde bezeichnet.[4] Es werden aber auch einmal *rivi, qui sub terra essent* und *specus* zusammengestellt,[5] sowie *cuniculi* neben *specus* erwähnt.[6] In solcher Zusammenstellung bedeutet *specus* dann wohl größere, für die Leitung erforderliche unterirdische Bauten. Auch *arcus*, Bogenwerk wird in Bezug auf Privatwasserleitungen erwähnt.[7] Die Leitungsgräben können einfach aus Erdarbeit bestehen. Der Berechtigte kann aber auch, wenn die bloße Erdarbeit das Wasser nicht zusammenhält, zwar nicht *opus signinum*, d. h. eine in Signia[8] erfundene Gips- und Mörtelmasse, wohl aber Backsteine oder Bruch-

---

[1] Auch Ulpians Erklärung in l. 1 § 2 D. de rivis 43, 21: *Rivus est locus per longitudinem depressus, quo aqua decurrat* weist in dem *depressus, quo aqua decurrat* auf künstliche Anlage hin.

[2] Ulpians Definition von *specus* in l. 1 § 3 l. c. ist sachlich wertlose, schlechte Worterklärung.

[3] Lex Quinctia bei Frontin de aquis c. 129, ferner Frontin c. 125, 127; l. 1 pr. D. de rivis 43, 21.

[4] Bezüglich *specus* vgl. auch l. 3 pr. D. eod. tit. Cic. ad Att. XV, 26, 4. Hirt. de bello Alex. c. 5.

[5] Frontinus c. 127.

[6] L. 11 pr. D. de aqua 39, 3. *Cuniculus* und *specus* werden wohl identisch gebraucht. Vgl. die von Burckhard, Actio aq. pl. arc. S. 24 f. citierten Stellen. In l. 11 pr. cit. werden sie in Gegensatz zu einander gestellt. Da bedeutet *specus* wohl eine geräumigere, gewölbeartige unterirdische Leitung (vgl. Vitruv. VIII, 7, 3: — *sin autem terrenum aut harenosum erit solum, parietes cum camera in specu struantur*), die nur eine dünne Schicht zwischen sich und der oberen Leitung bestehen läßt, während *cuniculus* einen einfachen Wassergang bedeutet, zwischen welchem und der oberen Leitung eine so dicke Erdschicht bleibt, welche kein Wasser durchläßt.

[7] L. 11 pr. cit.

[8] F. Gregororius, Wanderjahre II[6], S. 206 f., schreibt: „Die Häuser in Segni sind aus

steine verwenden, und, wenn die bisherige Befestigung der Gräben sich nicht bewährte, zu einer andern zulässigen greifen.[1]

In dem *rivus* selbst kann der Berechtigte *fistulae,* Röhren anbringen, um den Lauf des Wassers weiter auszubreiten, entweder irdene oder von anderem Stoff, Holz oder Blei.[2] Nicht aber war es, wenn es nicht besonders bei Einräumung der Servitut ausgemacht war, gestattet, das Wasser über Steinplatten, Quadersteine[3] zu leiten. Auch *lacus,* d. h. künstliche Becken oder Wasserbehälter, in welche zuerst das Wasser geleitet wird, um es von da aus in mehrere *ductus* weiter zu leiten, werden bei Wasserleitungsservituten erwähnt. Es kam auch vor, daß mehrere Wasserleitungsberechtigte einen gemeinschaftlichen *rivus* hatten. Ist die Wassermasse ausreichend, so können solche *rivales* das Recht an den gleichen Tagen und zu denselben Stunden ausüben; ist sie dafür nicht ausreichend, so muß irgend welche Teilung, entweder gleich bei der Bestellung der Berechtigungen oder später im *communi dividundo iudicium* stattfinden. Die Teilung konnte *tempore* oder *mensura* geschehen,[4] also entweder so, daß die Berechtigten abwechselnd an verschiedenen Tagen oder Stunden zu leiten hatten, oder daß jeder nicht über ein bestimmtes Maß Wasser leiten durfte. Letzteren Falls mußte den Röhren, den *fistulae,* vermittelst welcher der einzelne *rivalis* entweder direkt von dem *communis rivus* oder von einem *castellum* aus, in welches der *communis rivus* führte, in besonderem *rivus (proprius rivus)* das Wasser seinem Grundstück zuleitete,[5] eine bestimmte Größe, so daß sie nur ein bestimmtes Maß Wasser fassen konnten, gegeben werden. Die Verbindung zwischen dem *communis rivus* und den *proprii rivi* wurde durch *calices,* Kelche, hergestellt, d. h. eherne Gemäße, welche in den *communis rivus* oder das Kastell eingelegt und in welche die Einzelröhren angebracht wurden. Auf die genaue und gleichmäßige Stellung dieser *calices* kam viel an, damit nicht der eine mehr Wasser verschluckte, als dem betreffenden Wasserberechtigten gebührte. — Wohl zu unterscheiden von dem Fall, daß zwei Wasserberechtigte einen *communis rivus* haben, ist die Bestellung einer weitern Wassergerechtigkeit in der Art, daß der neue Berechtigte eine eigene besondere Leitung von der Quelle aus solle haben können. Bekanntlich kann ja ein Grundeigentümer an seinem Grundstück verschiedenen Nachbarn nacheinander eine Servitut gleichen Inhalts, etwa eine Weidegerechtigkeit einräumen, doch steht solchen Falls das später bestellte Recht dem früher erworbenen nach; nur soweit nach Befriedigung des frühern Rechts das dienende Grundstück die

---

dem weißen Kalkstein des Gebirgs in abwechselnden Lagen von schwärzlichem Tuf und von Ziegeln errichtet. — — — Ich habe in alten Urkunden oftmals den Ausdruck ‚*Signino opere*' von Häusern gefunden, und mich in Segni belehrt, daß er von dieser Bauart hergenommen sei." Die Digesten und verschiedenen Stellen Vitruvs und Columellas zeigen, daß das *opus Signinum* sehr alt ist.

[1] L. 1 § 10, l. 3 § 1 D. de riv. 43, 21.

[2] L. 15 D. de serv. pr. rust. 8, 3. L. 3 § 2 D. de riv. 43, 21. Bei den öffentlichen Wasserleitungen wird gewöhnlich zwischen einer dreifachen Art von *ductus* unterschieden: *canales, fistulae, tubuli.* Unter den ersteren werden gemauerte Leitungen, unter den *fistulae* Röhren von Blei, unter den *tubuli* thönerne Röhren verstanden. Vitruv. VIII, 7. Plin. H. N. XXXI, 6, 57 flg. Bei Pallad. R. R. IX, 11 werden *forma structilis, plumbeae fistulae, canales lignei, fictiles tubi* unterschieden.

[3] L. 17 § 1 D. de aqua 39, 3. Burckhard, Act. a. pl. a. S. 28 f., unterscheidet zwischen den Arten des Steins nicht in gehöriger Weise und findet daher Gegensätze zwischen den Aussprüchen der Juristen, die nicht vorhanden sind.

[4] L. 5 pr. D. de aq. cott. 43, 20. [5] L. 16 D. quemadmod. s. a. 8, 6.

betreffenden Vorteile noch gewähren kann, kommt das später erworbene Recht zur Geltung. Wie war das aber bei Wasserleitungsgerechtigkeiten durchzuführen? Eine Auseinandersetzung zwischen verschiedenen Wasserberechtigten bezüglich der Priorität und des Maßes der Ausübung läßt sich doch nur denken, wenn die mehreren Berechtigten zunächst denselben *rivus* benutzen. Soll jeder unmittelbar vom *caput aquae,* der Quelle, aus einen besondern *rivus* haben, so wird eine solche Regulierung viel schwerer zu bewerkstelligen sein. Mit Rücksicht darauf hat das prätorische Edikt eine Bestimmung getroffen, die mir bisher auch nach anderer Richtung nicht richtig verstanden zu sein scheint und des Zusammenhangs halber gleich hier bei der Darstellung des Civilrechts besprochen werden mag. Nach l. 8 D. de aqua 39, 3 soll zur Bestellung einer Wasserleitungsservitut nicht bloß die Einwilligung des Eigentümers des Grundstücks, sondern auch die derer, welche ein Recht *in iure loci, ubi aqua oritur* (also z. B. eines Usufruktuars), sowie desjenigen, welcher ein *ius in ipsa aqua* (also dessen, welcher schon eine Leitungsgerechtigkeit an der *aqua*) hat, erforderlich sein. Aus l. 4 C. de serv. 3, 34 geht sodann hervor, daß eine ausdrückliche Bestimmung des prätorischen Edikts die Einräumung einer *servitus aquaeductus* ohne Zustimmung dessen, *ad quem usus eiusdem aquae pertinet,* nicht zuließ. Das Edikt kann aber unmöglich bloß ausgesprochen haben, es solle die frühere *servitus aquaeductus* durch eine spätere nicht beeinträchtigt werden, denn diesen Satz enthält schon das Civilrecht und eine bloße Wiederholung desselben durch das Edikt wäre völlig überflüssig gewesen. Die Bestimmung des Edikts wird den Sinn gehabt haben, daß ohne Zustimmung des bisherigen Wasserberechtigten eine spätere prätorisch geschützte *servitus aquaeductus* gar nicht zustande kommen solle. Aber wenn einer, welcher *in iure loci, ubi aqua oritur,* ein *ius* hat (natürlich ein solcher, welcher das Grundstück mit Servituten belasten kann, also kein Usufruktuar, sondern etwa ein Emphyteuta), eine *servitus aquaeductus* bestellen will, soll dazu nicht bloß die Einwilligung eines frühern Wasserleitungsberechtigten, sondern auch die des *dominus loci* erforderlich sein, d. h. es soll die Servitut ohne Einwilligung des *dominus loci* gar nicht zustande kommen. Das spricht noch besonders l. 9 § 2 D. de aqua 39, 3 aus. Ist nun aber das Interesse des Eigentümers nicht schon genügend dadurch gewahrt, daß der Emphyteuta die Sache nur für die Dauer des emphyteutischen Rechts mit einer Servitut belasten kann? Nein: gerade die Wasserleitungsgerechtigkeit giebt dem Berechtigten Befugnisse, die die Substanz der Sache ergreifen, die Befugnis nämlich, einen *rivus,* zum mindesten einen Erdgraben, auf dem dienenden Grundstück anzulegen, der nach Beendigung der Servitut bleiben würde und vom Eigentümer, falls er ihm unbequem wäre, auf eigene Kosten beseitigt werden müßte. Danach ist nun auch l. 9 §§ 1 u. 2 D. eod. tit. zu erklären. Zu der Bestellung einer Wasserleitungsservitut an einem *fundus in diem addictus* soll sowohl die Einwilligung des Käufers als die des Verkäufers erforderlich sein; damit es auf alle Fälle gewiß sei, daß die Bestellung mit dem Willen des *dominus* erfolgt sei, auch für den Fall, daß das Grundstück, an dem der Käufer und Zwischeneigentümer die Servitut bestellt, beim Eintritt der Resolutivbedingung wieder an den Verkäufer zurückfiele. Die Einwilligung des *dominus* (auch dieses eventuellen) wurde aber verlangt, damit nicht der *dominus* eine *iniuria* erleide. Burckhard[1] meint, der § 1 könne

[1] A. a. O. S. 10.

nicht als Begründung des im Prinzipium Gesagten aufgefaßt werden, durch Bestellung der Servitut von seiten des Zwischeneigentümers erleide der künftige Eigentümer keine *iniuria*, denn mit dem Zurückfallen des Eigentums an den Verkäufer erlösche das vom Zwischeneigentümer bestellte *ius in re*. Allein der ganze Wortzusammenhang der Stelle erheischt es, in den Worten des § 1 die Motivierung für den Satz des *princ.* zu suchen, daß auch der Wille dessen, der durch Eintritt der Resolutivbedingung Eigentümer der Sache werde, zur Bestellung der Servitut notwendig sei. Es muß also die *iniuria*, welche er nach der Stelle ohne seine Einwilligung erleiden würde, als eine andere gedacht werden, und diese kann man nur darin finden, daß der Verkäufer nach Rückfall des Eigentums und dem Erlöschen der Servitut doch die Gräben und Wassergänge auf seinem Grundstück haben würde, die er, falls sie ihm unbequem wären, auf seine eigenen Kosten beseitigen müßte. Daher wird in der Stelle die Einwilligung des künftigen Eigentümers zur Entstehung der Servitut als notwendig bezeichnet. Das Edikt wird aber von diesem speziellen Fall nicht gesprochen haben, es wird nur (die Fassung ist natürlich nicht wiederherzustellen) dem am Schluß von l. 8 ausgesprochenen Gedanken Ausdruck gegeben haben.[1] In l. 10 §§ 1 u. 2 eod. tit. wird von Ulpian die Frage aufgeworfen, wie es stehe, wenn der *locus, unde aqua oritur* im Miteigentum mehrerer sich befinde. Er sagt, *omnium voluntatem sequendam*, aber daß er sich damit nicht begnügt, diesen zweifellosen Satz hinzustellen, sondern noch die Begründung hinzufügt: *iniquum enim visum est voluntatem unius ex modica forte portiuncula domini praeiudicium sociis facere*, ist auffällig. Das Auffällige schwindet aber, wenn man berücksichtigt, daß Ulpian eine Ediktsbestimmung erklärt. Diese sagte, daß zur Bestellung der Wasserleitungsgerechtigkeit der Wille bezw. die Einwilligung des Eigentümers nötig sei. Da hielt er es nicht für unnötig zu bemerken, daß danach nur die *voluntas* eines Miteigentümers zu berücksichtigen unbillig sein würde. — Aber vielleicht noch eine andere Bestimmung

[1] Ganz richtig sagt Burckhard, a. a. O. S. 38 f., wenn Paulus und Ulpian in ihren Ediktskommentaren gerade in den Büchern, in denen sie von der *actio aquae pluviae arc.* sprechen, auf die *servitus aquae* eingingen, so sei der Schluß gerechtfertigt, daß die Ediktsbestimmung, auf welche l. 4 C. de serv. 3, 34 hindeutet, im Edikt in Verbindung mit der *actio aq. pl. a.* eine Stelle gehabt habe. Nach Lenel, Ed. P. S. 151, 300 f., sollen die in den von der *actio aq. pl. a.* handelnden Büchern der Ediktskommentare sich findenden auf die *servitus aquaeductus* bezüglichen Stellen sowie die Erwägung, daß die Klagen aus der Wasserleitungsservitut in den Kommentaren zu dem Ediktsabschnitt *Si servitus vindicetur* nicht abgehandelt werden, es zweifellos machen, daß die Formeln für die Wasserleitungsservitut im Edikt erst der für die *actio aquae pl. a.* vorausgeschickt seien. Dagegen ist geltend zu machen, daß die Stellen über die Wasserleitungsservitut im Titel *de aqua et aq. pl. a. a.* sich nur auf die oben im Text besprochene Ediktsbestimmung, nicht auf die Wasserleitungsservitut im allgemeinen beziehen, ferner: daß ausführlichere Erörterungen über die Formel der Wasserleitungsservitut in den Kommentaren zum Ediktsabschnitt: *si servitus vindicetur* einmal wohl deshalb fehlen, weil die Kommentare zur Vermeidung von bloßen Wiederholungen nicht jede einzelne Formel, sondern die *actio confessoria* bezw. *negatoria* in Anwendung auf Prädialservituten überhaupt erläuterten und hier die einzelnen Servituten nur als Beispiele heranzogen, wobei die Wegegerechtigkeit in den Vordergrund gestellt wurde; sodann, weil ausführliche Erörterungen der Wasserleitungsservitut teils in den civilrechtlichen Schriften, teils in den Büchern der Kommentare über die Interdikte *de aqua* und *de rivis* sich fanden. Die Civilklagen *de aquaeductu* werden also im Edikt unter der Rubrik: *si servitus vindicetur v. a. a. p. n.* proponiert gewesen sein. Ob im Edikt auch Formeln für *servitutes non iure constitutae*, und eventuell an welcher Stelle, proponiert waren, ist eine nicht hier zu erörternde Frage.

traf der Prätor wohl im Anschluß an jene. Nach l. 10 § 2 eod. tit. sagt Labeo, der Prätor müsse nicht eine Wasserleitung aus einem *flumen navigabile* gestatten, welche den Fluß weniger schiffbar mache. Nach Burckhard will Labeo nichts Anderes sagen, als daß der Prätor gegen solches die Schiffahrt beeinträchtigende Thun sein *interdictum ne quid in flumine publico facias* geben müsse. Gewiß war das Interdikt in solchem Falle begründet, aber Labeo will doch wohl noch etwas Anderes sagen: nach ihm soll der Prätor eine Wasserleitungsgerechtigkeit aus einem schiffbaren Fluß, falls dieser durch dieselbe minder schiffbar werden müsse, nicht zulassen, nicht schützen. Ob Labeo dem Prätor nur einen Rat geben wollte oder ob wirklich eine derartige Bestimmung im Edikt sich befand, muß dahingestellt bleiben.

Nicht bloß wenn eine Wasserleitungsgerechtigkeit mehreren *rivales* eingeräumt wurde, sondern auch sonst wurden bei der Bestellung einer solchen besondere Bestimmungen namentlich über den Umfang des Rechts getroffen. So wurde bei dem Wert des Wassers für die Kultur der Äcker nicht immer das Recht täglicher Leitung, sondern etwa das Recht, im Sommer zu leiten, oder nur das Recht auf Leitung zur Tageszeit oder nur zur Nachtzeit oder nur an periodisch wiederkehrenden Tagen u. dgl. eingeräumt. Die ungemeine Wichtigkeit der ungestörten Ausübung dieser Servitut für die Landwirtschaft wird unzweifelhaft den Schutz derselben durch die Interdikte hervorgerufen haben. Diese dürften weit in die Zeiten des Legisaktionenprozesses zurückreichen; infolge ihrer eigentümlich bestimmten materiellen Voraussetzungen und des Interdiktenprozesses gewährten die Interdikte praktisch einen wirksamern Schutz, als die *servitutis vindicatio*. Wie sehr gerade das Interdizieren bezüglich der Wege- und Wassergerechtigkeiten die Zeit des Prätors in Anspruch nahm, zeigt die bekannte Äußerung Ciceros bei Caec. 13, 36: *Qui dies totos aut vim fieri vetat aut restitui factam iubet: qui de fossis, de cloacis, de minimis aquarum itinerumque controversiis interdicit etc.* Auch bei der *servitus aquaeductus* wurde unterschieden zwischen einem Interdikt zum Schutz der einfachen Ausübung der Wasserleitung und einem zum Schutz der erforderlichen Reinigung und Ausbesserung. Der Prätor verbietet zunächst, den, welcher die betreffende *aqua* in dem verflossenen Jahre dem Gegner gegenüber fehlerlos geleitet habe, in dieser Leitung zu stören.[1] Geschützt werden soll also nur eine *aqua*, welche geleitet *(duci)* werden kann, und aus diesem Wort des Formulars deduzieren die Kommentatoren dann, daß nur eine *aqua perennis*, aber auch nicht jede *perennis*, sondern nur eine solche, welche geleitet, und zwar *a capite* geleitet werde, unter das Interdikt falle. Geschützt werden soll nur fehlerlose Ausübung *(non vi non clam non precario ab illo)*, geschützt werden nur, wer Leitungsrecht auszuüben glaubte, wenn auch in faktischem Irrtum.[2] Nur einmalige solche Ausübung im verflossenen Jahr verlangt der Prätor; er verlangt also weniger, wie beim *interdictum de itinere*, und zwar deshalb, weil eine Hinderung der Ausübung der Wasserleitungsgerechtigkeit im Durchschnitt der Verhältnisse der Landwirtschaft viel größern Schaden zufügen kann, als die Hinderung des Ausübung einer Wegegerechtigkeit. Doch soll nur eine Leitung in derselben Weise, wie sie eben im verflossenen Jahr geübt ist, geschützt werden, also nicht Leitung in irgend umfangreicherer Weise noch Leitung

[1] L. 1 pr. D. de aqua cott. 43, 20. [2] L. 1 § 10, 19 D. h. t.

einer andern *aqua* oder derselben in anderer Richtung.[1] Wer also z. B. nur jeden fünften Tag geleitet hat, wenn auch in dem Glauben, daß er das Recht habe, einen um den andern Tag zu leiten, der soll mit dem Interdikt auch nur Schutz für Leitung an jedem fünften Tage erhalten.[2] — Daß der Prätor nicht Nachweis des Wasserleitungsrechts verlangt, wird wichtig für das Verständnis des Unterschieds zwischen dem *interdictum de aqua cottidiana* und dem *interdictum de aqua aestiva*. In Bezug auf das letztere Interdikt wird unter *aqua aestiva* nicht etwa eine Wasserleitungsgerechtigkeit verstanden, welche nur auf den Sommer beschränkt ist, denn bei dem Interdikt kommt es nur auf die Ausübung, nicht auf das *ius* an (*cottidiana ab aestiva usu differt, non iure*). Über den Begriff der *aqua aestiva* besitzen wir zwei Äußerungen, eine von Ulpian und eine von Neratius. Nach Ulpian kommt es auf das *propositum*, die Absicht des Ausübenden, und die *natura loci* an. Übe jemand die Wasserleitung nur im Sommer aus, so liege, auch wenn er das Recht habe, fortwährend zu leiten, nur eine *aqua aestiva* vor; ebenso liege, wenn das Wasser (seiner Natur nach) nur im Sommer geleitet werden könne, eine *aqua aestiva* vor; endlich liege auch nur eine *aestiva* vor, wenn die Orte, ihrer natürlichen Beschaffenheit nach, nur eine Leitung im Sommer zuließen.[3] Nicht ganz damit stimmt die Auffassung des Neratius:[4] er legt auf die *mens propositumque* des Leitenden kein Gewicht, obwohl er die Möglichkeit erwähnt, daß danach der Begriff der *aqua aestiva* bestimmt werde. Nur *duae res* will er berücksichtigt wissen: nämlich die *natura ipsius aquae*, die auch Ulpian gelten läßt, und die *utilitas locorum, in quae deducitur*. Verlange das Bedürfnis der Orte, zu welchen das Wasser geleitet werde, nur Leitung im Sommer, so liege eine *aqua aestiva* vor. Wir werden uns aus beiden Äußerungen das wahrscheinlich *in praxi* geltende Recht zusammenzustellen haben. Nur das *interdictum de aqua aestiva* konnte begehrt werden, wenn der Leitende die Leitung im Sommer auszuüben die Absicht hatte, bezw. ausübte, oder wenn das Wasser (seiner eigenen oder der Orte Beschaffenheit nach) nur im Sommer geleitet werden konnte, oder endlich, wenn das Bedürfnis der Grundstücke, nach welchen geleitet wird, nur Leitung im Sommer erheischt. Das *interdictum de aqua c.* dagegen ist zulässig, wenn eine Beschränkung gerade nach einer von diesen Richtungen nicht vorliegt.

Auch wer nur einmal im verflossenen Jahre das Wasser und zwar im Sommer geleitet hat, kann möglicherweise mit dem *interdictum de aqua cottidiana* durchdringen, wenn nur sein *propositum* nicht gerade auf Leitung nur im Sommer ging. Mit dem *interdictum de aqua aestiva* in seiner ursprünglichen Fassung kann nur siegen, wer *priore aestate duxit*. Das Jahr wird dabei vom Frühlingsäquinoctium bis zum folgenden Frühlingsäquinoctium, der Sommer vom Frühlingsäquinoctium bis zum Herbstäquinoctium gerechnet.[5] Das *priore aestate* des Interdikts wird nicht selten falsch verstanden. So erklärt es Keller[6] für den letzten Sommer, so daß wer im Winter das Interdikt anstellte, damit siegen könnte, wenn er Ausübung im vorhergehenden Sommer nachwiese. Ebenso sagt Elvers,[7] unser Interdikt habe angestellt werden sollen, wenn nur innerhalb des letzten völlig verflossenen Sommers einmal geleitet war; auch danach würde der im Winter das Interdikt Anstellende auf Grund einer in dem vorhergehenden, nun völlig verflossenen Sommer

[1] L. 1 § 15 D. h. t. [2] L. 1 § 22 D. h. t. [3] L. 1 § 3 D. h. t. [4] L. 6 D. h. t.
[5] L. 1 § 32 D. h. t. [6] Pandekten[1] S. 368. [7] Röm. Servitutenlehre S. 823.

geschehenen Leitung siegen können. Die *prior aestas* ist hier aber immer *ex comparatione duarum aestatum*[1] zu verstehen. Wer im Sommer das Interdikt anstellt, kann sich also nicht auf den laufenden, sondern nur auf den vorhergehenden Sommer berufen. Aber auch wer im Winter das Interdikt anstellt, kann den unmittelbar vorhergehenden Sommer nicht als *prior aestas* bezeichnen, es ist für ihn noch die *aestas* dieses vom Frühlingsäquinoctium begonnenen Jahres, auch er kann sich nur auf den diesem letzten Sommer vorhergehenden Sommer als die *prior aestas* (*aestas prioris anni*) berufen. Könnte er sich auf den letzten Sommer berufen, so wäre ja gar nicht möglich, was Ulpian sagt (l. 1 § 34 D. de aqua cottidiana 43, 20): *et proinde, si hieme interdicatur, etiam in biennium haec res extendetur. Priore aestate* hat in unserem Interdikt ganz denselben Sinn, wie in den beiden in dem Titel ne quid in flumine publico 43, 13 behandelten Interdikten, und von diesen sagt Ulpian in l. 1 § 8 jenes Titels: *aestas ad aequinoctium autumnale refertur. et si forte aestate interdicetur, proxima superior aestas erit intuenda: si vero hieme, tunc non proxima (a) hieme aestas, sed superior erit inspicienda.* Später ist aber demjenigen, *qui hac aestate duxit, non superiore,* ein *utile interdictum* gegeben.[2] Fragen muß man aber, warum man von vornherein beim *interdictum de aqua c.* Ausübung *hoc anno*, bei dem *de aqua aestiva* anfänglich nur Ausübung *priore aestate* genügen ließ. Verständlich, meine ich, wird es, wenn man sich das *interdictum de aqua cottidiana* als das ältere denkt: vermittelst dieses konnte also jemand siegen auf Grund einer Ausübung, die ein Jahr vor Erlaß des Interdikts geschah. Mit dem später aufgestellten Interdikt *de aqua aestiva* sollte doch auch gesiegt werden können auf Grund einer (sommerlichen) Ausübung, die ein Jahr zurücklag. Hätte das Interdikt statt auf *priore aestate* auf *hac aestate* gelautet, so hätte es angestellt werden müssen auf Grund einer Ausübung, die nur mehr oder weniger Monate, nicht aber ein Jahr zurückliegen durfte. Das erschien als unbillig. Etwas Anderes war es, daß man später auch Ausübung *hac aestate* genügen ließ. Seitdem konnte der den Interdiktschutz Suchende zum *interdictum directum* mit *priore aestate* oder zum *interdictum utile* mit *hac aestate* greifen.[3] Geschützt wird durch das Interdikt *de aqua aestiva* natürlich die Leitung im Sommer, sowie sie bestanden hat. In dem gewiß nicht häufigen Fall, daß jemand nur im Winter das Wasser zu leiten pflegte, stand ihm ein *utile interdictum* zu (l. 1 § 35 D. de aq. c. 43, 20); statt des *priore aestate* der gewöhnlichen Interdiktsformel wurde *priore hieme* gesetzt. Wenn unter *rivales* ein Streit über die Ausübung ihrer Wasserleitungsbefugnisse entstand, so konnte dieser vermittelst *interdictum duplex* ausgetragen werden:[4] *Uti hoc anno aquam, d. q. a., non vi non clam non precario alter ab altero duxistis, quominus ita ducatis, vim fieri veto.* — Eine besondere Erwägung verlangt noch die Frage, welchen Sinn der Ausspruch Ulpians in l. 1 § 1 D. 43, 20 habe: *Hoc interdictum* (*sc. de aqua cottidiana*) *prohibitorium et interdum restitutorium est.* A. Schmidt[5] denkt sich die Sache so. Der Impetrant dürfe in zwei Fällen an der Ausübung nicht gehindert werden, erstens, wenn er zur Zeit des erlassenen Interdikts noch im Besitze sei (*prohibitorium i. ad*

[1] L. 1 § 33 D. h. t.
[2] L. 1 § 36 D. h. t.
[3] Richtig Schmidt, Interdiktenverfahren S. 78, A. 4; nur ist hier im Text nicht richtig gesagt: Es bedeutet also den vorletzten Sommer (muß heißen: vorigen Sommer) oder in dem früheren der beiden letzten Sommer.
[4] L. 1 § 26 D. h. t. [5] Das Interdiktenverfahren d. Römer S. 65 ff.

retinendam possessionem), zweitens, auch wenn derselbe den Besitz gegenwärtig verloren habe, dafern er nur mindestens einmal *non vitiose* in diesem Jahre des *aquaeductus* sich bediente (*prohibitorium i. ad recuperandam possessionem*). In dem letzten Fall bringe mithin das Interdikt dem Impetranten eine materielle Restitution, und das sei der Sinn jener Worte: *hoc interdictum prohibitorium et interdum restitutorium est.* Dagegen spricht zweierlei. Einmal würde in dieser Bemerkung in geradezu irreführender Weise das Wort *prohibitorium* im formellen, *restitutorium* dagegen in nur materiellem Sinne verstanden sein, während jeder, der den Satz liest, jedenfalls zunächst darauf verfallen wird, beide Worte auf die Art des Befehls zu beziehen. Sodann ist bei SCHMIDTS Erklärung das *interdum* auffallend. Die Ausübung, auf Grund deren das Interdikt angestellt wurde, wird gewiß ebenso häufig schon in vergangenen Monaten des Jahrs vor Erlaß des Interdikts, als unmittelbar vor Erlaß des Interdikts geschehen sein; nach SCHMIDTS Erklärung müßte man also erwarten: *Hoc interdictum et prohibitorium et restitutorium est.* SCHMIDT verschließt sich meines Erachtens die Möglichkeit der richtigen Erklärung der Bemerkung durch einen andern, wie ich glaube, irrtümlichen Satz. Er sagt: überall wo *ex eadem causa duo proficiscuntur interdicta* da erkennen die römischen Juristen auch zwei gesonderte Interdikte an. Es ist richtig, daß die Römer in solchen Fällen von zwei Interdikten sprechen. Aber sowie *actio* von ihnen in einem formellen und einem materiellen Sinne gebraucht wird, ebenso auch *interdictum.* Interdiktum bedeutet nicht bloß die Interdiktsformel, den prätorischen Befehl, sondern auch das materielle Quasiklagerecht, welches vermittelst dieses Befehls geltend gemacht wird, und in diesem materiellen Sinne ist es meines Erachtens zu verstehen bei dem Ausspruche: *hoc interdictum prohibitiorum et interdum restitutorium est*, d. h. dieser Interdiktsanspruch wird in prohibitorischer Formel geltend gemacht, zuweilen auch vermittelst einer restitutorischen Formel. In dem Titel *de aqua cottidiana* selbst begegnet uns ein schlagendes Beispiel der materiellen Bedeutung von *interdictum* im Gegensatz zur Interdiktsformel. L. 1 § 27 D. h. t. heißt es: *Labeo putat per hoc interdictum prohiberi quem, ne quid in illo fundo faciat fodiat serat succidat putet aedificet, qua ex re illa aqua, quam ille hoc anno per fundum tuum sine vitio duxit, inquinetur vitietur corrumpatur deteriorve fiat: et similiter de aestiva aqua debere interdici ait.* Daß hier an andere Interdiktsformeln, als die in unserem Titel erhaltenen, gedacht ist, kann nach der ganzen Fassung des Ulpianischen Ausspruchs, worin die von ihm gemeinte oder proponierte Formel fast wörtlich angegeben ist, namentlich aber nach den Schlußworten: *et similiter de aestiva aqua debere interdici ait* nicht bezweifelt werden. Und doch sagt er: *per hoc interdictum sc. de aqua quotidiana*, indem er *interdictum* dabei im materiellen Sinne des auf die *aqua quotidiana* sich beziehenden Interdiktsanspruchs nimmt. Ob die von Labeo angeführte Formel wirklich neben jener uns erhaltenen im Edikt gestanden habe, ob es eine ältere, später abgekommene sei, das sind Fragen, die sich nicht mit einiger Sicherheit beantworten lassen. Ich möchte das erstere annehmen, denn dadurch, daß das Wasser verdorben wird, wird jemand noch nicht direkt an der Leitung des Wassers gehindert. Die im 43. Buch der Digesten erhaltenen Fälle, in welchen *ex eadem causa duo interdicta*, ein *prohibitorium* und ein *restitutorium proficiscuntur* (l. 2 § 20, 35, 36 D. ne quid in loco publ. 43, 8; l. 1 pr., § 19 und 20 D. de fluminibus 43, 12; l. 1 pr. § 11 und 12 D. ne quid in flumine publico 43, 13) zeigen aufs deutlichste, in welcher Weise neben dem *interdictum prohibitorium de aqua*

ein *restitutorium* zu denken sei. Wie neben dem *interdictum de flumine publico*, wodurch ein *facere, immittere, quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit*, verboten wurde, ein: *Quod factum — sive quid immissum habes, si ob id aliter aqua fluit* etc., *restituas* aufgestellt war, so hindert nichts, anzunehmen, daß neben dem *prohibitorium de aqua aestiva* zuweilen eines gegeben wurde, etwa mit der Formel: *Quod in ea aqua, quam ille hoc anno per fundum tuum non vi non clam non precario duxit, factum sive quid in eam aquam immissum habes, si ob id ille aquam ducere non potest, restituas.*

Werden die der Leitung des Wassers dienenden Vorrichtungen schadhaft, so hat der Berechtigte das Recht zur Ausbesserung; wird er daran gehindert, so wird ihm auch hier praktisch wirksamer, als durch die *confessoria actio*, durch ein eigenes Interdikt geholfen, das *interdictum de rivis reficiendis*. Daß in der Formel dieses Interdikts ursprünglich nur *rivos* gestanden habe, *specus septa* späterer Zusatz sei, halte ich nicht für wahrscheinlich. Schon in alter Zeit wird es Leitungsgräben verschiedener Art gegeben haben, und es entspricht durchaus dem juristischen Standpunkt älterer Zeit, zur Bezeichnung verwandter, aber sich nicht völlig deckender Begriffe eher die Ausdrücke zu häufen, als sparsam damit zu sein. L. 1 § 5 D. de rivis 43, 21: *sed et fossae et putei hoc interdicto continentur* sagt, daß auch die *fossae et putei* unter das Interdikt fielen, obwohl sie in dem im *princ.* mitgeteilten Formular nicht genannt waren und, wie es nach Ulpians Worten scheint, auch von ihm vermöge Auslegung unter dasselbe subsumiert wurden. Nicht unwahrscheinlich ist es aber, daß die Ulpian und uns vorliegende Fassung des Interdikts schon eine vereinfachte ist und in älterer Zeit im Formular nach *rivos, specus, septa* auch *fossas, puteos* genannt waren. In einer anderen Beziehung läßt sich eine solche Vereinfachung noch nachweisen. Nach Venuleius' Bericht[1] hatten die *veteres* in der Formel des *interdictum de itinere reficiendo* einen ausdrücklichen Zusatz (*noninatim adiiciebant*), *ut ea quoque, quae ad refectionem utilia essent, adportanti vis non fieret*, welchen Venuleius für überflüssig erklärt, *quoniam qui adportari non patitur ea, sine quibus refici iter non possit, vim facere videtur, quominus reficiatur.* Auch das *interdictum de rivis reficiendis* steht nach des Ofilius' Bemerkung bei Ulpian in l. 3 § 10 D. de rivis 43, 21 dem Leitungsberechtigten zu, *si quis eum exportare vehere, quae refectioni necessaria sunt, prohibeat.* Demnach ist nicht zu zweifeln, daß man schon zu Ofilius' Zeit unter dem *reficere prohibere* auch das *exportare advehere, quae refectioni necessaria sunt, prohibere* subsumierte. In früherer republikanischer Zeit wird es aber anders gewesen, alles das, was nach l. 1 § 6 D. eod. tit. *verbo reficiendi continentur*, nämlich das *tergere substruere sarcire aedificare, item advehere adportareque ea, quae ad eandem rem opus essent* wird in jener Zeit in dem Interdiktsformular speziell angeführt gewesen sein. Unter dem *reficere purgare* verstand man alles Thun und Vorkehren an dem dienenden Grundstück, was dazu erforderlich war, um die schmutzig und schadhaft gewordenen Wassergräben u. s. w. wieder in den vorigen, bezw. in einen zur Leitung tauglichen Zustand zu bringen. In der Vornahme von Veränderungen im Verhältnis zum frühern Zustande wurde der Leitungsberechtigte nicht geschützt, außer wenn er irgend eine früher nicht vorhandene Vorkehrung (*opus*) machen wollte, um das Wasser, welches bei der frühern Einrichtung aus den Leitungsgräben entwich, herausfloß, zu konservieren und zusammenzuhalten. Die Grenze für die etwaigen Veränderungen war nicht bloß durch den Begriff des *reficere,*

[1] L. 4 pr. D. de it. actuque pr. 43, 19.

sondern durch den weitern negativ gefaßten Zusatz der Interdiktsformel: *dumne aliter aquam ducat, quam uti priore aestate duxit* gegeben. Die Verwandlung eines offenen Grabens in einen unterirdischen, verdeckten wollten ältere Juristen, wie Servius und Ofilius,[1] nicht gestatten. Ulpian dagegen ließ sie zu, *si non maior utilitas versetur adversarii.* Nach Ulpians Meinung sollen also in diesem Fall die Interessen beider Parteien gegeneinander abgewogen werden und das überwiegende den Ausschlag geben. Das *interdictum de rivis reficendis* setzt auch nur einmalige fehlerlose Ausübung der Leitung im letzten Jahr oder in der *prior aestas* (in dem früher dargelegten Sinne) voraus; das uns erhaltene Formular[2] erwähnt der Zeitgrenze nur in der negativ gefaßten Beschränkung (*dum ne aliter aquam ducat* etc.) und nennt dabei nur die *prior aestas*; es versteht sich, daß für den Fall einer *aqua quotidiana* (in dem früher dargelegten Sinne) im Interdiktsformular die Worte *hoc anno* sich fanden. Dagegen braucht bei dem Interdikt *de rivis reficiendis* nicht das Recht des *aquaeductus* nachgewiesen zu werden. Diesen wichtigen Unterschied gegenüber dem *interdictum de itinere reficiendo* erklärt Venuleius[3] durch den Hinweis darauf, daß rasche Ausbesserung der Wasserleitungsvorrichtungen ein viel dringenderes Bedürfnis sei für die Landwirtschaft, als die der Wege, weil bei einer Hinderung der Ausbesserung ersterer die ganze Zuleitung des Wassers zu den Grundstücken unmöglich sein könne und die auf ihnen lebenden Menschen vor Durst umkommen könnten, während die Hinderung der Ausbesserung von Wegen nur Unbequemlichkeiten und Schwierigkeiten veranlasse, die zur Sommerszeit leichter zu ertragen seien.

Als eine von der *servitus aquaeductus* verschiedene Servitut ist die *servitus aquae haustus, aquae hauriendae* anerkannt, und wenn sie auch nicht der erstern gleichalterig ist, so darf immerhin ein hohes Alter für sie in Anspruch genommen werden, namentlich nach dem Ausspruch Ciceros pro Caec. 26, 74. Sie enthält das Recht, Wasser aus einer auf dem dienenden Grundstück befindlichen Quelle zu schöpfen und zu diesem Behuf an dieselbe heranzugehen. In dem *ius hauriendi* ist notwendig und selbstverständlich das Recht des *aditus ad fontem* enthalten.[4] Es ist aber nicht unwahrscheinlich, daß in der Zeit noch größerer Unfreiheit in der Auslegung formeller Rechtsgeschäfte in dem Bestellungsakt der Servitut das *ius hauriendi et adeundi ad fontem* ausdrücklich eingeräumt werden mußte, wenn die Servitut zustande kommen sollte, und man erst, als man bei den formellen Rechtsgeschäften sich von der absoluten Herrschaft des Worts emanzipierte, die bloße Erwähnung des *ius hauriendi* oder auch die des *adeundi ad fontem* für genügend hielt. Das hohe Alter dieser Servitut tritt auch darin hervor, daß die früher erwähnten teilweise steifen und etwas pedantischen Vorschriften für die *servitus aquaeductus* fast unverändert auf den *haustus* angewandt sind. Auch die *servitus haustus* kann nur an einer *aqua viva, perennis* bestellt werden,[5] an einem See, Brunnen, Weiher also nur, wenn diese *viva aqua* haben, durch unterirdische Quellen gespeist werden, nicht aber an einer Cisterne, welche nur durch Regenwasser gebildet wird. Auch soll der *haustus* ebenso nur unmittelbar *ex fonte* oder *capite* bestellt werden können.[6] Doch kann er vorkommen an einer *aqua*, welche

[1] L. 1 § 10 u. l. 3 pr. D. de rivis 43, 21. [2] L. 1 pr. D. eod. tit.
[3] L. 4 D. eod. tit. [4] L. 10 D. de s. p. u. 8, 2. L. 3 § 3 D. de s. p. r. 8, 3.
[5] L. 1 § 5 D. de fonte 43, 22.
[6] L. 9 D. de s. p. r. 8, 3. L. 1 § 7 D. de a. c. 43, 20.

nicht geleitet werden kann, weil sie zu tief liegt, als daß das Wasser aus der Erde herausfließen könnte, doch aber Zutritt von Personen zum Schöpfen gestattet.[1] Dagegen eine Servitut des *per rotam* zu schöpfenden Wassers ist nach Civilrecht[2] nicht möglich. Ganz unrichtig ist die Meinung, es sei unter den römischen Juristen streitig gewesen, ob der *haustus* eine rechte civilrechtliche Servitut oder nur eine *tuitione praetoris consistens* sei. Nur darüber scheint unter den späteren Juristen ein Zweifel bestanden zu haben, ob das *ius hauriendi* ein *ius praedii* oder ein *ius hominis*, eine Prädial- oder eine Personalservitut sei. Die in den Digesten enthaltenen Entscheidungen lauten dahin, daß es eine *servitus*, ein *ius praedii* sei.[3] Eine andere Frage ist es, ob im Edikt eine besondere Formel der *confessoria actio* zur Geltendmachung dieser Servitut aufgestellt war? Unzweifelhaft ist, daß nicht für jede Rustikalservitut eine besondere Formel aufgestellt war; der Prätor wird sich mit Aufstellung von ein paar Musterfällen begnügt haben. Damit war natürlich nicht gesagt, daß nur diese Servituten durch eine *actio in ius concepta* geschützt waren; vielmehr war dadurch, daß diese Musterformeln unter der allgemeinen Rubrik: *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur* standen, genugsam angedeutet, daß für alle Gerechtsame, welche von der Jurisprudenz und im Anschluß an sie von der Jurisdiktion als *servitutes iure constitutae* anerkannt seien, eine *confessoria* (*in ius concepta*) gewährt werden solle. Gehörte nun die *servitus aquae-haustus* zu jenen Musterfällen? Eine völlig sichere Antwort wird sich darauf nicht geben lassen. Für die Bejahung spricht, daß der *aquaehaustus* von Cicero pro Caec. 26, 74 unter den seit der Vorfahren Zeiten her vom *ius civile* anerkannten Rustikalservituten genannt wird (*sed rata auctoritas harum omnium rerum a iure civili sumitur*; dafür ferner, was Ulpian in l. 1 § 1 D. de fonte 43, 22 sagt: — *et sicut discretae sunt servitutes ductus et haustus aquae, ita interdicta separatim redduntur.* Dagegen hat man angeführt, daß derselbe Ulpian nach l. 4 § 6 D. si serv. vind. 8, 5 sagt: *Sed et de haustu, quia servitus est, competunt nobis in rem actiones.* Was soll die Motivierung „*quia servitus est*", wenn im Edikt eine besondere Formel für den *haustus* aufgestellt war? Für durchschlagend halte ich diesen Einwand nicht; dem Juristen ist es um eine innere Begründung seines Satzes, nicht um eine äußere Auktorität zu thun. Weil der *haustus* eine (durch das Civilrecht anerkannte) Servitut ist, deshalb stehen bezüglich desselben *in rem actiones* zu (*competunt*, also nach Civilrecht). Daß für den *haustus* noch ein besonderes Formular aufgestellt war, kann aber den Juristen gerade veranlaßt haben, ihn als Rechtsgrund von *in rem actiones* noch besonders hervorzuheben.

Bezüglich der dritten Wassergerechtigkeit, der *servitus pecoris ad aquam adpulsus*, d. h. des Rechts, das Vieh des herrschenden Grundstücks an eine auf dem dienenden befindliche *aqua* (Quelle, See u. s. w.) zu treiben und daraus zu tränken,[4] welche wohl später aufgekommen ist als die *servitus haustus*, haben wir noch weniger Anhaltspunkte für die Annahme einer dafür im Edikt aufgestellten besondern Klageformel. Zum Schutze der Ausübung beider Servituten, des *haustus* und des *pecoris adpulsus*, sind zwei Interdikte aufgestellt. Die Voraussetzungen derselben sind denen des *interdictum de aqua cottidiana* und

[1] L. 1 § 6 D. de aq. c. 43, 20. [2] L. 2 D. comm. pr. 8, 4.
[3] L. 20 i. f. D. de s. p. r. 8, 3. L. 4 § 6 D. si serv. vind. 8, 5.
[4] L. 1 § 1 u. l. 5 § 1 D. de s. p. r. 8, 3.

des *de rivis reficiendis* ganz entsprechend bestimmt. Einmalige fehlerlose Ausübung der Gerechtigkeit im verflossenen Jahre genügt. Das *interdictum de fonte* spricht aber nicht von *haurire*, sondern von *uti aqua de fonte* und will mit diesem weitern Ausdruck, wie ausdrücklich in l. 1 § 1 D. de fonte 43, 22 gesagt wird, sowohl das *haurire* als das *pecus ad aquam appellere* umfassen. Als das Interdikt in dieser Fassung aufgestellt wurde, wird also neben dem *haustus* die *servitus pecoris ad aquam appulsus* schon bestanden haben. Ob das Interdikt eine andere, nur auf das *de fonte aquam haurire* beschränkte Fassung gehabt habe, ist nicht bekannt. Der Gebrauch der Quelle, des Sees u. s. w. kann durch Verunreinigung und Schadhaftwerden des Terrains gehindert werden, es ist daher auch ein besonderes Interdikt aufgestellt, wodurch, wer im verflossenen Jahr die Quelle dem Gegner gegenüber fehlerlos gebraucht, im *purgare et reficere* der Quelle zum Zwecke, daß er das Wasser zusammenhalten und gebrauchen könne, geschützt wird.[1] Doch kann nicht etwa Schutz in Aufsuchung neuen Wassers, Eröffnung neuer Quellen mit diesem Interdikt erlangt werden. Auch dieses zunächst vom *fons* sprechende Interdikt ist auf Seen, Weiher, Brunnen, vorausgesetzt, daß diese *aqua viva* haben, ausgedehnt worden.[2]

Als eine mit völliger Sicherheit noch in die Zeiten der Republik zu versetzende *servitus rustica* kann endlich noch die bezeichnet werden, vermöge welcher der Eigentümer eines oberhalb liegenden Grundstücks zur Trockenlegung desselben das Wasser in Gräben zusammen- und auf das unterhalb liegende Grundstück ableiten darf.[3]

2. Die *servitutes urbanae.*

§ 48. Zu dem Aufkommen der Gebäudeservituten in der Stadt haben folgende Umstände beigetragen. Vor dem gallischen Brande war Rom nach dem Zeugnis des Livius (V, 55) eine regelmäßig angelegte Stadt. Nach dem Brande *promiscue urbs aedificari coepta:* man baute, wo Raum war, ohne darauf zu achten, ob man die Grenzen des eigenen Terrains genau innehielt, und bei diesem unregelmäßigen Wiederaufbau kam nun namentlich das Resultat heraus, daß die Häuser über den Leitungswegen der öffentlichen Kloaken herliefen, andere Häuser aber von den öffentlichen Kloaken abgeschnitten waren. Bei der Vermehrung der Bevölkerung stellte sich zunächst das Bedürfnis nach mehr Häusern heraus; jede Benutzung vorhandenen Raums war geboten, und so kam es, daß die Häuser vielfach unmittelbar aneinander rückten, Wand an Wand oder gar mit einer sie verbindenden gemeinschaftlichen Wand gebaut wurden. Bei noch mehr steigender Bevölkerung und dadurch wachsendem Raumbedarf reichte das Areal des Erdgeschosses nicht mehr aus, sondern man mußte die Höhendimension zu Hilfe nehmen. Vitruvius II, 8, 17 giebt diesen Raumbedarf ausdrücklich als Grund der Entstehung mehrerer Stockwerke der Häuser an: *in ea autem maiestate urbis et civium infinita frequentia innumerabiles habitationes opus est explicare. ergo cum recipere non posset area plana tantam multitudinem ad habitandum in urbe, ad auxilium altitudinis aedificiorum res ipsa coegit devenire.* Das Wachsen der Höhe der Häuser, das unmittelbare Aneinanderrücken der Gebäude, ja das dadurch nicht selten hervorgerufene Bedürfnis des Übergreifens einer Baulichkeitssphäre in die andere rief Servituten hervor, für

[1] L. 1 § 6 ff. D. de fonte 43, 22. [2] L. 1 § 10 D. eod. tit.
[3] L. 2 § ult. D. de aqua 39, 3. L. 29 D. de s. p. r. 8, 3.

welche früher gar kein Bedürfnis gewesen war. Vor allen Dingen hat infolgedavon, daß nach dem Wiederaufbau der Stadt manche Häuser von den öffentlichen Kloakenleitungen abgeschnitten waren, das *ius cloacae mittendae* aufkommen müssen, d. h. das Recht, den Unrat vom herrschenden Grundstück in Kanälen auf oder über das dienende Grundstück, und zwar regelmäßig in die öffentlichen Kloaken, abzuleiten.[1] Sehr bald dürfte sich auch gezeigt haben, daß der Schutz dieses Rechts durch die *actio confessoria* für das praktische Bedürfnis nicht ausreichte; denn daß verstopfte oder schadhaft gewordene *cloacae privatae*, deren Zahl bei jener Lage der Dinge in Rom eine bedeutende gewesen sein dürfte, rasch gereinigt und wieder in guten Zustand gebracht wurden, lag nicht bloß im Interesse des einzelnen Berechtigten, sondern im Interesse der Erhaltung gesunder Luft in der Stadt überhaupt. Von vornherein ist es also wahrscheinlich, daß die Magistrate früh einen durchgreifenden Interdiktenschutz dessen, der Privatkloaken reinigen und ausbessern wollte, eintreten ließen. Zu Ciceros Zeit war das Interdizieren *de cloacis* etwas Alltägliches, also Hergebrachtes, pro Caec. XIII: *Qui de fossis, de cloacis, de minimis aquarum controversiis interdicit, is repente obmutescet?* Bei der Erläuterung der betreffenden Interdikte in den Digesten werden die republikanischen Juristen Trebatius und Ofilius citiert.[2] Ulpian knüpft in l. 1 § 1 D. de cloacis 43, 23 an die wörtliche Mitteilung einer Interdiktsformel im pr. der Stelle die Bemerkung: *Sub hoc titulo duo interdicta praetor subiecit, unum prohibitorium, alterum restitutorium: et primum prohibitorium.* Von diesen hier erwähnten zwei Interdikten hält Schmidt[3] (dem andere gefolgt sind) das eine, das *prohibitorium*, für das auf die *privatae cloacae*, das andere, das *restitutorium*, für das auf die *publicae cloacae* bezügliche. Dabei bemerkt Schmidt, es sei nicht glaublich, daß Ulpian das für die *cloaca publica* in einer Anhangsklausel zu dem *restitutorium* versprochene *prohibitorium* gar nicht berücksichtigt habe. Er meint daher, Ulpian habe in l. 1 § 2 cit. geschrieben: *alterum restitutorium et interdum* (statt *primum*) *prohibitorium.* Nun können sich aber die von Ulpian in diesem Paragraphen in Bezug genommenen *duo interdicta* beide nur auf *cloacae privatae* bezogen haben, denn nach § 2: *Curavit autem praetor per haec interdicta, ut cloacae et purgentur et reficiantur* bezogen sich beide auf den Schutz des *purgare et reficere* der Kloaken, während Ulpian sagt, daß für das Reinigen und Ausbessern der *publicae cloacae* nicht Privatleute zu sorgen hätten *(publicae enim cloacae publicam curam merentur).* So beziehen sich denn auch in der That die von Ulpian in l. 1 § 15 D. h. t. erwähnten *interdicta de cloacis publicis* nicht auf die Reinigung und Ausbesserung derselben, sondern auf Beseitigung von *facta immissa*, wodurch der Gebrauch der Kloaken verschlechtert wird, bezw. auf Verhinderung solches *facere immittere.* Das Edikt hat vermutlich nicht einen Titel *de cloacis*, sondern einen *de cloacis privatis* und einen andern *de cloacis publicis* aufgestellt. Die Kompilatoren aber haben die Darstellung des *interdictum restitutorium de cloacis privatis* ganz weggelassen, sie haben Ulpians Erläuterung zu den beiden Titeln zu einer zusammengezogen und allerdings wohl beabsichtigt, daß nun das „*alterum restitutorium*" auf das im § 15 mitgeteilte *interdictum restitutorium de cloacis publicis* bezogen werden solle. Durch das Zusammenziehen ist nun aber die Anordnung der

[1] L. 7 D. de serv. 8, 1. L. 2 pr. D. de s. p. r. 8, 3. L. 1 § 8 D. de cloacis 43, 23. Gai. Vis. II, 1, 3.

[2] L. 4 D. eod. tit.

[3] Die *interdicta de cloacis* in d. Ztschr. f. gesch. Rechtswissensch. XV, S. 52 ff.

fünf ersten Paragraphen des l. 1 D. h. t. eine sehr tumultuarische geworden. In Ulpians Kommentar waren die Sätze wahrscheinlich so geordnet: *Sub hoc titulo (sc. de cloacis privatis) duo interdicta praetor subiecit, unum prohibitorium, alterum restitutorium. Curavit autem praetor per haec interdicta, ut cloacae et purgentur et reficiantur, quorum utrumque et ad salubritatem civitatium et ad tutelam pertinet: nam et caelum pestilens et ruinas minantur immunditiae cloacarum, si non reficiantur. Cloaca autem est locus cavus, per quem colluvies quaedam fluat. Haec autem interdicta* (statt *hoc autem interdictum) proposita sunt de cloacis privatis: et primum prohibitorium. Praetor ait: Quo minus illi cloacam quae ex aedibus* u. s. w. *Hoc interdictum, quod primum proponitur, prohibitorium est, quo prohibetur vicinus vim facere, quo minus cloaca purgetur et reficiatur. Cloacae appellatione et tubus et fistula continetur.* Das *interdictum restitutorium de cloacis privatis* wird sich auf Beseitigung von *facta immissa* bezogen haben, durch welche die Reinigung und Ausbesserung der Kloake gehindert wurde; man könnte sich die Fassung etwa so denken: *Quod in cloaca quae ex aedibus eius in tuas pertinet factum sive in ea immissum habes, quo fiat, ut c. illa purgari refici non possit, restituas.* Fragt man aber, warum die Kompilatoren das *interdictum restitutorium de cloacis privatis* gestrichen haben, so darf man wohl antworten, daß sie es für überflüssig hielten, denn wegen der in einer Kloake gemachten Anlage, wodurch das Interesse eines andern verletzt wurde, konnte das *interdictum quod vi aut clam* gebraucht werden nach l. 15 § 5 D. quod vi 43, 24. Wir dürfen aber auch aus diesem Verhältnis beider Interdikte schließen, daß jenes *interdictum de cloacis* älter war, als das *interdictum quod vi aut clam:* nach Aufkommen dieses würde es kaum noch neu aufgestellt sein. Es mag auch faktisch außer Gebrauch gekommen sein, so daß die Kompilatoren durch ihre Streichung nur, was *in praxi* schon galt, sanktionierten.

Fassen wir das auf die Reinigung der Privatkloaken bezügliche *interdictum prohibitorium,* dessen Formel uns allein überliefert ist, ins Auge, so sind danach die Voraussetzungen desselben folgende. Zunächst muß eine von dem Gebäudegrundstück des Interdiktsklägers ausgehende und in das des Beklagten sich hineinerstreckende Kloakenleitung vorhanden sein. Unter der Bezeichnung *cloaca* sind dabei nicht nur die Ableitungsgruben oder -kanäle, sondern auch die etwaigen zur Leitung dienenden Röhren *(tubi, fistulae)* mitverstanden.[1] Das erhaltene Interdiktsformular selbst[2] spricht nur von Leitung von *aedes* zu *aedes.* Es soll aber schon nach dem Ausspruch Labeos das Interdikt auch stattfinden, wenn es sich um eine Leitung von einem Gebäude nach einem gebäudeleeren Platz oder von einem städtischen Gebäudegrundstück nach dem nächsten Ackergrundstück handelt.[3] Letzteren Falls wurde ohne Frage das Interdiktsformular passend abgeändert *(interdictum utile: ex aedibus eius in aream tuam* oder *agrum tuum).* Zustehen soll das Interdikt dem, dessen das Grundstück ist, von welchem die Leitung ausgeht, gegen den, dessen das Grundstück ist, wohin die Leitung führt. Dabei ist natürlich zunächst an die Eigentümer (quiritische oder bonitarische) gedacht, und ursprünglich wird auch nur ihnen unser Interdikt zugestanden haben. Bei dem *interdictum de arboribus caedendis* werden aber die ganz entsprechenden Worte: *quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet* in l. 1 § 4 D. de arb. caed. 43, 27 von Ulpian (vgl. auch Paul. sent. rec. V, 6, 13) dahin erklärt: daß das Interdikt nicht bloß dem Eigentümer des Gebäudes, sondern auch dem Usufruktuar zustehe,

[1] L. 1 § 6 D. h. t. [2] L. 1 pr. D. h. t. [3] L. 1 § 4 D. h. t.

quia et ipsius interest arborem istam non impendere. Dieselbe Ausdehnung wird man auch beim *interdictum de cloacis* vorgenommen haben, und wegen des hinzugefügten Grundes darf man annehmen, daß man auch dem Superficiar, dem Pfandgläubiger, dem *bonae fidei possessor* beide Interdikte gewährt haben wird, weil auch sie ein ebenso großes Interesse daran haben, *arborem non impendere,* bezw. daß die vom Gebäude ausgehende Kloake in gehörigem Stande sei, und zwar ein Interesse, welches so gut, wie das des Usufruktuars, allenfalls noch unter die Worte des Interdikts paßte. Elvers[1] will nach dem Vorgange Anderer schon den Nachweis des Besitzes des Gebäudes zur Anstellung des Interdikts genügen lassen, allein das *aedes eius* läßt sich in so weitem Sinne nicht interpretieren. Elvers meint, dann müsse man konsequenterweise auch die Worte des Edikts *„in tuas"* sc. *aedes* ebenso übersetzen und fordern, daß auch der Verklagte nicht bloßer Besitzer des betreffenden Grundstücks sei, während er doch kraft seines Besitzes die Reparatur völlig habe stören können. Dabei ignoriert aber Elvers den andern vom Prätor im Edikt im Anschluß an das *interdictum uti possidetis* aufgestellten Satz: *De cloacis hoc interdictum non dabo.* Der Eigentümer, Usufruktuar u. s. w. des Gebäudes, von welchem die Kloake ausging, konnte, wenn ihn der bloße Besitzer des Grundstücks, über welches dieselbe führte, an der Reinigung oder Ausbesserung hindern wollte, ruhig gegen diesen Eigenmacht brauchen, denn im Besitz der Kloake wurde dieser nicht durch das *interdictum uti possidetis* geschützt. Auch die *operis novi nuntiatio* ist gegenüber dem, welcher eine Kloake reinigen und ausbessern will, wirkungslos.[2] Da die Reinigung und Ausbesserung der Kloaken im öffentlichen Interesse liegt, so soll in die Interdiktsformel auch nicht der auf fehlerhafte Ausübung bezügliche Zusatz *(quod non vi non clam non precario ab illo usus)* Aufnahme finden.[3] Gerade indem aber dieser Zusatz versagt wird, scheint sich der Jurist das Interdikt als zum Schutz des *usus* bestimmt zu denken, wenn auch eines vitiösen. Für den eines Interdiktsschutzes würdigen *usus* verlangte man ja im einen Fall mehr, im andern Fall weniger: bei dem *interdictum de itinere actuque privato* z. B. Ausübung *non minus quam triginta diebus,* beim *interdictum de aqua* nur einmalige Ausübung im verflossenen Jahr. Bei unserem *interdictum de cloacis* erblickte man den den Interdiktsschutz verdienenden *usus* schon in dem Bestehen einer *cloaca quae ex aedibus eius in tuas pertinet,* und zwar wohl einer, die jetzt noch im Gebrauch ist, d. h. jetzt noch zum Durchleiten von Unrat u. dgl. bestimmt ist, wenngleich der Gebrauch durch Anhäufung von Unrat oder durch Schadhaftigkeit gehindert ist; denn *cloaca est locus cavus, per quem colluvies quaedam fluat,* die also noch zur Abführung der *colluvies* bestimmt ist. Ich bezweifle daher die Richtigkeit von Schmidts[4] Behauptung, daß, wer eine verfallene, von ihm nicht benutzte Kloake seines Hauses auffinde, das Interdikt erhalte. Ist eine Kloake ganz außer Gebrauch gekommen, so würde ihre Wiederingebrauchstellung wesentlich der neuen Anlage einer Privatkloake gleichstehen: darin wird aber niemand durch unser Interdikt geschützt; geschützt soll er werden gegen Hinderung der Reinigung und Ausbesserung. Zu solchem Zweck darf natürlich das fremde Grundstück, auf oder über welches die Kloake führt, betreten, und es dürfen

[1] Die röm. Servitutenlehre S. 828. Anders Schmidt in d. Ztschr. f. gesch. Rechtswissensch. XV, S. 78 f.

[2] L. 5 § 11 D. de o. n. n. 39, 1. L. 1 § 13 D. h. t. [3] L. 1 § 7 D. h. t.

[4] A. a. O. S. 83.

dort die für jenen Zweck notwendigen Arbeiten vorgenommen werden. Es darf sogar, wenn die Reinigung und Ausbesserung der Kloaken nicht anders zu bewerkstelligen ist, der Fußboden aufgerissen werden, ohne daß deshalb schon aus der bei solchem *facere in alieno* den durch dieses mit Schaden Bedrohten zu stellenden *cautio damni infecti* geklagt werden könnte, wenn nur der, welcher die Ausbesserung vornehmen will, sich bereit erklärt, nach gemachter Reparatur den Fußboden (auf seine Kosten) ganz wiederherzustellen.[1] Etwas ist man aber doch über den ursprünglichen Zweck des Interdikts, nämlich den Schutz des *purgare et reficere*, hinausgegangen. Nach Labeo[2] soll auch der geschützt werden, welcher eine bestehende, von seinem Grundstück ausgehende Privatkloake dahin abändern will, daß sie in eine öffentliche Kloake ausmündet. Nach der Meinung Anderer sollte auch Interdiktsschutz erlangen, wer eine ganz neue Privatkloake über öffentlichen Boden mit Ausmündung in eine öffentliche Kloake anlegen wollte. Dafür sprachen sich aus Trebatius, Ofilius, später Pomponius. Der überlieferte Text der darüber handelnden l. 2 D. h. t. (Venuleius libr. I interdictorum) ist nicht ganz in Ordnung. So wie er jetzt lautet, sagt er im Anfang, Labeo habe sich dafür ausgesprochen, daß der, welcher eine neue Kloake (*in publico*) anlegen wolle, durch ein Interdikt zu schützen sei. Dann stände aber der Anfang der Stelle mit dem Schluß, nach dem Labeo sich nicht dafür ausspricht, und mit l. 1 § 9 h. t. in Widerspruch. Meines Erachtens ist statt *tamen aeque interdicendum Labeo ait* zu lesen: *tamen non aeque interdicendum Labeo ait*, womit der Widerspruch gehoben wäre. Obwohl, sagt Venuleius, dieses (überlieferte) Interdikt nur die Wiederherstellung, nicht die neue Anlegung einer Kloake umfaßt, so sagt doch Labeo, daß nicht etwa deshalb, weil der gleiche Nutzen auch in diesem Fall vorliege, für den zu interdizieren sei, welcher eine neue Kloake anlegen wolle, der Prätor aber habe so interdiziert, und dafür hätten sich Ofilius und Trebatius ausgesprochen. Er selbst aber (Labeo) sagt, es sei zu edizieren, daß Reinigung und Ausbesserung einer bereits gemachten Kloake zu schützen seien, die Anlage einer neuen müsse aber erst der Beamte gestatten, welcher mit der Sorge für die öffentlichen Wege betraut sei.

Andere Gebäudeservituten sind infolge des Naheaneinanderrückens der Häuser aufgekommen. Wir müssen dabei vom *ambitus aedificiorum* ausgehen. Daß die zwölf Tafeln eine Bestimmung über den *ambitus* enthalten haben, ist nicht zu bezweifeln; und wenn sie auch nicht direkt überliefert ist,[3] so ist doch aus der Angabe Varros de L. L. V, 22, daß die *duodecim tabularum interpretes* den *ambitus* als *parietis circumitum* definierten, aus der aus Festus entnommenen des Paulus Diaconus s. v. *ambitus*, daß der *ambitus* genannte *circuitus aedificiorum* $2^1/_2$ Fuß breit sei und der des Volusius Maecianus Ass. distr. § 46, daß in der *lex duodecim tabularum* für $2^1/_2$ Fuß der Ausdruck *sestertius pes* gebraucht werde, mit hoher Wahrscheinlichkeit zu entnehmen, daß die zwölf Tafeln vorschrieben, zwischen den zunächst benachbarten Häusern der Stadt müsse je ein leerer Zwischenraum von $2^1/_2$ Fuß liegen.[4] Darauf ist

[1] L. 1 § 12 D. h. t. [2] L. 1 § 9 D. h. t.

[3] Das macht Mau in Marquardts Privatleben der Römer I², S. 218, A. 2 geltend.

[4] K. Lange, Haus und Halle S. 53 ff., scheint zu der Annahme geneigt, daß die enge Bauart mit gemeinsamen Zwischenwänden in Rom schon lange vor den XII Tafeln Sitte geworden sei. In welchem Sinne der *ambitus* in den XII Tafeln erwähnt sei, erführen wir nicht. Wenn aber auch diese Gesetzgebung z. B. das Festhalten des *ambitus* bei Neubauten

auch wohl zu beziehen das in einem Reskript von Antoninus und Verus (l. 14 D. de ser. pr. u. 8, 2) erwähnte *legitimum spatium,* welches der, welcher auf seiner *area* bauen wolle, zwischen seinem Bau und der *vicina insula* lassen müsse. Weil die Häuser dieser Zeit nicht durch *communes parietes* verbunden, sondern durch einen öffentlichen oder privaten *circuitus* umgeben waren, wurden sie *insulae* genannt. Unrichtig ist die Annahme einiger Schriftsteller,[1] daß zum *ambitus aedium* jedes Nachbargrundstück $2^1/_2$ Fuß habe beitragen müssen, so daß die Gesamtbreite 5 *pedes* betragen habe. Eine derartige Raumverschwendung wird man sich schon in jener alten Zeit in Rom nicht haben erlauben dürfen. Von den Zeugnissen über den *ambitus* spricht ganz deutlich dagegen Paulus Exc. ex Festo p. 16 M., wo der *ambitus* definiert wird als *inter vicinorum aedificia locus duorum pedum et semipedis ad circumeundi facultatem relictus.* Daß dieser gebäudefreie *ambitus* im gewöhnlichen Miteigentum der Nachbarn gestanden habe, wird nicht gesagt, doch scheint eine Art Gemeinschaft bezüglich desselben stattgefunden zu haben. Beide Nachbarn konnten wohl jedenfalls diesen *ambitus* zum Gehen von der vordern nach der hintern Seite des Hauses bezw. umgekehrt benutzen. Man macht sich aber wohl überhaupt eine irrige Vorstellung von dem alten Wesen des *ambitus,* wenn man ihn sich als für irgend welche positive Einwirkungen der Nachbarn darauf bestimmt vorstellt.[2] Das ursprüngliche Wesen desselben liegt vielmehr darin, daß der Raum des *ambitus* vom Gebäude frei bleiben muß: durch denselben soll das Haus vom Nachbarhaus geschieden sein; das Haus, der Sitz der *familia* und der Familiengötter, soll eine völlig selbständige, abgeschlossene Existenz für sich haben. Es ist dieselbe Anschauung, welche Tacitus Germ. 16 als eine den Germanen eigentümliche hervorhebt, wenn er sie auch ihrem innern Wesen nach nicht mehr versteht, sondern nach ganz falschen, äußeren Motiven dafür sucht: *vicos locant non in nostrum morem conexis et cohaerentibus aedificiis: suam quisque domum spatio circumdat, sive adversus casus ignis remedium sive inscitia aedificandi.*

Das Steigen der Bevölkerung Roms und die dadurch hervorgerufene Notwendigkeit, mit dem Raum sparsamer umzugehen, hat auch dahin geführt, daß

befohlen hätte, so würde man mit größerem Recht daraus schließen, daß vor den XII Tafeln kein *ambitus* festgehalten, folglich mit *parietes communes* gebaut sei. Ein solcher Schluß ist entschieden abzuweisen. Die XII Tafeln haben gewiß vielfach nur bisheriges Gewohnheitsrecht fixiert. So dürfte es auch bezüglich des *ambitus* gewesen sein. Das Gewohnheitsrecht mag aber an Unbestimmtheit gelitten haben bezüglich der Breite des *ambitus,* so daß in dieser Beziehung eine Fixierung durch das Gesetz zweckmäßig erschien. — Mag die Tendenz zu städtischer Siedlungsweise noch so alt bei den Italikern sein, so steht diese doch nicht, solange Bevölkerungszahl und Raum es gestatten, der Festhaltung eines freien *ambitus* zwischen den Nachbargebäuden entgegen. Bewahrung möglichster Selbständigkeit der einzelnen *familia* für die ihr gebührende Sphäre ist mit der Tendenz, fest organisierte, gegen außen abgeschlossene Gemeindeverbände zu bilden (Helbig, Die Italiker in der Poebene S. 44; Pöhlmann, Die Anfänge Roms S. 32), wohl vereinbar.

[1] So M. Voigt in d. Ber. üb. d. V. der K. S. Gesellsch. d. W. zu Leipzig. Ph.-h. K. XXIV (1872), S. 45 u. Dernburg, Pandekten I, S. 460.

[2] Nach Nissen, Pomp. Stud. S. 567 f., soll der *ambitus* speziell für die Dachtraufe bestimmt gewesen sein, wogegen sich als ganz unerwiesen mit Recht A. Mau in Overbecks Pompeji[4] S. 643, A. 110, u. in Marquardts Privatleb. d. Röm. I[2], S. 218, A. 2, sowie M. Voigt in Bursians Jahresber. XV. Bd. (1878), S. 379 erklärt haben. Nissens Annahme beruht auf der Vorstellung, daß das ältere Haus mit *atrium testudinatum* einen solchen Raum zur Aufnahme des vom Dach abfließenden Wassers erfordert habe. Dagegen A. Mau in Marquardts Privatleben I[2], S. 218, A. 1.

der Satz, der *ambitus* zwischen den Nachbarn müsse frei vom Gebäude bleiben, nicht in der alten Strenge aufrecht erhalten wurde. Man ließ zu, daß auf demselben eine den Nachbarn gemeinschaftliche Wand, ein *paries communis*, errichtet wurde. Damit war nicht etwa der *ambitus* einfach aufgehoben: es ergiebt sich vielmehr im Gegenteil schon aus der Bezeichnung der auf dem Boden des *ambitus* errichteten Wand als einer *communis*, daß auch das *solum* noch als ein *commune* betrachtet wurde. Und auch ausdrückliche Zeugnisse besitzen wir dafür. Vitruv II, 8, 16 bezeichnet geradezu die gemeinschaftlichen *parietes*, deren Dicke, wie wir sehen werden, ein bestimmtes gesetzlich festgestelltes Maß nicht überschreiten durfte, als *loco communi* errichtet. P. Mucius Scaevola, der Vater des Q. Mucius Scaevola, behauptete nach Cic. Top. 4, 24, der Boden sei soweit als zum *ambitus aedium* gehörig zu betrachten, als das zum Schutz des *paries communis* hergestellte Wetterdach reiche, von welchem das Wasser auf das Dach dessen, der jenes Wetterdach hergestellt, abfließen solle. Die Voraussetzung dieser Ansicht war offenbar die, daß das zum Schutz des *paries communis* gebaute Wetterdach nicht über den Bereich des *ambitus* hinausreichen dürfe und präsumtiv nicht darüber hinausgebaut sei. Wahrscheinlich ist die Zulassung von auf dem *ambitus* zu errichtenden gemeinschaftlichen Wänden nicht gewohnheitsrechtlich, sondern durch die Gesetzgebung geschehen. Vitruv II, 8, 17 sagt: *leges publicae non patiuntur maiores crassitudines quam sesquipedales constitui loco communi.* Danach scheint es, daß jeder der Nachbarn nach jenen *leges publicae* das Recht hatte, auf dem *ambitus* eine *paries communis* zu errichten, aber nur einen *sesquipedalis paries*, so daß immer noch ein beschränktes Maß des *ambitus* auf jeder Seite der Wand freiblieb. In Übereinstimmung miteinander werden sie die Zwischenwand auch breiter haben errichten können. Auch wird man annehmen müssen, daß es den Nachbarn frei stand, in Übereinstimmung miteinander die Gemeinschaft bezüglich des *ambitus* ganz aufzuheben, so daß jeder bis unmittelbar an die Grenzlinie bauen durfte, infolge wovon dann die Wand des einen Hauses unmittelbar an der des andern liegen konnte. Aus Cic. Top. 4, 22 wissen wir, daß jeder Nachbar das Recht hatte, an die gemeinsame Wand eine andere, ihm allein gehörige Wand anzufügen. Warum sollte es nicht zulässig gewesen sein, sich dahin zu einigen, daß gar keine gemeinschaftliche Wand bestehen, sondern die Wand des einen sich unmittelbar an die Wand des andern anschließen solle? Und solche Bauweise muß nicht selten gewesen sein, weil wir uns sonst das Vorkommen gewisser Servituten nicht erklären könnten.

Obwohl die Grundsätze über den *paries communis*, streng genommen, nicht an diese Stelle gehören, so mögen sie doch, da sie von den sonstigen Grundsätzen über Miteigentum Abweichendes bieten, hier dargelegt werden. Miteigentum der Nachbarn am *paries communis* wird zwar anerkannt[1] und auch die *actio communi dividundo* bezüglich desselben für zulässig erklärt,[2] aber nicht etwa auf Aufhebung der Gemeinschaft und Beseitigung der gemeinschaftlichen Wand. Auch die Konsequenz aus dem Begriff des Miteigentums wird gezogen, daß an sich keiner wider den Willen des andern das Recht hat, die gemeinschaftliche Wand wegzureißen oder auszubessern. Bedarf sie aber der Reparatur oder des Niederreißens, so kann, um dies durchzusetzen, gegen den seine

[1] Vgl. z. B. l. 8 D. de s. p. u. 8, 2.
[2] L. 32 D. de damno infecto 39, 2. L. 12 D. comm. div. 10, 3.

Zustimmung Verweigernden mit der *actio communi dividundo* oder dem *interdictum uti possidetis* geklagt werden. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Wand niedergerissen werden darf, soll darauf gesehen werden, ob sie zur Tragung der Lasten von seiten beider Gebäude, und zwar derjenigen, welche ihr rechtmäßig aufgebürdet werden durften, tauglich war.[1] Über dies Maß des Aufzubürdenden kann durch die *publicae leges* etwas festgesetzt gewesen sein oder auch durch Beredung der Nachbarn: jedenfalls muß die Festsetzung dingliche Wirkung gehabt haben, so daß sie auch etwaige Singularsuccessoren der bisherigen Eigentümer band. Hat der eine Nachbar einseitig eine zum Tragen der gebührenden Lasten ganz taugliche Wand niedergerissen und eine andere hergestellt, so hat er auch die Kosten allein zu tragen, ja der Nachbar, welchem *cautio damni infecti* gestellt ist, kann daraus auf Ersatz des Schadens klagen, der ihm durch Niederreißung der Wand zugefügt ist, z. B. wenn ihm dadurch Einkünfte entzogen, etwa Mieter ausgezogen sind, so daß er Mietgelder einbüßte. Hat er gar an Stelle der bessern Wand eine schlechtere gesetzt, so muß in Anschlag gebracht werden, um wieviel etwa der Wert der ältern Wand den Betrag der für die neue aufgewendeten Kosten überstieg, von diesem Überschuß muß dann abgezogen werden der Wert der etwa für die Herstellung der neuen Wand verwendeten Materialien der alten, und danach ist der Schaden des benachteiligten Nachbars zu berechnen. Von diesem Fall redet der offenbar von den Kompilatoren ganz aus dem Zusammenhang, in welchem er ursprünglich gestanden, gerissene § 2 der l. 38 D. de damno infecto 39, 2. War dagegen die Wand nicht tauglich, so muß jedem Nachbar vom andern die Niederreißung gestattet werden, und es braucht der bloß daraus den andern betreffende Schaden ihm nicht ersetzt zu werden, es müßte denn eine zu teuere oder eine nicht taugliche Wand hergestellt sein; vielmehr kann der, welcher die Ausbesserung oder den Neubau vorgenommen, einen verhältnismäßigen Anteil der Kosten vom Nachbar ersetzt verlangen. Wegen dieses Schadens kann also der Nichtbauende vom Bauenden auch nicht *cautio damni infecti* verlangen, wohl aber wegen des Schadens, welcher etwa bei dem Bauen seinem eigenen Hause droht. Bauen sie beide, so kann, wenn beiden gleiche Gefahr droht, keiner vom andern *cautio damni infecti* fordern, außer wenn der eine ein kostbareres Gebäude hat, als der andere, und durch den Einsturz der Wand größern Schaden erleiden würde, als der andere.[2] Es scheint aber fast, als ob man es vorgezogen, den Bau nur durch einen vornehmen zu lassen, vorausgesetzt, daß er bereit war, dem andern *cautio damni infecti* in dem bezeichneten Sinne zu leisten. Erboten sich nun beide zum Bauen, so wurde dem der Vorzug gegeben, welcher vorzugsweise ein Interesse an der Herstellung der Wand hatte, oder wer die Wand in der tauglichen Weise herzustellen bereit war.[3] Haben

[1] Vgl. hierüber und über das Folgende l. 35—37 D. de d. i. 39, 2. L. 43 § 1 D. eod. tit. Burckhard, Die *cautio d. i.* S. 115 ff.

[2] L. 39 pr. D. eod. tit.

[3] Über die Frage der Abschätzung des Werts einer gemeinschaftlichen Wand, deren Einsturz oder Demolierung durch den einen Nachbar verschuldet ist, spricht eine interessante Stelle Vitruvs de architectura II, 8, 8: *itaque cum arbitri communium parietum sumuntur, non aestimant eos quanti facti fuerint, sed cum ex tabulis inveniunt eorum locationis pretia, praeteritorum annorum singula deducunt octogesimas.* Die dann folgenden Worte sind nicht ganz richtig überliefert, aber gewiß auch nicht richtig in der Ausgabe von V. Rose so hergestellt: *et ita ea reliqua summa pacta reddi pro his parietibus sententiam pronuntiant eos non posse plus quam annos LXXX durare.* Nach der Mitteilung Roses haben die beiden

sich aber die Nachbarn, welche eine gemeinschaftliche Wand niederreißen und eine neue bauen wollen, freiwillig einander *cautio damni infecti* geleistet, dann kann auch der eine, dessen Mieter z. B. wegen des Baues ausgezogen sind, den andern aus der Kaution auf Ersatz des durch Einbüßung der Mietgelder erlittenen Schadens belangen. Ist durch fehlerhafte Beschaffenheit einer gemeinschaftlichen Wand dem einen der Nachbarn und Miteigentümer ein Schaden zugefügt, so braucht der andere, welcher jenem *cautio damni infecti* geleistet hatte, diesen Schaden nur dann zu ersetzen, wenn er die gemeinschaftliche Wand mehr, als er durfte, belastet hatte und dadurch der Einsturz der Wand bewirkt ist.[1] Solchen Falls kann der bedrohte Nachbar auch, wenn er, um die Last der gemeinschaftlichen Wand zu erleichtern, sein Gebäude gestützt hat, die deshalb aufgewandten Kosten ersetzt verlangen.[2] — *Communes parietes* konnten übrigens keineswegs bloß durch Bauen solcher auf dem *ambitus* entstehen, sondern häufig entstanden sie auch dadurch, daß jemand ein größeres Haus, welches er hatte, durch Errichtung einer Zwischenwand in zwei Häuser teilte, welche an verschiedene Eigentümer kamen.

Als schon in republikanischer Zeit vorkommende allgemeine Kategorien von Gebäudeservituten nennt Cicero die *iura stillicidiorum, parietum, luminum.*[3] Damit in Übereinstimmung steht die Äußerung des unter Cäsar und Augustus lebenden Vitruvius I, 1, 10: *iura quoque nota habeat oportet ea quae necessaria sunt aedificiis communibus parietum ad ambitum stillicidiorum et cloacarum, luminum, item aquarum ductiones.* Hier sind erwähnt die *iura parietum*, dann die *quae necessaria sunt ad ambitum, iura stillicidiorum et cloacarum,* dann die *iura luminum,* endlich die *aquarum ductiones.* Durch die Erwähnung dieser Kategorien ist nicht jede Ungewißheit darüber ausgeschlossen, was unter die einzelnen gerechnet werde. Zu den *iura parietum* dürfen wir jedenfalls rechnen die *servitus oneris ferendi,* welche von Juristen republikanischer Zeit besprochen wird, ohne Bedenken aber auch die mit derselben nah verwandte *servitus tignum immittendi* bezw. *immissum habendi.* Diese Servituten können erst aufgekommen sein, als man mit den durch den *ambitus* getrennten einstöckigen Häusern in Rom nicht auskommen konnte, sondern, um Raum zu gewinnen, mehrstöckig bauen mußte. Nach der Unterwerfung Italiens muß schon vor dem Ausbruch des zweiten punischen Krieges eine Übersiedelung der Italiker nach Rom begonnen haben, welche dann in den folgenden Jahrzehnten in so gesteigertem Maße fortdauerte, daß man sich zur mehrfach wiederholten Ausweisung der *alienigenae* genötigt sah. Die unendlich gesteigerte Anfrage nach Mietwohnungen drängte zu den mehrstöckigen Häusern hin; daß diese schon bei Ausbruch des zweiten punischen Krieges existierten, zeigt Livius, welcher XXI, 62, 3 unter dem Jahre 536/218 berichtet: *foro boario bovem in tertiam contignationem ascendisse.* Von einem zur Zeit Catos in Rom lebenden vertriebenen Könige Ägyptens wird erzählt, daß er sich infolge der Höhe der Mietpreise genötigt sah, eine kleine,

---

maßgebenden Handschriften, der Harleianus und der Gudianus: *ex . . . parte* und der Gudianus: *sen | tiã.* Es braucht sehr geringfügiger Änderung, um den richtigen Text herzustellen, der so lautet: *et ita ex reliqua summa partem reddi pro his parietibus sententia pronuntiant eos* u. s. w., d. h. durch das Urteil, daß von der Restsumme ein Teil (nämlich der Anteil des andern Miteigentümers der Wände) für diese Wände gegeben werde, sprechen sie *(implicite)* aus, daß diese keine über 80 Jahr hinausreichende Dauer haben könnten.

[1] L. 40 § 1 D. eod. tit. [2] L. 28 D. eod. tit.

[3] Cic. de Or. I, 38, 173. de Leg. I, 4, 14. II, 19, 47. Top. 5, 27.

ärmliche Wohnung in einem hochgelegenen Stockwerke zu beziehen.[1] Es konnte nicht ausbleiben, daß sich bei dem einen Nachbarn mehr wie bei dem andern das Bedürfnis nach Ausdehnung und Raumgewinnung geltend machte, wozu dann noch kommen mochte, daß die Stärke der Wände des eigenen Hauses nicht immer zur Tragung der Last des oder der Stockwerke, die man ihnen aufzubürden gedachte, hinreichte. Solche Verhältnisse werden die *servitus tigni immittendi* und *oneris ferendi* vielleicht schon vor der Zeit des zweiten punischen Krieges hervorgerufen haben. Die *servitus tigni immittendi* bezw. *immissum habendi*[2] ist das Recht, die vom herrschenden Gebäude ausgehenden Querbalken in Öffnungen der Nachbarwand einzulegen bezw. sie so eingelegt zu haben, zu dem Zweck, daß ein Teil des herrschenden Gebäudes, etwa ein Zimmer oder ein Säulengang, durch eine solche *transversa contignatio* getragen werde. Der Servitutberechtigte hat die Befugnis, auch nachdem die *tigna*, etwa zum Zweck der Ausbesserung oder Erneuerung, aus den *foramina* der Nachbarwand herausgenommen sind, sie in derselben Weise und Anzahl wieder in dieselben einzulegen. Abänderungen aber oder Einlegung einer größern Anzahl von Balken als bisher kann sich der Eigentümer des dienenden Grundstückes verbitten. Die *servitus oneris* gewährt das Recht, daß die Wand des dienenden Grundstücks oder Säulen desselben einen Teil des herrschenden Gebäudes tragen, dieser Teil auf jener Wand oder Säule lasten dürfe.[3] Mit dieser Servitut war schon in republikanischer Zeit die Pflicht des Eigentümers der dienenen Sache verbunden, die tragende Wand im Notfall auszubessern bezw. eine tragfähige Wand wiederherzustellen. Diese Pflicht gehörte aber nicht zum unmittelbaren, zum Hauptinhalt der Servitut, sondern wird auf eine *lex aedium* zurückgeführt: *paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit;* eine *lex,* die allerdings *in praxi* ständig dem Bestellungsakt hinzugefügt zu sein scheint. Durch diese *lex,* deducierte Alfenus,[4] werde deutlich kundgegeben, daß die Wand beständig erhalten werden müsse, darin der Meinung seines Lehers Servius Sulpicius folgend. Es war aber in jener Zeit eine andere Ansicht vertreten; Aquilius Gallus behauptete, *non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur.*[5] Danach war er nicht etwa der Meinung, daß jene *lex aedium* anders auszulegen sei, er wollte sie vielmehr gar nicht bei der Bestellung der Servitut zulassen. Mit dieser Meinung lehnte er sich wahrscheinlich gegen eine bestehende Praxis auf, es drang aber die diese Praxis verteidigende Meinung des Servius, welcher sich namentlich auch Labeo anschloß, durch. Unzweifelhaft lag darin, wie Aquilius Gallus es behauptete, eine Verletzung des Grundsatzes, daß niemand vermöge einer Servitut zu einem *facere* genötigt werden könnte, also eine Anomalie, zu deren Anerkennung man wohl eben durch die Praxis und das ihr zu Grunde liegende Bedürfnis berechtigt zu sein glaubte. Andererseits steht die Sache doch nicht so, daß die Römer hier ein mit dem dinglichen Recht verbundenes obligatorisches angenommen hätten. Wäre dies ihre Auffassung gewesen, so hätte von keiner Verletzung des Grundsatzes: *servitus in faciendo consistere nequit,* die Rede sein können. Servius und seine Anhänger sahen vielmehr in der Befugnis des

[1] Diodor XXXI, 18: ᾤκει δὲ ἐν ὑπερῴῳ στενῷ καὶ παντελῶς εὐτελεῖ διὰ τὸ μέγεθος τῶν ἐν τῇ Ῥώμῃ μισθῶν.

[2] L. 1 pr. 2, 6, 20 pr. 25 pr. 27 pr. D. de s. p. u. 8, 2. L. 8 §§ 1 u. 2, l. 12 D. si serv. vind. 8, 5 u. a. St.

[3] L. 1 § 1, l. 33 D. de s. p. u. 8, 2. L. 5 §§ 2 ff., l. 8 pr. — § 4 D. si serv. vind. 8, 5.

[4] L. 33 D. de s. p. u. 8, 2. [5] L. 6 § 2 D. si s. v. 8, 5.

Servitutberechtigten, den Eigentümer der Wand zum *reficere* zu zwingen, einen auf die *lex aedium* sich stützenden Bestandteil des Servitutrechts, welcher daher auch nicht mit einer *actio in personam* auf ein *facere oportere*, sondern mit einer besonders formulierten *actio confessoria* mit der *intentio: ius A° A° esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda* geltend gemacht werden sollte. Über die Art der Herstellung konnte in der *lex aedium* etwas Besonderes festgestellt sein. Daß die Ausbesserungspflicht als eine auf dem Grundstück ruhende dingliche Last angesehen wurde, zeigt sich in der Gewährung einer dieselbe ablehnenden *actio ocutraria* oder *negatoria* (*ius tibi non esse me cogere*).[1] Diese dingliche Natur der Ausbesserungspflicht wollte nun Labeo mit seinen Worten hervorheben, *hanc servitutem non hominem debere, sed rem.*[2] Auf die Frage aber, warum man gerade bei der *servitus oneris ferendi in praxi* eine solche die Refektionspflicht begründende *lex aedium* zugelassen habe, antwortet Elvers,[3] das Interesse des Eigentümers des dienenden Gebäudes würde häufig empfindlich haben gekränkt werden können, wenn der Servitutberechtigte die stützende Wand lediglich nach Maßgabe seines Interesses hätte herstellen dürfen. Außerdem hätte man durch Einräumung des Refektionsrechts an den Servitutberechtigten diesem den freien Eintritt in das fremde Haus gestatten müssen, was römischer Denkart ganz widersprochen hätte. Beide Erwägungen, von denen die erstere den Beifall Dernburgs[4] erhalten hat, scheinen mir nicht für die Römer bestimmend gewesen zu sein. Auch wo der Servitutberechtigte ein Ausbesserungsrecht hat, steht es ihm nicht etwa frei, die Besserung in beliebiger Weise vorzunehmen, sondern *reficere* heißt, *quod corruptum est in pristinum statum restaurare.*[5] Hätte man daran bei dieser Servitut nur streng festgehalten, so wäre es dadurch für den Servitutberechtigten unmöglich gemacht, etwa an die Stelle einer schönen Wand eine rohe Steinmauer zu setzen. Was den zweiten Grund betrifft, so konnte ja jeder Gebäudeeigentümer beim *paries communis* in die Lage kommen, dem Nachbar die Demolition der Wand gestatten und so sein Haus zum Zweck der Reparatur öffnen zu müssen. Warum man bei der *servitus oneris ferendi* bedenklicher gewesen sein sollte, wie beim *paries communis*, da doch praktisch die Öffnung des Nachbarhauses durch Niederreißung der dasselbe schließenden Wand dieselbe war, läßt sich nicht absehen. Mir scheint vielmehr die Rücksicht auf den Servitutberechtigten das Aufkommen jener *lex aedium* in der Praxis bewirkt zu haben. Da die tragende Wand nicht bloß für das herrschende Gebäude, sondern in der Regel vorzugsweise für das dienende Grundstück bestimmt war, so hätte der Eigentümer jenes durch die Refektion am wenigsten seinen eigenen, sondern vorzugsweise den Interessen des Eigentümers des belasteten Grundstücks gedient, für diesen vorzugsweise, nur nebenbei für sich, hätte er eine tragfähige Wand wiederhergestellt. Aus diesem Grunde schien

[1] L. 8 pr. D. eod. tit.

[2] Nicht zu billigen ist die Ansicht Schirmers (Ztschr. f. Rechtsgesch. XII, S. 177 f.), daß die *servitus oneris ferendi* durchweg in einem *facere* bestehe. Das *facere*, worauf die Servitutklage gehe, sei ein doppeltes, das *onus ferre* und das *reficere*. Es ist aber zu leugnen, daß die *actio confessoria* aus der *servitus oneris ferendi* immer auf ein *cogere* lautete. Soweit sie nur das *onera ferre* geltend machen wollte, wird sie nach der gewöhnlichen Weise der *confessoria* konzipiert gewesen sein: die anomale Formelkonzeption trat nur bei der Geltendmachung der Refektionspflicht ein.

[3] Die röm. Servitutenlehre S. 61.

[4] Pandekten I, § 236, A. 7.

[5] L. 1 § 6 D. de rivis 43, 21.

es gerecht, daß durch eine besondere *lex* dem Eigentümer des dienenden Gebäudes die Refektionspflicht auferlegt werden konnte, ein Grund, welcher bei der *servitus tigni immittendi* nicht vorlag. Daß die *lex* übrigens stets der Bestellung dieser Servitut beigefügt sei, wird nicht gesagt. Wo die Verhältnisse so lagen, daß die tragende Wand nicht vorzugsweise dem dienenden, sondern dem herrschenden zu gute kam, wird gewiß die *lex* haben weggelassen werden können.

Zu den *iura parietum* darf auch wohl die *servitus proiiciendi protegendive* gerechnet werden. Nach der in l. 242 § 1 D. de verb. sign. 50, 16 mitgeteilten Definition des Labeo ist unter *immissum* eine solche Vorragung eines Gebäudeteils in den Raum des Nachbargebäudes zu verstehen, welche in oder auf dem letztern ruht, seine Stütze hat (*aliquo loco requiesceret*), unter dem *proiectum* dagegen solche Vorragung, welche nur in den Luftraum des Nachbargrundstücks hineinragt, frei in der Luft schwebt (*quod ita proveheretur, ut nusquam requiesceret*). Schon daraus können wir entnehmen, daß die *servitus proiiciendi* der republikanischen Zeit bekannt war. Unter die *proiecta* fallen also die in den Nachbarraum überragenden *maeniana* und *pergulae*, d. h. vorspringende Erkerwohnungen, wie sie, seit die Häuser zu Mietwohnungen eingerichtet wurden, namentlich häufig in Verbindung mit den im Erdgeschoß befindlichen *tabernae* eingerichtet wurden; aber auch irgend welchen Luxuszwecken dienende Balkone, Altane.[1] Von den *proiecta* in einem engern Sinne werden noch wieder unterschieden die *protecta*,[2] d. h. in den Raum des Nachbargrundstücks vorragende Dächer, welche zur Bedeckung, zum Schutz von irgend etwas dienten, unter denen namentlich wieder die *subgrundae*, *subgrundia*, die Wetterdächer, hervorgehoben werden. Die Rubrik des Digestentitels 39, 2 lautet: *De damno infecto et de suggrundis et proiectionibus.*[3] Warum hier neben dem *damnum infectum* noch die *suggrundae* und *proiectiones* genannt sind, ob die Rubrik so aus dem Edikt entnommen ist, darüber erhalten wir, so viel ich sehe, weder aus dem Inhalt des Titels noch auch sonst Aufklärung. Daß diese etwa nur deshalb hervorgehoben seien, weil die *stipulatio damni infecti* sich nicht bloß *ad totas aedes*, sondern auch *ad partem aedium* beziehen soll, wie Burckhard[4] anzunehmen scheint, ist nicht wahrscheinlich, denn dadurch wird nicht erklärt, warum denn gerade diese *partes aedium* besonders hervorgehoben sind. Denkbar scheint mir zweierlei. Vitruv. II, 9, 16 sagt, daß gerade durch die *subgrundia circum insulas* besonders leicht die *traiectio incendiorum* geschehe. Möglich wäre also, daß, wenn solche *subgrundae* von einem besonders leicht Feuer fangenden Material hergestellt waren, der bedrohte Nachbar wegen des *periculum traiectionis incendii* durch solche *subgrunda* nach besonderer Vorschrift des Edikts *cautio damni infecti* verlangen konnte. Eine andere Möglichkeit knüpft sich an das in l. 5 § 6 D. de his qui effuderint 9, 3 mitgeteilte Edikt an: *Ne quis in suggrunda protectove supra eum locum* u. s. w. Dieses Edikt stellte gegen denjenigen, welcher *in suggrunda protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit,* eine Strafklage

[1] Overbeck-Mau, Pompeji S. 266. Nissen, Pompejanische Studien S. 600 f. Becker, Gallus, herausgeg. v. Göll, S. 287 ff. Marquardt, Privatleb. der Römer I, 2², S. 93, A. 2, S. 247, A. 7.

[2] L. 2 D. de s. p. u. 8, 2. L. 1 pr. D. eod. tit. L. 29 § 1 D. ad leg. Aq. 9, 2. L. 6 § 2 D. arb. f. c. 47, 7.

[3] Vgl. l. 5 § 6 D. de his, qui eff. 9, 3. [4] *Cautio damni infecti* S. 138.

auf. Wenn nun etwas Derartiges zwar nicht an einer Stelle, *quo vulgo iter fiet*, aber doch in einer die Nachbarschaft bedrohenden Weise geschah, so könnte denkbarerweise dem bedrohten Nachbar deshalb Anspruch auf *cautio damni infecti* zugestanden sein.

Für die *servitus stillicidii* und die *fluminis* bestand bei der Einrichtung des altrömischen, nur aus einem Erdgeschoß bestehenden Wohnhauses kein Bedürfnis. Von den von Vitruv. 6, 31 besprochenen Atrien verschiedener Konstruktion kommen für diese Frage nur zwei in Betracht: das *atrium tuscanicum* und das *atrium displuviatum*. Das *atrium tuscanicum* war „ein kleiner quadratischer oder nur wenig oblonger Hof, dessen Dach, von allen vier Seiten nach innen zu abfallend, auf zwei langen Durchzugsbalken ruhte und in der Mitte eine quadratische Öffnung, das Kompluvium, hatte." Das von dem nach innen zu sich neigenden Dach nach innen abfließende Regenwasser wurde vermittelst in das *compluvium* hinabreichender *asseres* (Latten) durch dieses in das Impluvium im Boden geleitet. Das *atrium displuviatum* war zwar ebenso wie das *tuscanicum* in der Mitte offen, aber es wurde hier die *arca*, der Dachstuhl, durch schräg aufwärts gehende Gratbalken gehalten, so daß sich das Dach nach außen neigte. Das Regenwasser floß also nicht durch das *compluvium* ab, sondern die *„deliquiae arcam sustinentes stillicidia reiiciunt"*, infolge der Dachneigung nach außen flossen die *stillicidia* an den Hauswänden herunter. Das Wasser wurde zuerst am Fuße des Daches in horizontalen Röhren (*canales*) aufgefangen und durch vertikale Röhren (*fistulae*) an den Wänden herabgeleitet. Auch hier wurde das Regenwasser nicht auf das Nachbargrundstück abgeleitet. Ein Bedürfnis dafür machte sich erst geltend, als die Häuser unmittelbar aneinander rückten und mehrstöckig, aber doch nicht unter einem einheitlichen Dach für das ganze Haus, gebaut wurden, doch dürften die *servitus stillicidii* und die *fluminis* nicht jünger sein, als die *iura parietum*. Schon Cato[1] kannte die *servitus stillicidii*, und von Varro l. l. V, 5, 27 wird als eine in der *lex praediorum urbanorum*, d. h. bei der Übertragung des Eigentums städtischer Grundstücke stehende Klausel erwähnt: *stillicidia fluminaque ut fluant ita cadantque*. Er kennt also schon als einen hergebrachten den Unterschied zwischen *stillicidium*,[2] d. h. dem Recht, das aus der Atmosphäre kommende Wasser vom herrschenden Gebäude oder einem Teile desselben auf das dienende *stillatim* abzuleiten, abträufeln zu lassen, und *flumen*,[3] d. h. dem Recht, jenes Wasser in ununterbrochenem Fluß, Strom (*continue*) abzuleiten. Beim *stillicidium* macht es noch einen Unterschied, ob der Berechtigte das Wasser nur von den Ziegeln des Dachs oder von einem Bretterdach abtröpfeln lassen darf. Das letztere scheint als das für das dienende Grundstück beschwerlichere angesehen zu sein. Das *stillicidium* wurde, wie es scheint, nicht selten durch eine künstliche Vorrichtung, ein in den Raum des dienenden Grundstücks hineinragendes *protectum* bewirkt. Es geht dies daraus hervor, daß von einem Vorlegen und Zurücklegen des *stillicidium* (*producere* und *reducere*), sowie von einem Höher- und Tieferlegen (*altius tollere, inferius demittere*) desselben die Rede ist.[4] Das Zurücklegen und Höherlegen soll gestattet sein, weil dadurch die Belastung des dienenden Grundstücks minder,

[1] Bei Fest. p. 344.

[2] L. 2, l. 17 § 3, l. 20 u. 21, l. 28 i. f. D. de s. p. u. 8, 2. L. 9 pr. u. l. 16 D. si serv. v. 8, 5. L. 8 D. quemod. s. a. 8, 6.

[3] Vgl. noch l. 13 D. si serv. 8, 5. L. 20 § 5 D. de s. p. u. 8, 2.

[4] L. 20 § 5 D. cit.

geringer wird; dagegen das Niedrigerlegen und Vorlegen nicht, weil dadurch die Last verstärkt, erweitert wird.

Auch für die dritte Kategorie der Gebäudeservituten, die *iura luminum*, bestand bei der ältern Gestalt des römischen Hauses kein Bedürfnis. Das antike Haus, wird in einer sachverständigen Erörterung über dasselbe gesagt, ist von außen im Prinzip so gut wie völlig abgeschlossen und ganz nach innen gewendet. „Das Erdgeschoß, der ursprüngliche Teil des Hauses, bildet nach außen wesentlich nur vier abschließende, vom Eingang durchbrochene Umfassungsmauern; die ganze Anlage wendet sich nach innen und schließt sich um den innern Hof, auf den — — — die Zimmer ausgehen, und von dem sie ihr Licht empfangen." Gebrauch von Fensterscheiben aus Glas war dieser alten Zeit noch ganz fremd. Das Haus dieser Zeit hatte überhaupt keine Fenster, sondern nur Lichtspalten. Bei steigender Kultur aber, als man mit dem Erdgeschoß nicht mehr ausreichte, sondern obere Stockwerke aufbaute, wurden die Lichtspalten vielfach durch viereckige Fenster ersetzt; gerade das obere Stockwerk hat wohl nach innen und nach außen Fenster, welche durch Gitter oder Läden verschlossen werden. Infolge dieses Bedürfnisses und Strebens, den Räumen des Hauses Licht und Luft zu verschaffen, sind auch die *iura luminum* benachbarten Grundstücken gegenüber entstanden.[1] Es kamen dieselben, und zwar höchst wahrscheinlich schon lange in republikanischer Zeit, in mehrfacher Gestalt vor. Das eine derselben ist die *servitus altius non tollendi*, das Recht, daß auf dem dienenden Grundstück nicht höher wie gegenwärtig oder nicht über eine bestimmte Höhe hinaus gebaut werde.[2] Sie hat den allgemeinen Zweck, daß das herrschende Gebäudegrundstück nicht durch Höherbauen auf dem dienenden in Bezug auf Luft, Licht und Aussicht geschmälert werde, sie ist von den *iura luminum* die umfassendste, insofern sie das herrschende Grundstück überhaupt, nicht etwa bloß dessen Lichtöffnungen, auch freie Plätze gegen Verdunkelung, Schmälerung der Aussicht, Hinderung des Zutritts des Luftzugs durch Höherbauen schützt. Daneben sind zu nennen die *servitus ne luminibus officiatur* und die *ne prospectui officiatur*. Auf die erstere dieser beiden oder auf die *servitus altius non tollendi* deutet Cicero mehrfach in bildlichen Ausdrücken hin, nach welchen man annehmen muß, daß jene Servituten damals etwas Alltägliches und so allgemein Bekanntes waren, daß Cicero darauf rechnen konnte, seine Ausdrücke würden von dem Publikum verstanden werden. Cic. pro Rab. Post. 16, 43: *nec illius animi aciem perstringit splendor sui nominis, nec mentis quasi luminibus officit altitudo fortunae et gloriae.* Brutus 17, 66: *Nam ut horum concisis sententiis — — — officit Theopompus elatione atque altitudine orationis suae (quod idem Lysiae Demosthenes): sic Catonis luminibus obstruxit haec posteriorum quasi exaggerata altius oratio.* Die *servitus ne luminibus officiatur*[3] oder *obstruatur* ist das Recht, daß durch keine Vorrichtungen auf dem dienenden Grundstück der Anblick des Himmels aus den Lichtöffnungen des herrschenden Gebäudes beeinträchtigt, geschmälert werde. Daß unter *lumen* die Möglichkeit des Ausblicks auf den Himmel verstanden wird, zeigt Vitruv. VI, 9, 6: — *et si ab ea*

[1] Vgl. die Äußerung Vitruvs VI, 9, 6: *omniaque aedificia ut luminosa sint oportet curari, sed quae sunt ad villas faciliora videntur esse ideo quod paries nullius vicini potest obstare, in urbe autem communium parietum altitudines aut angustiae loci impediundo faciunt obscuritates.* 7: — *et ad summum ita est gubernandum, ut ex quibuscunque partibus caelum prospici poterit, per eas fenestrarum loca relinquantur, sic enim lucida erunt aedificia.*

[2] L. 2, 6, 12, 21, 32 D. de s. p. u. 8, 2. L. 9 C. de serv. 3, 34.

[3] L. 4, 6, 15, 17 § 1, 23 pr., 31 D. de s. p. u. 8, 2. L. 16 D. comm. praed. 8, 4 u. a. St.

linea in altitudinem cum prospiciatur poterit spatium puri coeli amplum videri in eo loco lumen erit sine impeditione. Denselben Begriff von *lumen* hat Cic. de orat. I,39, 179: — — — *egit statim cum Bucculeio, quod, cuicumque particulae caeli officeretur, quamvis esset procul, mutari lumina putabat.* Damit stimmt überein die Definition des Paulus bezw. Alfenus in l. 16 D. de serv. pr. urb. 8, 2: *Lumen id est ut caelum videretur, et interest inter lumen et prospectum: nam prospectus etiam ex inferioribus locis est, lumen ex inferiore loco esse non potest,* d. h. der Blick auf den Himmel oder einen Teil desselben von einem niedrig liegenden Fenster kann durch eine entgegenstehende Wand verhindert werden, während er von einem höher angebrachten Fenster möglich ist. Daher sagt Vitruv a. a. O. 7: *sin autem officient trabes seu limina aut contignationes, de superioribus partibus aperiatur et ita immittetur.* Gegen künftige Beeinträchtigungen des Anblicks des Himmels aus den bereits vorhandenen Lichtöffnungen oder auch aus etwa noch anzulegenden, hatte man sich aber durch den Erwerb der *servitus ne luminibus officiatur* zu schützen. Nicht bloß durch Bauten, sondern auch durch Pflanzen von Bäumen, falls sie den Anblick des Himmels beeinträchtigen, kann dieses Servitutrecht verletzt werden. Hatte das herrschende Gebäude reperkutierendes Licht, so kann selbst durch Beseitigung oder Niedrigermachen eines Gebäudes die *servitus ne luminibus officiatur* verletzt werden, insofern dadurch jenes reperkutierende Licht entzogen wird. Wird durch eine Vorrichtung nicht der Zutritt des Lichts, sondern nur der Sonnenstrahlen gemindert oder verhindert, so liegt darin regelmäßig keine Verletzung der Servitut.[1] Nur wenn Dachgärten oder sonstigen Lokalitäten, für welche ihrer Bestimmung nach die Sonnenstrahlen erwünscht sind, durch eine Vorrichtung auf dem dienenden Grundstück dieselben entzogen würden, würde darin eine Verletzung der mit jenen Lokalitäten verbundenen *servitus ne luminibus officiatur* gesehen werden können. — Zu der allgemeinen Kategorie der *iura luminum* darf man auch wohl stellen die *servitus ne prospectui officiatur*,[2] d. h. das Recht, daß der Ausblick vom herrschenden Gebäude nicht auf den Himmel, sondern auf die sich vor ihm ausbreitende Erde, nicht durch irgend welche Vorrichtungen auf dem dienenden Grundstück beeinträchtigt werde. Solche Vorrichtungen können nicht bloß Bauten, sondern z. B. auch Anpflanzungen sein. Nicht jede Vorrichtung, welche die *lumina* beeinträchtigt, würde als dem *prospectus* schadend anzusehen sein, und umgekehrt. Von den genannten drei *iura* ist die *servitus altius non tollendi* als die, welche Beeinträchtigung von Licht, Aussicht und Luft verhindern soll und insofern die umfassendste ist, vielleicht auch die älteste. Die nur das Licht schützende und insofern speziellere *servitus ne luminibus officiatur* dürfte erst nach ihr aufgekommen sein. Die jüngste der drei ist wohl die *servitus ne prospectui officiatur.* Wenn überhaupt das Streben nach Licht und Luft für die Wohnungen civilisiertes Jahrhundert kennzeichnet gegenüber älteren, so setzt das Schätzen einer schönen und freien Aussicht schon wieder eine höhere Stufe der Civilisation, eine Verfeinerung des Geschmackes voraus, und wir dürfen aus diesem Grunde die die Dauer solcher Annehmlichkeiten garantierende *servitus ne prospectui officiatur* unbedenklich für die jüngste jener drei erachten. Das ist aber kein Grund, ihr Aufkommen etwa erst in die Kaiserzeit zu verlegen; schon der spätern Zeit der Republik waren solche Luxusbedürfnisse nicht fremd. — In ein paar Stellen der Digesten, welche Anlaß zu vielfachen

[1] L. 17 D. eod. tit. [2] L. 3 pr. 15, 16 D. eod. tit.

Erklärungsversuchen geboten haben, ist noch eine rätselhafte *servitus luminum* erwähnt. In der einen, der l. 40 D. de serv. pr. urb. 8, 2 heißt es, daß, wer das *ius luminis immittendi* nicht gehabt habe, nicht mit Recht mit Durchbrechung der gemeinschaftlichen Wand Fenster darin angebracht habe. In der l. 4 D. eod. tit. wird die hier in Frage stehende Servitut gegenüber gestellt der *servitus ne luminibus officiatur* und von jener gesagt: *Luminum in servitute constituta id adquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat.* Wahrscheinlich ist hier statt *in — immittendorum* zu lesen. Über den Sinn von *lumina immittere* giebt Vitruv. VI, 9, 6 und 7 Auskunft: *ex qua parte lumen oporteat sumere linea tendatur ab altitudine parietis qui videtur obstare ad eum locum quo oporteat immittere, et si ab ea linea in altitudinem cum prospiciatur poterit spatium puri coeli amplum videri, in eo loco lumen erit sine inpeditione. sin autem officient trabes seu limina aut contignationes, de superioribus partibus et ita immittatur. Lumina immittere* heißt also in dieser Stelle, Öffnungen in der eigenen Wand zum Ausblick auf den Himmel anbringen. Der Ausdruck *ius luminis immittendi* nötigt also nicht, diese Servitut als das Recht aufzufassen, in der fremden Wand, der Wand des Nachbarn Fenster einzubrechen und zu haben, analog der *servitus tigni immittendi.* Der Ausdruck kann das Recht bezeichnen, in eigener Wand Fenster nach der Seite des Nachbargrundstücks anzulegen. Es entsteht dann nur die Frage, wie man sich solche Befugnis als Servitutrecht denken könne. Nicht etwa darf man das *immittere* von dem Hineinragenlassen, dem Öffnen der Fenster verstehen, denn der Verschluß der Lichtöffnungen erfolgte durch Läden, Gitter, Jalousien, welche nicht in den Luftraum des Nachbarn hineinzuragen brauchten. Die Vorstellung, von welcher aus das Anlegen von Fenstern nach der Nachbarseite als ein Übergreifen in die nachbarliche Sphäre erschien, war wohl folgende. Wenn das römische Haus in alter Zeit durch einen *ambitus* von den Nachbarhäusern getrennt, wenn es nach innen gewandt war, neugierigen Blicken keinen Zutritt in sein Inneres gewährte, sondern seine Räume im wesentlichen Licht und Luft durch einen innern Hof und außerdem nur durch etwaige schmale Lichtspalten empfingen, so mußte, als die Häuser eng aneinander rückten und über dem *atrium* sich Räume erhoben, welche den Blicken der Nachbarn ausgesetzter waren, als die Räume im Erdgeschoß, es häufig als etwas Lästiges empfunden werden, wenn in der unmittelbar angrenzenden Wand Fenster angelegt waren, aus denen die Bewohner freien Einblick in Räumlichkeiten der Nachbarn hatten. Ein solches Ermöglichen des Einblickes in fremde Räume kann denkbarerweise als ein unzulässiger Eingriff in des Nachbarn Rechtssphäre, in dessen Eigentumsgrenzen aufgefaßt sein. Bevor wir auf die Frage antworten können, ob es nach alter Auffassung ein im Eigentum liegendes Recht war, Fenster in der Wand nach der Nachbarseite zu haben, oder ob solche Anlage ein Servitutrecht voraussetzte, müssen wir einen Blick auf einige andere Servituten, welche Anlaß zu vielen Zweifeln gegeben haben, werfen. Es sind dies die *servitutes altius tollendi, luminibus officiendi, stillicidii non avertendi.* Die Rechte, höher zu bauen, dem Nachbar durch Bauten das Licht zu beeinträchtigen, den Ablauf des Regenwassers vom Nachbardach sich zu verbitten, scheinen doch aus dem Eigentumsrecht am Grundstück sich ergebende Befugnisse zu sein. Wie sollen sie als Servituten gedacht werden können, als welche sie doch unzweifelhaft in den Quellen erwähnt werden und daher auch vorgekommen sein müssen? Es ist nicht die Absicht, alle über diese Frage aufgestellten Ansichten noch einmal einer Kritik zu unterziehen. Der Verfasser

dieses Werks selbst hat lange Zeit die zuletzt von M. Cohn[1] verteidigte und auch von Dernburg[2] gebilligte Meinung geteilt, wonach die *servitus altius tollendi, luminibus officiendi* Gegenrechte sein sollen, wodurch Vorschriften der in römischen Gemeinden bestehenden lokalen Bauordnungen, welche bauliche Anlagen zu Gunsten der Nachbarn beschränkten, außer Kraft gesetzt wurden. Gegen diese Auffassung erheben sich aber zweierlei Bedenken. Einmal ist von localrechtlichen Baubeschränkungen dieser Art nichts bekannt, sondern nur von kaiserlichen Baupolizeigesetzen, welche im öffentlichen Interesse Bestimmungen über die Höhe von Gebäuden, über die Unzulässigkeit von Vorbauten an den oberen Stockwerken der Häuser u. dgl. enthielten und zwingender Natur waren. Daß die Stellen der Digesten und des Codex, welche man auf solche Lokalstatuten bezogen hat, von solchen nicht reden, wird gleich zu zeigen sein. Sodann würde nach jener Auffassung die *servitus altius tollendi, luminibus officiendi* nur eine manchen Lokalrechten angehörende, nicht aber ein Institut des allgemeinen römischen Rechts sein, wie die *servitus altius non tollendi*. Es werden aber vielmehr von den römischen Juristen, so von Gaius und Paulus, die *servitus altius tollendi* und *non tollendi* einfach nebeneinander genannt, ohne irgend eine Andeutung, daß die erstere nur in bestimmten Gemeinden mit jenen besonderen Lokalrechten vorkommen könne. Danach muß man annehmen, daß die *servitus altius tollendi* eine dem allgemeinen römischen Recht angehörige war, welche überall vorkommen konnte. Hebt doch Gaius sonst, wenn er vom allgemeinen römischen Recht abweichende partikularrechtliche Institutionen erwähnt, dies immer besonders hervor. Wie sollen wir es aber denken können, daß in jeder beliebigen Stadt eine *servitus altius tollendi* neben der *non tollendi* möglich war? Darüber geben uns die Stellen, welche auf Lokalstatuten bezogen werden sollen, Auskunft. In l. 11 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2 sagt Ulpian, wer die *lumina* seiner Nachbarn beeinträchtigen oder etwas Anderes zu ihrem Nachteil vornehmen wolle, werde wissen, daß er *formam ac statum antiquorum aedificiorum custodire debere*. Von irgend welchen Lokalstatuten ist hier nicht die Rede, sondern da die Stelle aus Ulpians Werk *de officio consulis* entnommen, wird man annehmen müssen, daß dieselbe sich vor allem auf Rom selbst bezog, aber auch von einer Beschränkung des Ausspruchs auf dieses findet sich keine Spur. Dagegen ist nicht zu übersehen, daß von *antiqua aedificia* die Rede ist, daß die seit alters her bestehende *forma ac status* inne gehalten werden soll. Damit stimmt es überein, wenn ein Reskript Caracallas vom Jahre 211 n. Chr. die Möglichkeit einer negatorischen Klage gegen den Nachbar ausspricht, *qui aedificium contra veterem formam exstruxit, ut luminibus tuis officeret.*[3] Auch danach soll die seit alters her bestehende *forma* der Gebäude nicht zum Nachteil der Nachbarn abgeändert werden dürfen, falls nicht etwa durch *longi temporis consuetudo* ein dazu berechtigendes Servitutrecht (nämlich eine *servitus luminibus officiendi*) erworben sei. Nichts Neues enthielt also die vom Kaiser Zeno in l. 12 § 1 a C. de aedificiis priv. 8, 10 in Bezug genommene Verordnung seines Vorgängers Leo, *ut qui aedes suas renovant nequaquam veterem formam excedant* (*τὸ ἀρχαῖον σχῆμα μηδαμῶς παρεξιέναι*), *ne aedificantes lumina vel prospectum vicinorum contra priorem statum auferant* (*παρὰ τὸ πάλαι καθεστηκός*). Zeno fügt nur noch ausdrücklich hinzu, was aber auch nichts Neues war, daß

[1] Über die *servitus altius tollendi* im Archiv f. civ. Pr. Bd. 64, S. 344 ff.
[2] Pandekten I. § 244. [3] L. 1 C. de serv. 3, 34.

dem *aedificator ex pacto vel stipulatione* ein Servitutrecht zustehen könne, *quo antiquam formam, si velit, mutare permittatur.* Diesen Stellen nach müssen wir annehmen, daß jedenfalls in der Kaiserzeit, vielleicht aber auch schon in republikanischer Zeit ein Rechtssatz bestand, wonach die seit alters her bestehende, also durch *vetustas* geheiligte Höhe und Gestalt der Gebäude nicht zum Nachteil der *lumina* bezw. des *prospectus* der Nachbargebäude abgeändert werden durfte, falls nicht der betreffende Gebäudeeigentümer eine *servitus altius tollendi* oder *luminibus officiendi* erworben hatte. Dadurch wurde für leere Plätze, bezw. für Gebäude, deren Höhe und Gestalt noch nicht durch *vetustas* unabänderlich geworden war, die Befugnis der Eigentümer zu beliebigem Höherbauen bezw. baulichen Veränderungen, wodurch Licht und Aussicht der Nachbaren beeinträchtigt wurde, nicht ausgeschlossen. An solchen Grundstücken konnte dann umgekehrt eine *servitus altius non tollendi* bezw. *ne luminibus officiatur* erworben werden. Als *vetus forma* dürfte auch hier nur eine Höhe und Gestalt der Gebäude angesehen sein, welche seit unvordenklicher Zeit bestanden hatte, ohne daß aber sonst die Voraussetzungen unvordenklicher Verjährung gefordert wären; bloß die unvordenkliche Dauer des Zustandes sollte den Nachbarn den daraus für sie sich ergebenden Vorteil sichern.[1] Ähnlich wie mit dem Recht zum Höherbauen bezw. der Veränderung des Baues, mag es sich auch mit dem Recht, Fenster in der dem Nachbarn zugekehrten Wand anzulegen, verhalten haben; es mag also diese Anlage untersagt gewesen sein, wenn dadurch die *vetus forma* des Gebäudes verändert wurde, dasselbe also seit unvordenklicher Zeit ohne solche Fenster gewesen war. Nach den Verordnungen Leo's und Zeno's wenigstens soll, wenn zwischen den Gebäuden ein Zwischenraum von zwölf Fuß gelassen ist, es gestattet sein, beliebig hoch zu bauen und *fenestras aperire tam prospectivas quas dicunt quam luciferas secundum sacram legislationem*, einerlei ob jemand ein neues Haus bauen oder

[1] Streit unter den Archäologen hat veranlaßt folgende in Pompeji gefundene Inschrift: *M. Holconius Rufus, d(uum)v(ir) i(ure) d(icundo) tert(ium), | C. Egnatius Postumus, d. v. i. d. iter(um), | ex d(ecreto) d(ecurionum) ius luminum | opstruendorum HS CIↃ CIↃ CIↃ redemerunt, parietemque | privatum c(oloniae) Ven(eriae) Cor(neliae) | usque at tegulas faciundum coerarunt.* Schöne und Nissen verstehen unter dem *ius luminum obstruendorum* das Recht, die Thüröffnungen im Hause eines anderen, auf dem Grundstücke eines anderen zuzumauern, zu verbauen. Vgl. Nissen, Pompejanische Studien S. 220 ff. Von anderen ist dagegen mit Recht geltend gemacht worden, daß der von Nissen postulierte Unterschied zwischen *ius luminibus opstruendi* und *ius luminum opstruendorum* nicht existiere, grammatisch die Ausdrücke vielmehr gleichwertig seien. Vgl. Overbeck-Mau, Pompeji S. 99 u. S. 636, A. 48. In der That kennt das römische Recht ein von der *servitus luminibus officiendi* oder *obstruendi* verschiedenes *ius luminum obstruendorum* nicht. Nissens Bemerkung, daß keine Servitut auf einem konsekrierten Grundstück lasten könne, ist zwar richtig, aber dieser Satz kann hier ja gar keine Anwendung finden, denn die Servitut soll ja nicht auf dem Tempelhof lasten, von dem es übrigens zweifelhaft sein dürfte, wie weit er an der Konsekration der *aedes* teilnahm, sondern auf dem anliegenden Privathause, welchem, da es nur durch einen schmalen Gang von der zu errichtenden Rückmauer getrennt war, durch dieselbe das Licht verbaut werden mußte. Rechtshistorisch nicht unwichtig ist die etwa um das Jahr 10 v. Chr. anzusetzende Inschrift insofern, als daraus zu entnehmen ist, daß um diese Zeit eine *servitus luminum opstruendorum* in Pompeji bekannt war; daß sie sich auf besonderes Lokalrecht Pompejis stützte, dafür spricht nichts. Auch hier wird die Erwerbung einer solchen, wie in Rom selbst, dann notwendig gewesen sein, wenn das Verbauen des Lichts dem althergebrachten Zustande des Grundstücks widersprach. Die bei Cicero vorkommenden Erwähnungen des *luminibus officere*, *obstruere* (Cic. de har. respons. 15, 53; Brutus 17, 66; pro domo 44, 115) erwiesen das Dasein jener Servitut nicht, sie konnten auf die *servitus luminibus non officiendi* bezogen werden.

ein altes erneuern wollte. Wenn der Zwischenraum zwischen dem Gebäude *ex antiqua forma* und dem Nachbarhause keine zwölf Fuß betrug, so soll der Eigentümer nur, wenn er wenigstens 10 Fuß betrug, *fenestras luciferas* in der Höhe von sechs Fuß über dem Boden anlegen dürfen, nicht aber *prospectivas*. Es ist kaum anzunehmen, daß erst Leo und Zeno diese Unterscheidung zwischen den *fenestrae luciferae* und *prospectivae* aufgebracht haben, wenngleich die angeführten speciellen Bestimmungen von ihnen herrühren mögen. Als schon älteres Recht dürfte anzunehmen sein, daß bei nahe aneinander grenzenden Gebäuden die *vetus forma* nicht durch Anlegung von *fenestrae prospectivae* zur Belästigung des Nachbars abgeändert werden durfte, falls nicht eine besondere *servitus* zur Anlage solcher Fenster erworben war.

Fragen läßt sich noch, für welche *servitutes praediorum urbanorum* besondere *in ius* konzipierte Klageformeln im prätorischen Edikt proponiert waren. Daß bei der besonderen Wichtigkeit der Kloaken eine besondere Formel für die *servitus cloacae mittendae* aufgestellt war, wird, da für den Schutz der Reinigung und Ausbesserung derselben sogar ein besonderes Interdikt proponiert war, niemand bezweifeln. Von vornherein läßt sich auch annehmen, daß die drei von Cicero erwähnten großen Gruppen der *iura parietum, luminum, stillicidiorum,* welche auch zu den *causae centumvirales* gehörten,[1] je durch eine besondere Formelfigur im prätorischen Edikt repräsentiert gewesen sein werden. Was die *iura parietum* betrifft, so waren besondere Aktionsformeln für die *servitus tignum immittendi* bezw. *tignum immissum habendi*[2] und die *servitus oneris ferendi* aufgestellt, ja in Bezug auf diese letztere neben der gewöhnlichen noch eine besondere, deren *intentio* auf *A° A° ius esse cogere vicinum reficere parietem ad onera sua sustinenda* lautete.[3] Auch die *servitutes proiiciendi* und *protegendi* dürften mit einem besondern Formular im Edikt bedacht gewesen sein. Es werden diese Servituten von Gaius und Paulus[4] neben anderen Urbanalservituten besonders mit aufgeführt. Labeo würde auch kaum den Unterschied zwischen *proiectum* und *immissum* in der Weise, wie es in l. 242 § 1 D. de verb. signif. 50, 16 geschehen, erörtert haben, wenn er nicht durch die besonderen Formulare für die *servitutes tigni immittendi* und *proiiciendi* dazu veranlaßt wäre. Ebenso wird von Ulpian in l. 5 § 10 D. de op. n. n. 39, 1 das *in nostrum immittere vel projicere velle* als möglicherweise die *operis novi nuntiatio* veranlassend nebeneinander hervorgehoben, so daß wir annehmen müssen, die *servitus proiiciendi* war eine ebenso fest anerkannte und mit besonderer Aktionsformel ausgerüstete Servitutenfigur, als die *servitus tigni immittendi.* Wohl aber dürfte für die beiden eng verwandten *servitutes proiiciendi* und *protegendi* nur ein beide Fälle berücksichtigendes Formelschema aufgestellt sein. Darauf deutet die Art und Weise hin, wie beide zusammenfassend von Gaius als (*iura*) *proiiciendi protegendive* erwähnt werden. — Was die *iura luminum* betrifft, so gab es unzweifelhaft eine besondere Ediktsformel für die *servitus altius non tollendi* bezw *tollendi.*[5] Nach der Weise aber, in der Cicero und Vitruv allgemein von *iura luminum* reden und der erstere dieselben unter den *causae centumvirales* anführt, ist kaum anzunehmen, daß nur die *servitus altius non tollendi* bezw. *tollendi* eine mit besonderer

[1] Cic. de Or. I, 38, 157.
[2] L. 8 §§ 1—4 D. si serv. vind. 8, 5. L. 36 D. de s. p. u. 8, 2.
[3] L. 6 §§ 2—7, l. 7, l. 8 pr. D. si serv. vind. 8, 5.
[4] L. 2 u. 1 D. de serv. pr. urb. 8, 2.
[5] L. 4 §§ 7 u. 8, l. 6 pr. D. si serv. vind. 8, 5.

Formel bedachte war. Auch die Erörterung des Unterschiedes zwischen *lumen* und *prospectus* von seiten des Paulus-Alfenus,[1] die Aufführung der *servitus ne luminibus officiatur*[2] mitten unter anderen mit besonderen Klagefiguren versehenen Urbanalservituten führen zu der Annahme, daß es auch für die *servitus ne luminibus officiatur* und *ne prospectui officiatur* besondere Ediktsformulare gegeben habe, wobei immer möglich bliebe, daß auch diese verwandten Fälle zu einem sie beide berücksichtigenden Schema zusammengefaßt seien. Ein besonderes Formular für die *servitus luminibus obstruendi* möchte ich auch annehmen. — Ohne Zweifel gab es endlich besondere Ediktsformeln für die *servitutes stillicidii* und *fluminis immittendi* bezw. für die *servitus stillicidii non recipiendi*.[3] Doch können jene beiden nah verwandten Fälle auch sehr gut zu einem Schema zusammengefaßt sein. Damit dürfte aber die Zahl der mit besonderen ediktsmäßigen Aktionsformeln versehenen *servitutes urbanae* erschöpft sein: besondere Formeln z. B. für eine *servitus fumum immittendi* oder *aquae immittendae* gab es nicht. Sollten derartige civilrechtlich zulässige Servituten gerichtlich verfolgt werden, so mußte die Formel im einzelnen Fall dem allgemeinen, in allen jenen einzelnen Ediktsfiguren sich ausprägenden Schema gemäß komponiert werden.

C. Die *servitutes personarum*.

§ 49. Von den später unter den allgemeinen Begriff der *servitutes* gerechneten *iura* an fremder Sache sind wohl am spätesten die sogenannten Personalservituten entstanden. Darüber ist man einverstanden, ohne daß doch über die Zeit, wann diese Personalservituten aufgekommen, eine Übereinstimmung der Ansichten sich kundgegeben, ja überhaupt nur ernstlich danach geforscht wäre. Elvers[4] meint, der *ususfructus* sei bald nach den XII Tafeln, und zwar lange vor den übrigen Personalservituten entstanden, M. Voigt[5] dagegen sieht ihn als ein erst in der zweiten Hälfte des 6. Jahrhunderts aus hellenistischen Rechten in das römische Recht recipiertes Rechtsinstitut an. Was direkte äußere Zeugnisse betrifft, so wird der *ususfructus*, und zwar nicht bloß der an einzelnen Sachen, wie *aedes, servus, ancilla*, sondern auch der *ususfructus omnium bonorum* bei Cicero[6] mehrfach als ein ganz bekanntes Rechtsinstitut erwähnt. Den ältesten direkten Beleg für die Existenz des *ususfructus* bietet wohl die unter den alten republikanischen Juristen P. Scaevola und Manius Manilius auf der einen und M. Brutus auf der andern Seite geführte Kontroverse, ob der *partus ancillae* zu den *fructus* gehöre und also an den, welcher einen *ususfructus* an der *ancilla* habe, falle oder nicht.[7] Daraus nun, daß diese Frage damals noch kontrovers war, schließen zu wollen, daß überhaupt damals der *ususfructus* erst aufgekommen, ist gewiß durchaus unbegründet. Gegen eine zu späte Ansetzung des Aufkommens des *ususfructus* spricht schon die sprachliche Bezeichnung; denn die lebendige Auffassung, in welcher „die ältere Sprache die *copula* zwischen notwendig zusammengehörigen, insbesondere komplementären und zusammen einen Gesamtbegriff bildenden Wörtern durchaus wegläßt, da hier eben eine Einheit vorhanden, also nichts zu verbinden ist“,[8] ging der Sprache später verloren; solche Ausdrücke, wie *ususfructus, emptio ven-*

[1] L. 16 D. de s. p. u. 8, 2. Vgl. auch l. 15 D. eod. tit. [2] L. 2 u. 6 D. eod. tit.
[3] L. 2 D. eod. tit. L. 9 D. si serv. v. 8, 5. Cic. Or. 21, 72.
[4] Die röm. Servitutenlehre S. 18. [5] A. a. O. S. 201 f.
[6] Vgl. nur Cic. Top. 3, 17; 4, 21. [7] Cic. de fin. 1, 4, 12. L. 68 pr. D. de usufr. 7, 1.
[8] Vgl. Mommsen in Hermes I, S. 467.

ditio, dare facere, bonum aequum konnten sich später wohl erhalten, wären aber später nicht aufgekommen. Andererseits kann der *ususfructus* kaum schon aufgekommen sein, als der Begriff der alten *familia pecuniaque* noch in voller, unbeeinträchtigter Kraft stand. Zu den Rechten, welche die (sächliche) *familia pecuniaque* ausmachten, kann der *ususfructus* seiner ganzen Natur nach nicht gehört haben. Daß nicht der Eigentümer selbst, sondern ein Anderer ein unmittelbar die Sache ergreifendes Recht auf den ganzen Nutzen und ordentlichen Ertrag derselben auf lange Zeit hinaus haben solle, lag der altrömischen Anschauung fern: ein Recht, das der *familia* für lange Zeit hinaus keinen Nutzen gewähren konnte, kannte es nicht. Andererseits erwerben der *paterfamilias* und die, welche seiner Gewalt unterworfen sind, das, was sie erwerben, für die *familia*. Ist auch der konzentrierten Einheit der *familia* halber der *paterfamilias* formell rechtlich der einzig Berechtigte und zur Disposition über die sächlichen Bestandteile der *familia* Befugte, so ist doch der, wenn ich so sagen darf, materielle Destinatär für allen Erwerb die *familia*, zu der als aktive Glieder die Frau *in manu*, Söhne, Töchter gehören, was am deutlichsten darin hervortritt, daß sie, falls das Haupt der *familia* nicht gültig anderweitig verfügt, beim Tode desselben *ipso iure* auch als formell bezüglich der sächlichen *familia* berechtigt, als *sui heredes* hervortreten. Das alte Recht kennt nur der *familia* als solcher dauernd dienende, vererbliche Rechte: an das einzelne Individuum unlöslich geknüpfte Rechte, die mit dessen Tode untergehen, stehen mit dem Wesen der *familia pecuniaque* nicht in Einklang. Als aber der alte naturalwirtschaftliche Charakter des Vermögens mehr und mehr abgestreift wurde, als kommerzieller und industrieller Erwerb größere Bedeutung erlangt hatte, Rom in das hellenistische Geld- und Münzwesen eintrat und der Begriff des Vermögens als einer Einheit von Rechten und Verpflichtungen, welche sich sämtlich auf ein größeres oder geringeres Geldquantum reduzieren ließen, sich ausgebildet hatte, war das Verhältnis ein anderes geworden. Mit dieser Umwandlung des Vermögensbegriffes fing auch das Individuum an, eine etwas größere Selbständigkeit der *familia* gegenüber zu erlangen, es kam nicht mehr bloß als Glied der *familia* in Betracht. Schon durch die Zunahme der Freilassungen, welche mit der Steigerung kommerzieller und industrieller Thätigkeit Hand in Hand ging, wurde eine Menge selbständiger Individuen geschaffen, deren Zusammenhang mit der Familie des Patrons doch nicht mehr ein so enger, wie bisher, war. Mit dem Aufkommen und der Verbreitung der Ehen ohne *manus* kamen auch viele Frauen, welche nicht mehr *in patria potestate* waren, in die Lage selbständiger Persönlichkeiten, deren Vermögen nur ihren individuellen Zwecken diente. Das sind die Zeiten, in welchen der *ususfructus* aufgekommen und rechtliche Sanktionierung erlangt haben muß, also etwa in der zweiten Hälfte des 5. Jahrhunderts a. u. Der dem *ususfructus* zu Grunde liegende ökonomische Gedanke ist ja der, daß jemand einem andern rein für dessen Person eine dauernde Einnahme verschaffen bezw. ihm zu diesem Behuf den Genuß eines bestimmten Vermögensstücks gewähren will, „und zwar so, daß einerseits das Recht des Empfängers nicht durch eine persönliche Verpflichtung vermittelt sein, sondern in einer unmittelbaren Beziehung zu der fraglichen Sache bestehen, und daß andererseits diese Sache in dem Vermögen des Gewährenden (bezw. seiner Erben) verbleiben soll".[1] Ein derartiger Ge-

[1] Keller, Institutionen S. 58.

danke konnte, so lange die alte Familienverfassung in der ursprünglichen Strenge aufrecht erhalten wurde, nicht häufig auftauchen: er konnte sich erst häufiger geltend machen und auf Schaffung eines eigenen ihm dienenden Rechtsverhältnisses hindrängen, seitdem es eine Menge einzelstehender Individuen gab, die nicht zu den *familiae* Anderer im strengen Sinne gehörten, aber wegen persönlicher Beziehungen zu einem andern doch auf Bezeigung des Wohlwollens desselben, namentlich in dessen letztem Willen, natürlichen Anspruch hatten. So lag es sehr nahe, daß ein Mann seiner Frau, welche nicht in seiner *manus* stand, testamentarisch eine derartige lebenslängliche, sie unabhängig stellende Versorgung gewährte, ohne doch das Kapitalstück seiner *familia* zu entziehen. Auch einem Freigelassenen, dem der Herr wohlwollte, mochte er nicht selten eine solche Sustentation zu gewähren geneigt sein. Nicht eher aber konnten solche Wünsche die Schaffung eines eigenen Rechtsinstituts bewirken, als sie sich häufig und wiederkehrend in breiten Bevölkerungsschichten geltend machten, und dies läßt erst die vorher bezeichnete Periode als die Zeit des Ursprungs des *ususfructus* vermuten.

Wir haben aber noch weitere Indicien dafür, daß die Entstehung des *ususfructus* nicht in ältere Zeiten zurückversetzt werden darf. Bekanntlich führt Cic. de orat. I, 38, 173 unter den Rechtsfragen, welche *in causis centumviralibus* zur Verhandlung kommen konnten, auch *parietum, luminum, stillicidiorum iura* auf. Wenn nun auch Cicero im allgemeinen nur sagt, daß bei Centumviralprozessen Rechtsfragen, wie über Usukapion, Gentilität, Agnation u. s. w., vorkommen könnten, so kann doch in Bezug auf die *iura parietum, luminum, stillicidiorum* seine Meinung nur die sein, daß diese Rechte selbst Gegenstand einer *legis actio sacramento* sein könnten, welche zur Entscheidung des Centumviralgerichts kommen könne; denn es ist gar nicht abzusehen, wie jene *iura* anders, als als Gegenstand solcher *actio,* in einer *causa centumviralis* vorkommen könnten. Wenn es Cic. Or. 21, 72 heißt: *Quam enim indecorum est, de stillicidiis cum apud unum iudicem dicas, amplissimis verbis et locis uti communibus* etc., so ist damit nicht gesagt, daß die *actio de stillicidiis* nur vor einen *unus iudex* gelangen könne; es zeigt vielmehr diese Stelle nur, daß, wie bei anderen durch *legis actio sacramento* verfolgbaren Sachen, auch hier die Parteien eine *sponsio praeiudicialis* miteinander abschließen und so die Sache vor einen *unus iudex* bringen konnten. Der *ususfructus* aber wird nicht unter den Fragen, welche Gegenstand einer *causa centumviralis* sein konnten, aufgeführt. Aus diesem Schweigen allein würde allerdings nicht entnommen werden können, daß der *ususfructus* nicht durch die mit *vindicare* verbundene *legis actio sacramento* geltend gemacht werden konnte, denn auch die *servitutes rusticae* werden von Cicero an jener Stelle nicht angeführt; aber es kommt ein Moment positiver Natur hinzu, welches zu dieser Annahme führt. In den wohl aus dem prätorischen Edikt selbst, wenn auch nicht unmittelbar, entlehnten Rubriken der Digestentitel VII, 6: *si ususfructus petatur vel ad alium pertinere negetur,* und VIII, 5: *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur* tritt in den Ausdrücken *usumfructum petere* und *servitutem vindicare* eine historische Verschiedenheit hervor. Freilich ist im spätern Sprachgebrauch der Unterschied zwischen dem *vindicare* und *petere* ganz verwischt, beide Ausdrücke werden gleichbedeutend gebraucht, die Ausdrücke *usumfructum petere* und *usumfructum vindicare* werden abwechselnd gebraucht. In Bezug auf die *servitutes* aber, d. h. die Prädialservituten, wird auch später noch regelmäßig der Ausdruck *servitum vindicare* gebraucht, nur vereinzelt kommt *servitutis petitio,*

iter petere vor. Darin, daß hier der Ausdruck *vindicare* zäher festgehalten ist, tritt hervor, daß die Prädialservituten früher wirklich mit der mit dem alten *vindicare* verbundenen *in rem actio,* also in einer Form der alten *legis actio sacramento in rem* geltend gemacht werden konnten. Als in den Ediktsrubriken für die *actio de usufructu* der Ausdruck *petere,* für die *actio de servitute* der Ausdruck *vindicare* gebraucht wurde, war die Erinnerung an den alten begrifflichen Unterschied beider Ausdrücke noch nicht erloschen. Ist nun auch zu leugnen, daß der *ususfructus* jemals vermittelst einer mit *vindicare* verbundenen *legis actio* verfolgt werden konnte, so ist damit doch nicht gesagt, daß er überhaupt nicht durch *legis actio* geltend gemacht werden konnte. Da bei dieser *legis actio de usufructu* die altertümliche Solennität des *vindicere* wegfiel, so stand sie dadurch der spätern Gestalt der Servitutklagen zur Zeit des Formularprozesses näher, als die *legis actio* zur Geltendmachung der Prädialservituten. In solcher dem spätern Verfahren schon näher stehenden Gestaltung der *legis actio de usufructu* würde es seine beste Erklärung finden, daß nach dem Aufkommen des Formularverfahrens zuerst eine Formel für eine *confessoria actio de ususfructu* bezw. eine *negatoria* zur Bestreitung desselben im Edikt proponiert und erst später *ad exemplum earum quae ad usumfructum pertinent* auch entsprechende Formeln in Bezug auf die Prädialservituten aufgestellt sind.

Gewichtiger fällt endlich für eine spätere Entstehung des Usufruktus in die Wagschale, daß derselbe materiell einen viel einschneidendern Eingriff in die Eigentumsbefugnisse enthält, als die Prädialservituten. Formaljuristisch ist zwar auch der *ususfructus* nicht ein aus dem Gesamtumfang des Eigentums losgelöster und zu einem besondern Recht gestalteter Eigentumsbestandteil, sondern nur eine Beschränkung, eine Belastung des Eigentumsrechts; materiell, ökonomisch entbehrt aber der Eigentümer während der Dauer des *ususfructus* der in demselben liegenden Fruchtziehungs- und Gebrauchsrechte völlig. So sagen denn auch die Quellen, ohne daß darin ein Widerspruch zu finden wäre, einerseits, daß der *ususfructus* nicht *dominii pars* sei, nicht *in parte* bestehe, und daß *fundum totum nostrum esse,* auch wenn der *ususfructus alienus* sei;[1] andererseits, daß der *ususfructus in multis casibus pars dominii* sei;[2] *portionis instar obtinet,* daß er ein *emolumentum* enthalte, welches ökonomisch einer *pars dominii* gleich stehe, was bei den *servitutes praediorum* nicht so sei. Dieser Unterschied zwischen dem Usufruktus und den *servitutes praediorum* zeigt sich namentlich darin, daß, wenn dem Käufer einer Sache gegenüber von einem Dritten ein *ususfructus* erstritten wird, der Verkäufer ihm wegen Eviktion haftet, wie wenn jenem eine *pars rei* evinciert wäre; dagegen, wenn eine Prädialservitut erstritten wird, von einer Haftung des Verkäufers nicht die Rede ist,[3] außer wenn dieser eine ihm bekannte Servitut beim Verkauf dolos verschwieg oder die Abwesenheit solcher ausdrücklich garantiert hat. Daraus, daß der *ususfructus emolumentum rei continet,* erklärt sich denn auch, daß das Eigentum nach Abzug des *ususfructus* als *nuda* oder *sola proprietas,* als ein *inutile dominium,*[4] dagegen das Eigentum ohne Abgang jenes *emolumentum* als ein *plenam in re habere potestatem*[5] oder ähnlich bezeichnet wird. Daher wird auch nur in Bezug auf den *ususfructus* von einem *deducere, detrahere usumfructum, dividere* oder *separare usumfructum e*

[1] L. 25 pr. D. de v. s. 50, 16. [2] L. 4 D. de usufructu 7, 1.
[3] L. 66 pr. D. de c. e. 18, 1. L. 15 § 1 D. de evict. 21, 2. L. 59 D. de contr. e. 18, 1.
[4] L. 3 § 2 D. de usufr. 7, 1. [5] § 4 I. de usufr. 2, 4.

proprietate[1] gesprochen, das Vorbehalten von Prädialservituten bei Eigentumsübertragung von Grundstücken wird nie durch jene Ausdrücke, sondern durch *excipere, recipere servitutem* bezeichnet. Auch ging das Vorbehalten in verschiedener Weise vor sich. Da durch den Vorbehalt des *ususfructus* die Eigentumsübertragung inhaltlich vermindert wird, insofern der Veräußerer jenes *emolumentum rei* zurückbehält, so wurde der Vorbehalt in die Rechtsbehauptung der *in iure cessio* bezw. *mancipatio* selbst aufgenommen, sie lautete: *Hunc fundum ex iure Quiritium meum esse aio deducto usufructu* (Fr. Vat. § 50). Dagegen bei Prädialservituten geschah der Vorbehalt in einem von dem Veräußerer der *in iure cessio* oder *mancipatio* beigefügten *legem dicere*, er läßt sich nicht in der Weise, wie der des *ususfructus*, in die Rechtsbehauptung des Erwerbers einfügen, denn dessen Recht wird wohl durch die vorbehaltene Prädialservitut belastet, aber es wird nichts davon abgezogen.[2] Dem entsprechend werden auch nur, wenn *ususfructus* und *proprietas* wieder in derselben Person zusammentreffen, die Ausdrücke: *revertitur, redit ususfructus ad proprietatem*,[3] *consolidatur ususfructus, consolidatio* gebraucht. — Ein derartiger Einschnitt in die Eigentumsbefugnisse, die dingliche Trennung der ganzen Gebrauchs- und Fruchtgenußbefugnisse vom Eigentum, entsprach gewiß nicht den Anschauungen der Zeit, welche den Begriff der alten *familia pecuniaque* unversehrt erhielt. Gebrauch und Genuß der Sache waren für den Eigentümer und dessen *familia* bestimmt, eine *nuda proprietas* mit bloßer Expektanz auf demnächstige Wiedervereinigung mit dem *ususfructus* war dieser Zeit fremd; eine solche dingliche Abteilung der Nutzung des Gutes von dem Gut, welches der Träger der Nutzung ist, setzt schon veränderte wirtschaftliche Zustände voraus. Als infolge der vorher bezeichneten Umstände der Gedanke der Möglichkeit eines *ususfructus* aufgekommen war, ergaben sich aber auch aus dem ökonomischen Zweck desselben die ihm zu steckenden Grenzen. Es handelte sich darum, einem bestimmten Individuum eine auf eine körperliche Sache radizierte Versorgung oder Sustentation zu gewähren. Daraus ergab sich zunächst die Unveräußerlichkeit und Unvererblichkeit des Rechts, denn sonst hätte dasselbe nicht mehr den Zweck der Versorgung eines Individuums innegehalten. Ferner ergab sich daraus die Grenze, wonach das Recht des zu Versorgenden auf Gebrauch und Genuß der Sache beschränkt sein, nicht aber die Substanz des Sachkörpers selbst ergreifen soll. Nutzung einer Sache ist etwas durch die Zeit sich Hindurchziehendes, Andauerndes, sie vermag, vorausgesetzt, daß das zu nutzende Gut dauernder Natur ist, vollständig dem Zweck lebenslänglicher Versorgung eines Individuums zu genügen. Diesem auch ein Recht an der Substanz der Sache, welche die Lebenszeit des zu Versorgenden überdauern kann, zu gewähren, würde über jenen Zweck hinausgehen; es würde andererseits die dem Eigentümer bezw. seinen Erben verbleibende *proprietas* zu wertlos machen und die scharfe Grenze zwischen Eigentum und *ius in re aliena* verwischen. Jegliche vernünftige Nutzung der Sache soll der zu Begünstigende aber haben, ohne daß dabei das Maß seines Bedürfnisses eine Grenze ziehen sollte. Um jeglichen ordnungsmäßigen Nutzen, welchen das Sachobjekt gewähren kann, zusammenzufassen, sind in der nach seinem Inhalt gewählten Bezeichnung des Rechts *usus* und *fructus* zusammengestellt, wobei zu beachten ist, daß asyndetische Zusammenstellung auch von nur zwei Gliedern gerade bei Ausdrücken

[1] Vgl. nur § 1 I. eod. tit. [2] L. 6 pr., l. 10 D. communia pr. 8, 4.
[3] L. 3 § 2, l. 51 D. de usufr. 7, 1. L. 3 § 1 D. de usufr. accresc. 7, 2.

der Rechtssprache zur genauern Bezeichnung des vollen Begriffs oder Inhalts, um den es sich handelt, vorkommt (vgl. *dare facere, aequum bonum*). Das Recht zum *frui* ist die Befugnis, die *fructus* der Sache, d. h. zunächst die neuen Sachen, welche sie vermöge der ihr innewohnenden Gebärkraft ohne oder mit hinzukommender menschlicher Bearbeitung in periodischer Wiederholung aus sich hervorbringt, sich anzueignen. Dieses *frui* setzt eine Handlung voraus: die Besitzergreifung der Früchte, welche für den Eigentumserwerb des Usufruktuars entscheidende Thatsache ist. Tritt diese Perzeption ein, so gilt er nicht etwa vom Moment dieser, sondern von dem vielleicht schon frühern Moment der Trennung der Frucht als Eigentümer derselben. Vom Eigentümer, welchem schon vermöge Separation der Frucht ohne irgend welche Thätigkeit seinerseits das Eigentum derselben zufällt, wird nicht gesagt: *fruitur*. Treffend sagt mit Bezug darauf Mommsen:[1] „Wie deutlich die Sprache empfindet, daß nicht der Eigentümer auf seinem, sondern nur der Nichteigentümer auf fremdem Boden nutzt, lehrt der *ususfructus* des Privatrechts." Möglich ist nun, daß der Usufruktuar ursprünglich auf die natürlichen Früchte beschränkt war, und daß man erst später eine Übertragung der Ausübung des *ususfructus* an einen andern, ein *locare* oder *vendere usumfructum* zuließ und so das Recht des Usufruktuars auch auf Einkünfte zuließ, welche die Sache ihm vermöge solcher Übertragung der Ausübung des *ususfructus* an einen andern abzuwerfen vermochte. Ebensowohl ist es aber möglich, daß die Ausdehnung des Fruchtbegriffes auf die sogenannten *fructus civiles* schon vor Aufkommen des *ususfructus* stattgefunden hatte, denn nachweislich wurde die Einziehung der Gelder für die Nutzung der Gemeindeweiden und des sonstigen Gemeindelandes durch die Publikanen als ein *frui* des Gemeindelandes aufgefaßt, und die Verpachtung der Einziehung solcher Nutzungsgelder dürfte älter sein, als der privatrechtliche *ususfructus*. Der dingliche Schutz allerdings, den der *emtor ususfructus* genoß, gehört erst einer spätern Zeit an, er ist ein nicht dem Civilrecht bekannter, sondern besteht nur in magistratischer *tuitio*. Nicht außer acht zu lassen ist, daß, wie das *colere* oder sonstige Behandeln der Sache zum Zweck der Fruchterzeugung noch kein *frui*, sondern nur ein *uti fruendi causa* ist, so auch das bloße Abschließen von Rechtsgeschäften zum Zweck der Beziehung von *fructus civiles* noch nicht als *frui* angesehen werden kann, sondern nur *fruendi causa* geschieht. Erst das Beziehen der Pachtgelder für die Ausübung des *ususfructus* ist ein *frui*, ebenso wie seitens des Publikanen noch nicht das *fruendum conducere*, sondern die Einziehung der Nutzungsgelder selbst ein *frui* des Gemeindelandes ist.

Was den andern Bestandteil des *ususfructus* anlangt, so geht aus der Nebeneinanderstellung des *usus* und *fructus* in der Bezeichnung des Rechts hervor, daß *uti* hier nicht in einer allgemeinen das *frui* mitumfassenden Bedeutung genommen, sondern als ein von demselben verschiedener Nutzen der Sache gedacht ist, und da beides zusammengenommen alles Nutzen der Sache umfassen soll, so kann *uti* nur jedes Gebrauchen der Sache bedeuten, zu welchem dieselbe ihren Eigenschaften und Kräften nach tauglich ist, mit Ausnahme der Fruchtaneignung. Eine Grenze ist aber dem *uti* schon seinem Begriff nach gezogen, die nämlich, daß die Substanz der zu gebrauchenden Sache nicht angegriffen werden darf, woran man sich nicht etwa dadurch irre machen lassen darf, daß in der Legaldefinition des Rechts das *salva rei substantia* besonders

[1] Staatsrecht II, 1^2, S. 431.

hervorgehoben ist. Die Sache ganz oder teilweise verzehren, ist kein *uti*, sondern ein *abuti*. Nirgends tritt das so scharf hervor, als in der Äußerung Ciceros de legib. I, 8: *pecudes esse partim ad usum hominis, partim ad fructum, partim ad vescendum procreatas.* Dadurch nun, daß dem einen das Recht an der Substanz der Sache verbleiben, dem andern aber das volle *uti frui* und damit natürlich auch zum Zweck der Vornahme desselben die Detention der Sache zukommen soll, werden ihre Interessensphären in so nahe Beziehung zu einander gebracht, daß leicht eine Kollision zwischen denselben entstehen kann. Ohne unmittelbar in die Substanz der Sache einzugreifen, kann der Usufruktuar sein Recht in einer Weise ausüben, daß dadurch die Sache rasch verschlechtert wird. Wegen gewisser positiver den Eigeetümer benachteiligender Handlungen in Bezug auf die Sache hat zwar zweifellos jener Klagen gegen den Usufruktuar, so die *actio legis Aquiliae*,[1] das *interdictum quod vi aut clam*,[2] die *actio servi corrupti* und *iniuriarum*.[3] Aber wie stand es bezüglich des Schadens, den der Usufruktuar durch rücksichtslose Ausbeutung der Sache und Unterlassen der nötigen Sorge für dieselbe dem Eigentümer zufügte? Dagegen, meint man, habe sich der Konstituent des *ususfructus* urpsrünglich nicht anders schützen können, als dadurch, daß er bei der Bestellung dem Usufruktuar die persönliche Verpflichtung auferlegte, die Sache wie ein *bonus paterfamilias* zu benutzen. Die Verpflichtung, dem Proprietar eine *cautio usufructuaria* zu stellen, ist allerdings erst durch das prätorische Edikt für den Fall eines legierten *ususfructus* aufgestellt, und diese Verpflichtung ist dann demnächst auf andere Entstehungsarten des *ususfructus* (*si ex alia quacumque causa constitutus fuerit ususfructus*) ausgedehnt worden. Daraus zu schließen, daß es zur Zeit der ersten Aufstellung jener Kaution im Edikt noch keine anderen Bestellungsweisen des *ususfructus* gegeben habe, als das Legat, ist meines Erachtens nicht richtig; ebensowenig, daß vor Ausdehnung der Kaution auf andere Bestellungsweisen der Proprietar in anderen Fällen gegen den Usufruktuar gar kein Rechtsmittel wegen Unterlassung der geziemenden Sorge für die Sache gehabt habe. Wenn der Usufruktuar die gewöhnlichen erforderlichen Reparaturen unterließ, wenn er nicht wie ein *paterfamilias* sein Recht ausübte, so konnte der Proprietar die *iurisdictio* des Magistrats anrufen und dieser vermöge derselben einen *arbiter* bestellen, welcher die Sache prüfte und je nach Befund dem Usufrusktuar auferlegen konnte, die nötige Reparatur vorzunehmen oder sein Recht in der gehörigen Weise auszuüben (l. 7 §§ 2, 3; l. 9 pr. D. de usufructu 7, 1). Die Aufstellung der Kaution geschah weniger in der Absicht, eine Klagmöglichkeit überhaupt erst zu schaffen, als in der, dieselbe zu erweitern und fester zu begründen, namentlich aber, um dem Proprietar durch die *satisdatio* Sicherheit eventuellen Schadenersatzes zu verschaffen; *nam*, sagt Julian in l. 13 D. de usufr. 7, 1 zur Begründung der Satisdationspflicht, *sicuti debet usufructuarius uti frui, ita et proprietatis dominus securus esse debet de proprietate.* Gerade darum ist die Satisdationspflicht im Edikt für den Fall des legierten Ususfruktus aufgestellt. Wer unter Lebenden einen Ususfruktus bestellt, kann selbst durch Verabredung einer *satisdatio* für sein Interesse sorgen; thut er es nicht, so hat er einen infolge dieser Unterlassung ihn treffenden Schaden im Grunde seiner eigenen Sorglosigkeit zuzuschreiben. Für den Testator dagegen,

[1] L. 13 § 2, l. 15 § 3 D. de usufr. 7, 1. [2] L. 13 § 2 D. cit.
[3] L. 66 D. eod. tit.

der einen *ususfructus* legiert, ist es schon an sich schwieriger, in passender Form für die Sicherheit des Erben zu sorgen, und wenn er es unterläßt, leidet darunter nicht mehr er selbst, sondern der Erbe. Aus dieser Erwägung erklärt es sich auch, daß dem, welchem ein *ususfructus* legiert ist, die Verpflichtung zur *satisdatio* im Testament nicht erlassen werden kann.[1] Will der Testator dem Erben die Proprietät belassen, so erscheint der Erlaß der *satisdatio* als eine unzulässige Beeinträchtigung von dessen Interessen. Diese Erwägung greift nicht Platz, wenn bei Bestellung des *ususfructus inter vivos* der Konstituent die Kaution erläßt: will er sein eignes Interesse beinträchtigen, so hat er das mit sich selbst abzumachen. Die Verpflichtung zur *satisdatio* im Fall der Bestellung des *ususfructus* unter Lebenden beruhte ja nur, wie bemerkt wurde, auf einer Ausdehnung der Ediktsbestimmung, welche Ausdehnung sich wohl an die Sitte anlehnte, bei der Bestellung des *ususfructus* sich eine *satisdatio* bestellen zu lassen, also die Verpflichtung zur *satisdatio* annahm, auch wenn der Besteller selbst bei der Bestellung es unterlassen hatte, für das *satisdare* Sorge zu tragen. Danach konnte man, wenn er ausdrücklich die Verpflichtung zur Stellung erlassen hatte, gewiß eine solche nicht annehmen. Auf den Inhalt der *cautio usufructuaria* und den Einfluß, welchen sie auf die Ausbildung der Lehre vom *ususfructus* ausgeübt, wird erst an späterer Stelle einzugehen sein.

Möglich ist, daß in Bezug auf die Gegenstände der *ususfructus* bei seinem ersten Aufkommen ein beschränkteres Anwendungsgebiet gehabt hat, als zur Zeit seiner vollen Ausbildung, daß er etwa nur am Feldland mit seinen Sklaven und Tieren oder gar nur an Feldgrundstücken möglich gewesen ist. Besondere Anhaltspunkte für solche anfängliche Beschränkung haben wir, so viel ich sehe, nicht; denn den ursprünglichen Sinn des Wortes *fructus,* wonach darunter nur Bodenfrüchte begriffen sind, kann man dafür nicht anführen; es mag beim Aufkommen des *ususfructus* dieser ursprüngliche Begriff schon eine bedeutende Erweiterung erfahren haben.

Wie wahrscheinlich aus dem einen Bestandteil der umfassendern Prädialservitut des *itus actus* erst das *ius itineris* als besonderes entwickelt ist, so ist auch der umfassendere *ususfructus* dem speziellern *usus* historisch vorausgegangen. Bekanntlich hat Puchta[2] das Gegenteil angenommen, seine Auffassung ist aber mit Recht von anderen bekämpft worden. Es spricht dagegen die ganze Behandlung beider Personalservituten von seiten der römischen Jurisprudenz. Der *ususfructus* wird als die Normalfigur der Personalservitut überall in den Vordergrund gestellt und am eingehendsten erörtert, der *usus* dagegen wird mehr anhangsweise behandelt, auf ihn ist manches vom *ususfructus* Geltende erst übertragen. Sodann spricht aber auch der ganze mehr künstliche Charakter des *usus* dagegen, ihn als die ursprüngliche und normale Personalservitut zu betrachten. Der in die Augen fallende und sich schon in der Bezeichnung des Rechts kundgebende Unterschied zwischen *ususfructus* und *usus* ist der, daß der letztere nur das Recht zum *uti* der Sache, nicht zum *frui,* giebt, wie das auch noch besonders ausgesprochen wird, z. B. in l. 2 D. de usu 7, 8 von Ulpian: *Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest.* Es ist also das *uti* hier

[1] L. 6 pr. D. ut in poss. 36, 4. L. 7 C. eod. tit. 6, 54. L. 1 C. de usufr. 7, 33. Vat. Fr. § 33.

[2] Pandekten § 179, Institutionen §§ 252, 255.

in dem engern, das *frui* ausschließenden Sinne genommen. Gerade dadurch aber, daß das *uti* hier nicht zusammen mit dem *frui*, sondern allein für sich den Rechtsinhalt bildet, spitzt sich, möchte ich sagen, der Begriff desselben zu, oder prägt sich in seiner ganzen Eigentümlichkeit, ungemildert durch eine daneben bestehende Befugnis zum *frui*, aus. Aus der Beschränkung des Rechts auf das *uti* folgt, daß das *ius utendi* ein auch seinem objektiven Gehalt nach persönlicheres Recht ist, als der *ususfructus*. Es ist nicht gleichgültig, ob A oder B die Sache körperlich gebraucht; die Ausübung des Gebrauchsrechts einem andern überlassen, ist kein Gebrauchen der Sache, der *usus* ist daher nicht einmal der Ausübung nach übertragbar. Man könnte einwenden, es folge das nicht aus dem Begriff des *uti*, denn auch der *ususfructus* enthalte die Befugnis zum *uti* und sei doch seiner ganzen Ausübung nach übertragbar. Diesen Einwand kann man nicht mit KELLER[1] mit dem Hinweis darauf widerlegen, daß das andere Element, der *fructus*, als das reichere und in dem Getriebe des Verkehrs mehr geübte, wichtigere, regelmäßige überwog. Immerhin ist im *ususfructus* das *uti* keineswegs bloß Mittel für das *frui*, sondern ein selbständiger Bestandteil des Rechtsinhalts. Aber das Überlassen des *uti* an einen anderen für den Empfang einer Vergeltung ist kein *uti* mehr, sondern ein *frui*, zu welchem wohl der Usufruktuar, nicht aber der Usuar berechtigt ist.[2] Auch die liberale, unentgeltliche Überlassung der Ausübung des *ususfructus* an einen andern schließt, wie IHERING[3] mit Recht sagt, einen Genuß in sich; auch die römischen Juristen sehen darin eine Ausübung des *ususfructus*, das Beziehen eines *lucrum* (l. 12 § 2 D. de usufr. 7, 1. L. 54 § 1 D. de furtis 47, 2. L. 7 D. de serv. export. 18, 7. L. 78 § 2 D. de iure dot. 23, 2). Die Brauchlichkeit der Sache steht aber, auch wenn er nicht immer des Gebrauchs der ganzen Sache bedarf, völlig zur Disposition des Usuars, und zwar derart, daß er auch andere zu ihm gehörige Personen, seine Hausgenossenschaft, gleichsam sein erweitertes Ich, an demselben teilnehmen lassen kann, ohne daß darin eine unzulässige Übertragung der Ausübung des Rechts gesehen wird. Allerdings mag man in der Abgrenzung des Kreises der Personen, die der Berechtigte an seinem *uti* teilnehmen lassen darf, ursprünglich nicht so weit gegangen sein, wie späterhin. Ursprünglich mag der Kreis dieser Personen auf die *familia* des Hausvaters, seine Frau (auch die nicht in *manu* stehende), Söhne, Sohneskinder, Sklaven, beschränkt gewesen sein. Aber bald dehnte man den Begriff der häuslichen Gemeinschaft weiter aus, wenn auch wohl nicht ohne Dissens im einzelnen. Es war fraglich, *fuit quaestionis*, sagt Ulpian,[4] ob der, welcher einen *usus* an einem Hause hatte, auch seine *liberti* mitwohnen lassen durfte. Auch das ließ man zu, daß der Berechtigte *hospites* und *clientes* in das Haus aufnehmen dürfe, aber die Institutionen (§ 2 de usu et habit. 2, 5) sagen doch: *et vix receptum videtur, ut hospitem ei recipere liceat.* Zweifel haben offenbar auch darüber bestanden, ob eine Frau, der ein *usus* an einem Hause hinterlassen, dieses mit ihrem Ehemanne bewohnen könne. Quintus Mucius[5] war

---

[1] Institut. S. 60.

[2] Dafür, daß in der Überlassung der Ausübung des *ususfructus* für eine Vergeltung an einen andern ein *uti*, kein *frui* liege, könnte man sich auf l. 12 § 2 D. de usufr. 7, 1 berufen: — *nam et qui locat, utitur, et qui vendit, utitur;* aber hier ist *uti* nicht im Gegensatz des *frui* genommen, sondern es handelt sich hier um die für das *retinere usumfructum* erforderliche Ausübung des Rechts.

[3] Geist III, 1[2], S. 335. [4] L. 2 § 1 D. de usu 7, 8. [5] L. 4 § 1 D. eod. tit.

der erste, der dies zuließ, von der Erwägung ausgehend, daß die Frau sonst, während sie selbst das Haus bewohne, des ehelichen Zusammenlebens mit ihrem Manne entbehren müsse, und noch weitergehend nahm dann Pomponius an, daß sie auch den Schwiegervater bei sich wohnen lassen dürfe (l. 4 § 1 D. de usu 7, 8); jedenfalls, fügt Paulus in l. 5 D. de usu 7, 8 hinzu, dann, wenn der Mann bei ihr wohne. Als *hospes* soll aber die Usuarin nur einen solchen bei sich aufnehmen, welcher ehrbarerweise bei ihr wohnen könne.[1] Die weiteste Ausdehnung scheint auf Anregung Labeos erfolgt zu sein: er nahm an, daß der Usuar auch einen *inquilinus* neben sich wohnen lassen könne, und Ulpian erläutert das näher dahin, daß der selbst das Haus bewohnende Usuar die Räumlichkeiten, welche er nicht selbst brauche, vermieten könne; aber der Ausdruck, dessen er sich dabei bedient *„non erit ei invidendum"* zeigt seine Meinung, daß man damit streng genommen schon die Grenze des zulässigen *uti* überschritten habe; aber es schien dies unbedenklich, da jedenfalls die gesamten Räumlichkeiten während der Dauer des Usus dem Proprietar entzogen sind und zur Disposition des Usuars stehen, auch wenn er sie nicht wirklich gebraucht. Es führt uns jene Entscheidung aber auf die Frage, ob bezw. inwieweit das *uti* sich auf die Früchte der Sache erstrecke. Es ist dieselbe von den römischen Juristen namentlich in Bezug auf den *usus* an einem Landhause erörtert. Daran ist festzuhalten: ein Recht zum *frui,* d. h. auf Aneignung von Früchten der Sache vermittelst Perzeption, Inbesitznahme derselben, hat der Usuar nicht, auch nicht in Beschränkung auf das Maß seines Bedürfnisses. Es ist nur gesagt, *pomis, oleribus* u. s. w., *usurum* oder *sumturum.* Mit Recht haben daher Vinnius,[2] Loebell,[3] Bechmann,[4] Bürkel,[5] Scheurl[6] behauptet, daß dem Usuar vom römischen Recht bezüglich der Früchte, die er sich zum Verbrauche nehmen könne, nur eine Konsumtionsbefugnis zuerkannt werde. Er hat kein Recht, das Grundstück zu kultivieren, das weibliche Tier zur Züchtung zu verwenden, er kann nur unter bestimmten Voraussetzungen von den vorhandenen Früchten nehmen und verbrauchen. Unter allen Umständen ist der Usuar dabei auf das Maß des Bedürfnisses seiner selbst und seines Hauses in dem dargelegten Sinne beschränkt. Darin zeigt sich, daß in der Zulassung des Früchteverbrauchs erst eine spätere Ausdehnung des Begriffs des *uti* liegt, denn sonst steht ihm das *uti* der ganzen Sache unbeschränkt zu, auch wenn die Brauchlichkeit der Sache seine Bedürfnisse übersteigt. Kann er doch bei einem *usus fundi*[7] den Eigentümer und dessen *familia urbana* sogar hindern, dort zu wohnen (selbst wenn Raum genug vorhanden wäre); nur zum Zweck der Ernte muß er in den betreffenden Zeiten den Eigentümer dort wohnen lassen. Daß die Brauchlichkeit der Sache unbeschränkt zur Disposition des Usuars steht, gilt sogar beim *usus fundi* für den *penus,* den für das Grundstück angelegten Speisevorrat, die *cella vinaria* und *olearia.*[8] Davon kann der Usuar ganz unbeschränkt nehmen, ohne daß gefragt werden dürfte,

---

[1] L. 7 D. eod. tit. [2] Inst. com. lib. II, tit. 5.

[3] *Quaedam de usu et fructu* p. 11: *Utetur igitur fructibus pariter ac ipso fundo eiusque accessionibus, neutiquam vero ut fructuarius percipiet fructus, quapropter, priusquam fructus ad victum suum consumserit, eos suos non facit.*

[4] Über Inhalt u. Umfang d. Personalservitut des Usus S. 59 ff.

[5] Beiträge z. Lehre vom Nießbrauch S. 6 f.

[6] Krit. Vierteljahrsschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtswissensch. III (1861), S. 303.

[7] L. 10 § 4 D. eod. tit. [8] L. 10 § 4 cit. L. 15 pr. D. eod. tit.

ob darin nicht ein *abusus*, eine Überschreitung des Bedürfnisses liege, denn dieser (für ein Jahr) aufgespeicherte Vorrat ist einmal zum Verbrauch des zum Bewohnen des Hauses Berechtigten bestimmt. Anders steht es bezüglich der Früchte der Sache, die nicht als zum Grundstück gehörige Vorräte aufgespeichert sind. Dem Verbrauch derselben sind Grenzen gezogen: zunächst die, welche das Bedürfnis des Usuars und seines Hauswesens enthält; er soll hier nehmen *non ad compendium, sed ad usum, scilicet non usque ad abusum*, nur soviel, *quod ad victum sibi suisque sufficiat.*[1] Er wird also außer den Früchten, welche in dem *penus* sich befinden, falls dieser Vorrat schon ausreicht, weiter gar nichts verzehren dürfen; nur wenn der *penus* davon nichts enthält, darf er von den Früchten des Grundstücks verzehren. Steht ihm aber nicht der *usus* des *fundus* schlechthin, sondern nur der der *villa* oder des *praetorium* zu, so scheint damit noch eine andere Beschränkung gegeben zu sein. Man konnte sagen, hier habe der Usuar kein Recht, von den auf dem Felde gezogenen Früchten, von dem, was die Ackerwirtschaft hervorbringe, sondern nur, von denen, welche der zur Landhauswirtschaft gehörige Gartenbau hervorbringe, welche in Obst- und Gemüsegärten gezogen werden, zu verbrauchen. So sagte denn auch Nerva, daß der Usuar hier nur *lignis ad usum cottidianum et horto et pomis et holeribus et floribus et aqua*, auch *stramentis et sarmentis*, aber nicht *foliis neque oleo neque frumento neque frugibus usurum*, und damit hielt er gewiß an der ältern Auffassung fest. Sabinus, Cassius, Labeo und Proculus aber wollten weiter gehen, sie gestatteten dem Usuar überhaupt von dem, *quae in fundo nascantur*, nach dem Maße seines und seines Hauswesens Bedürfnis zu verbrauchen, indem sie dabei wohl den zu ihrer Zeit sich geltend machenden Verkehrsanschauungen folgten und diese namentlich bei der Auslegung eines legierten *usus villae* zu Grunde legten. Den Unterschied aber machte doch noch Ulpian, daß der Usuar von den Produkten des Gartenbaus auch in die Stadt mitnehmen dürfe, von den Feldfrüchten aber nur bei dem Aufenthalt in der *villa* selbst verzehren dürfe, während in älterer Zeit vielleicht überhaupt die Zulässigkeit des Verbrauchs an die Zeit des Aufenthalts in der *villa* geknüpft war. Ulpian fügte auch noch hinzu, daß die äußere Lebensstellung (die *dignitas*) des Usuars eine reichlichere Bemessung des Bedürfnisses bezw. des zulässigen Verbrauchs rechtfertige.[2] Da die Erstreckung des *uti* auf Früchteverbrauch auf späterer Ausdehnung beruht, so ist es begreiflich, daß man dabei je nach dem Objekt des Usus, den Auffassungen des Lebens entsprechend, hier weiter, dort weniger weit gegangen ist. So wird beim *usus pecoris relictus* dem Usuar im allgemeinen kein Verbrauch von Früchten zugestanden *(neque lana neque agnis neque lacte usurum: haec enim magis in fructu esse)*,[3] doch wird ihm ein mäßiger Verbrauch von Milch zugestanden, mit dem Hinweis darauf, daß man letztwillige Bestimmungen nicht so eng interpretieren dürfe. Immer macht sich hier aber bei den Juristen die Erwägung geltend, daß man streng genommen bei der Gestattung des Früchteverbrauchs den

[1] L. 12 § 2 D. eod. tit.

[2] Aus dem auf Früchteverbrauch erstreckten *uti*, das auf das Maß des Bedürfnisses beschränkt ist, im Gegensatz des *frui*, welches auf sämtliche Früchte der Sache geht, erklärt sich der Sinn, in welchem z. B. Seneca das *uti* nimmt, ein Sinn, der in dem Wort an sich nicht liegt. *De vita beata c. 10: tu voluptatem complecteris, ego compesco; tu voluptate frueris, ego utor.*

[3] L. 12 § 2 D. eod. tit.

Begriff des *usus* überschreite. Zu berühren bleibt hier noch die Frage, inwiefern die römischen Juristen das Zustandekommen eines *fructus sine usu* für möglich gehalten haben.[1] Für ungültig erklärten sie es,[2] daß von vornherein ein *fructus deducto usu* legiert werde, und zwar deshalb, weil ein *fructus sine usu esse non potest.* Diese Entscheidung erklärt sich also aus der gerade in Bezug auf Legate Platz greifenden Wortinterpretation; denn der Wille der Konstituenten geht doch nicht dahin, daß dem Fruktuar der zur Ausübung des *fructus* erforderliche *usus* entzogen sein solle. Ebenso nahmen sie an,[3] daß wenn zunächst der *ususfructus* legiert, dann der *usus* genommen werde, die *ademptio* nichtig sei, offenbar, weil sie der Ansicht waren, daß nicht von Anfang ein *fructus sine usu* bestellt werden könne. Sodann waren sie der Ansicht, daß, wenn gleichzeitig dem einen der *usus,* dem andern der *fructus* legiert werde, der, welchem der *fructus* legiert sei, mit dem andern bezüglich des *usus* überhaupt konkurriere, nicht etwa bloß den für die Ausübung des *fructus* erforderlichen *usus* habe.[4] Hier war also wieder nur ein durch den Mitusus des andern beschränkter *ususfructus* zustande gekommen. Dagegen sahen sie es für möglich an, daß zunächst dem einen der *usus,* dann vom Erben des Eigentümers dem andern ein *fructus* legiert oder in anderer Weise bestellt werde, hier also ein *fructus sine usu* zustande komme.[5] Ebenso statuierten sie es als zulässig, daß, wer die Bestellung eines *ususfructus* sich durch Stipulation habe versprechen lassen, von dem geschuldeten *ususfructus* den einen Bestandteil, den *usus,* durch *acceptilatio* erlasse.[6] Danach müssen sie also Bestellung eines *fructus sine usu* in der Form der *in iure cessio* für möglich gehalten haben. Also nur bei der Auslegung der Legate hielt man in der oben dargelegten Weise an dem starren Satze fest, daß ein *fructus sine usu esse non potest.* In älterer Zeit mag man aber diesen Satz allgemein durchgeführt und einen *fructus sine usu* überhaupt nicht zugelassen haben.

D. Begründung und Aufhebung der Servituten.

§ 50. Über die Begründung der Servituten können wir uns kurz fassen. Daß das dingliche *ius incorporale*, welches durch eine *in rem actio,* die *confessoria,* geltend gemacht wurde, in der Form des Scheinprozesses, der *in iure cessio,* bestellt werden konnte, mochte es sich um eine Personal- oder Prädialservitut, um eine *servitus rustica* oder *urbana* handeln, stand schon lange in republikanischer Zeit fest. Zwar ist die Servitutenbestellung nicht der älteste Fall der Anwendung der *in iure cessio;* seit es aber städtische Servituten und Personalservituten gab, werden sie in jener Form bestellt sein, denn die Mancipation fand nur Anwendung auf die *servitutes rusticae.*

Auch daß bei Veräußerung eines Grundstücks in der Form der Mancipation oder der *in iure cessio* durch *deducere* oder *recipere* ein Servitutrecht an der in das Eigentum eines andern übergehenden Sache vorbehalten werden kann, ist schon bemerkt und zugleich der Unterschied in der Art des Vorbehalts

[1] Darüber insbesondere Keller in d. Ztschr. f. gesch. Rechtswissensch. XV, S. 133 ff.
[2] L. 14 § 1 D. de usu 7, 8. [3] L. 14 § 1 D. cit.
[4] Paul. III, 6, 25. L. 14 § 2 D. de usu 7, 8. L. 42 pr. D. de usufr. 7, 1.
[5] L. 14 §§ 1—3 D. de usu 7, 8. L. 5 § 2 D. usufructuarius quemadmod. caveat 7, 9.
[6] L. 13 § 3 D. de acceptilatione 46, 4.

bei Personalservituten und Prädialservituten hervorgehoben.[1] In demselben Moment, in welchem das Eigentum auf den Erwerber übergeht, entsteht auch das Servitutrecht in der Person des Veräußerers, wie das am klarsten die Art des Vorbehalts eines *ususfructus* zeigt: *Aio hunc fundum meum esse deducto usufructu* (Vat. fr. § 50). Im Moment des Vorbehalts ist der Veräußerer noch Eigentümer, kann also noch *servitutem imponere;* es steht dem nicht entgegen, daß er kein Servitutrecht an eigener Sache erwerben kann, denn in demselben Moment, in welchem sein Servitutrecht entsteht, geht das Eigentum der Sache auf den neuen Erwerber über.

Als Grund der Unmöglichkeit einer Entstehung von Servitutrechten durch *usucapio* führen die Juristen der Kaiserzeit an, daß eine *res incorporalis,* wie die Servitut, nicht tradiert, nicht besessen werden könne.[2] Dabei meldet nun aber Paulus beiläufig, daß die Usukapion, *quae servitutem constituebat,* durch eine *lex Scribonia* aufgehoben sei.[3] Was mag der Grund dieser Anordnung gewesen sein? Beigetragen dürfte dazu haben die veränderte Auffassung der Usukapion körperlicher Sachen. Ursprünglich wird der Eigentumsersitzung und der Servitutenersitzung dieselbe Auffassung zu Grunde gelegen haben: der Rechtserwerb geschah durch *usus* während der gesetzlich bestimmten Zeit, d. h. durch Ausübung des Eigentumsinhalts und des Servitutsinhalts. Diese Gleichheit der Auffassung konnte nicht Bestand behalten, seitdem nach Ausbildung der Besitzlehre infolge des Aufkommens der possessorischen Interdikte die Erfordernisse der Eigentumsusukapion sich distinkter ausbildeten und der Satz aufgestellt wurde, daß fortdauernde *possessio* zu derselben erforderlich sei. Eine *possessio* des unkörperlichen Servitutsinhalts war nicht denkbar. Sollte man nun die *usucapio* von Servituten für unmöglich erklären oder die Erfordernisse derselben anders bestimmen? Die Unmöglichkeit gleichmäßiger theoretischer Auffassung der Servitutenersitzung und Eigentumsersitzung wird die Beseitigung der erstern gewiß nicht bewirkt haben. Praktische Gründe müssen den Ausschlag für die Aufhebung gegeben haben. Vielleicht hat die Servitutsersitzung zu zu vielen Streitigkeiten Veranlassung gegeben, so daß sie ihren Zweck, die Herstellung eines gewissen Rechtszustandes, nicht erreichte. — Daß jene alte *usucapio servitutum* nur bei den *servitutes praediorum urbanorum* vorgekommen sei, wie vielfach angenommen wird, dafür spricht kein haltbarer Grund. Man hat jene Annahme besonders darauf gestützt, daß bei *servitutes praediorum rusticorum* schon aus allgemeinen Gründen, nämlich wegen der mangelnden Kontinuität der Ausübung, die Usukapion ausgeschlossen werde, allein dieser Grund paßt nur für die spätere Auffassung der Usukapion, wonach sie fortdauernden Besitz verlangte, nicht auf die ältere, wonach sie (und zwar sowohl die Eigentums- wie die Servitutsersitzung) nur fortgesetzte Ausübung des Rechtsinhalts erforderte. Daß diese Ausübung durch intermittierende Handlungen geschieht, steht der Fortgesetztheit der Ausübung nicht im Wege. Eher könnte man mit Keller[4] vermuten, daß die Personalservituten, wie von dem alten Begriff der *servitus* selbst, so auch von jener alten *usucapio servitutum* ausgeschlossen gewesen seien. Die Zeit der *lex Scribonia* kennen wir nicht, doch dürfte sie kaum erst in die letzten

[1] Gai. Inst. II, 33. Vat. Fr. § 47. Andere Quellenbelege bei Windscheid, Pandekten I, § 212, A. 10.

[2] L. 4 § 27 (28) D. de usurp. et usuc. 41, 3. L. 43 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. L. 32 § 1 D. de s. p. u. 8, 2. L. 14 pr. D. de s. p. r. 8, 1.

[3] L. 4 § 28 (29) D. de usurp. 41, 3. [4] Institut. S. 62.

Zeiten der Republik fallen. Daß Cic. p. Caec. 26, 74 keineswegs die Geltung der *usucapio servitutum* noch zu Ciceros Zeiten beweist, sollte man kaum noch zu sagen brauchen. Ob übrigens jene *lex* die Servitutenersitzung gänzlich aufgehoben habe, steht auch dahin. Nach Paul. I, 17, 12 scheint die Möglichkeit einer *usureceptio* einer durch *non usus* untergegangenen Wasserschöpf- oder Wasserleitungsgerechtigkeit angenommen werden zu müssen. Vielleicht haben erst die Kompilatoren so gründlich die Spuren jener alten Usukapion in den aus den Schriften der Juristen aufgenommenen Stellen getilgt. Erwähnt werden möge noch, daß bei dem *iudicium familiae erciscundae* und dem *communi dividundo* im *officium* des Teilungsrichters, vorausgesetzt, daß das *iudicium* ein *legitimum* war, die Macht lag, durch *adiudicatio* an einer bisher gemeinschaftlichen Sache dem einen der Interessenten die *nuda proprietas* zu übertragen, dem andern einen *ususfructus* zu bestellen, oder jedes der adjudizierten Grundstücke zu Gunsten des dem andern adjudizierten mit einer Prädialservitut zu belasten, doch mußte Adjudikation des Eigentums und Bestellung der Servitut gleichzeitig geschehen.[1]

Von den Beendigungsgründen der Servituten sind nur die, welche für die historische Betrachtung ein besonderes Interesse bieten, hervorzuheben. Personalservituten sollen nicht bloß durch den Untergang der dienenden Sache, sondern schon *rei mutatione* untergehen. Es fragt sich, welches der Sinn dieses Satzes, der ihm zu Grunde liegende Gedanke sei. Es ist gesagt worden, der Untergang trete hier ein nicht etwa nach einer besondern Natur der Personalservitut, sondern nach der Absicht ihrer Konstituierung.[2] Ähnlich ist wohl die Ansicht Dernburgs, nach welchem der Satz auf der Anschauung beruhte, daß dem Nießbraucher für seine Person die spezifische Nutzung, welche gerade die Nießbrauchsache abwerfe, eingeräumt werde. Meines Erachtens ist damit der Sinn des Satzes nicht getroffen. Es liegt darin eine strenge Durchführung des Satzes, daß auch das umfassendste Personalservitutrecht, der *ususfructus*, seine Grenze hat in der Benutzung der Sache, nicht die Substanz derselben erfaßt. Daraus wird hergeleitet, daß, wenn die bisherige Form der Sache oder des Sachteils, woran der Nießbrauch bestellt ist, untergeht, der Nießbrauch untergeht, auch wenn die Substanz der Sache fortdauert. Die Veränderung muß also so erheblich sein, daß man die bisherige Form der Sache oder des betreffenden Sachteils als untergegangen bezeichnen kann. Dernburg meint, die Unterscheidung der römischen Juristen zwischen „erheblicher" Veränderung, die den Nießbrauch beende, und „unerheblicher", die ihn bestehen lasse, arte in Willkür aus. Indessen die betreffenden Unterscheidungen beruhen nicht auf theoretischer Düftelei, sondern auf praktischen Erwägungen. Die Veränderung von Ackerland in Weinland oder umgekehrt mag als eine bloße Veränderung der Benutzung erscheinen, sie läßt sich leichter wieder rückgängig machen. Dagegen die Niederlegung eines Waldes und die Umwandlung desselben in Saatland ist ein wesentlicher Eingriff in die Substanz der Sache: der Wald ließe sich nur sehr allmählich in langen Jahren wiederherstellen.

Daß schon nach Civilrecht Gemeinden ein *ususfructus* zustehen konnte, ist stark zu bezweifeln. Wo der Möglichkeit des *ususfructus* der *municipes* Er-

---

[1] Vat. Fr. § 47. L. 6 § 1 D. de usufr. 7, 1. L. 22 § 3 D. fam. ercisc. 10, 2. L. 6 § 10 u. l. 18 D. comm. div. 10, 3.

[2] So Brinz, Pandekt. 1. Aufl., S. 278; Windscheid, Pandekt. I, § 215, A. 2.

wähnung geschieht, heißt es: *tuendi sunt, dandam actionem*[1] u. dgl. Der den *municipes* eingeräumte *ususfructus* scheint also nur unter dem Schutz magistratischer Jurisdiktion gestanden zu haben, folglich war auch der Untergang solches *ususfructus* durch 100jährige Dauer dem Civilrecht unbekannt.

Durch einen formlosen, auf Aufhebung des Servitutrechts gerichteten Vertrag zwischen dem Servitutberechtigten und dem Eigentümer der dienenden Sache konnte nach altem Civilrecht die Servitut nicht aufgehoben werden, geschweige denn durch einen einseitigen Verzicht des Servitutberechtigten. Wohl aber hatte ein solcher in die Form der *in iure cessio* gekleideter Vertrag diese Wirkung.[2] Durch *in iure cessio* des *ususfructus* von seiten des Usufruktuars an den Proprietar *convertitur in proprietatem*, es ist das also nur eine Herbeiführung der Konsolidation.[3] Bei affirmativen Prädialservituten erfolgt die Aufhebung des Rechts durch *in iure cessio* an den Grundstückseigentümer des Inhalts, daß dem Gegner jenes Recht nicht zustehe, bei negativen durch *in iure cessio* an den Grundstückseigentümer, daß ihm die Befugnis zu den Handlungen zustehe, welche er nach der betreffenden Servitut unterlassen mußte. — Daß bei *servitutes rusticae*, welche zu den *res mancipi* gehörten, der die Servitut aufhebende Vertrag auch in der Form der *mancipatio* habe vorgenommen werden können, wie Windscheid meint, ist mir zweifelhaft, denn ich bin in Verlegenheit, wie ich mir die dann vom Grundstückseigentümer zu sprechende Formel gefaßt denken soll.

Über den Untergang der Servituten durch Nichtausübung ihres Inhalts (*non utendo*) soll hier nicht gehandelt werden. Nur auf den Begriff der bei den *servitutes praediorum urbanorum* erforderlichen *usucapio libertatis* muß kurz eingegangen werden. Es ist gesagt worden, vom *non usus* sei die *usucapio libertatis* nur ein Teil,[4] oder es handle sich hier auch nur um Untergang der Servituten durch Nichtgebrauch, welcher hier nur die besondere Form der Duldung der Ersitzung des entgegengesetzten Zustandes haben müsse. Zunächst kann das nicht die Auffassung des Paulus gewesen sein bei der Äußerung in l. 4 § 28 (29) D. de usurp. et usuc. 41, 3, daß die *lex Scribonia* nur die *usucapio* aufgehoben habe, *quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute.* Paulus stellt hier die *usucapio libertatis* nicht zum *non usus*. Dächte er sie sich als eine bloße Form des *non usus*, so würde er gar nicht erwähnt haben, daß sie durch die *lex Scribonia* nicht aufgehoben sei. Die durch die *usucapio* erlangte *libertas* ist aber auch mehr, als die gewöhnliche durch Aufhebung der Servitut erlangte Freiheit der bis dahin dienenden Sache. Infolge des Eintritt dieser gewöhnlichen Freiheit ist der faktische Zustand des Grundstücks kein anderer, als wie er vorher war. Dagegen die bei Gebäudeservituten erforderliche *usucapio libertatis* setzt einen veränderten Zu-

[1] L. 56 D. de usufr. 7, 1. L. 8 D. de usu et usufr. 33, 2.

[2] Gai. II, 30. Vat. Fr. § 75. Paul. III, 6, § 32. Scheurl in d. Ztschr. f. gesch. Rechtswissensch. Bd. XII, S. 237 ff.

[3] Die *in iure cessio* konnte hier jedenfalls so gefaßt werden, daß der Proprietar die Behauptung der *negatoria* aufstellte: *Nego, tibi ius uti frui — — esse* (l. 20 pr. D. de s. p. r. 8, 3). Zweifeln kann man, ob der *ususfructus* auch so dem Proprietar *in iure* cediert werden konnte, daß dieser die affirmative Formel sprach: *Aio mihi ius esse uti frui — —*. Nach der Art, wie Gaius II, 30 sich ausdrückt *(ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum — —)*, könnte man es vermuten; doch mag Gaius dabei gar nicht an die formelle Konzeption der *in iure cessio* in diesem Falle gedacht haben.

[4] Brinz, Pandekten I², S. 796.

stand des Grundstücks voraus, der Eigentümer des dienenden Grundstücks muß *aliquid novi facere* und muß das Grundstück in diesem die Ausübung der Servitut unmöglich machenden Zustand die gesetzliche Zeit hindurch besessen haben. Hat diese Ausübung der Freiheit, der *usus libertatis*, die gesetzliche Zeit hindurch gedauert, so ist der veränderte Zustand des Grundstücks, also die *libertas* in diesem besondern Sinne, zum rechtlichen geworden. Aus jener unrichtigen theoretischen Auffassung der *usucapio libertatis* werden Konsequenzen hergeleitet, welche auch praktisch sehr bedenklich sind. Die *usucapio libertatis* soll mit Gewalt und Heimlichkeit beginnen dürfen. Nicht aber dürfe der Zustand der Freiheit auf prekaristischer Verstattung beruhen, denn die prekaristische Einräumung sei auf seiten des Koncedenten vielmehr eine Bethätigung seines Rechts als ein *non usus*. Allein dann müßte doch nach Widerruf der prekaristischen Gestattung die *usucapio libertatis* beginnen können, dann könnte doch nicht mehr in dem weitern Dulden des Zustandes der Freiheit eine Bethätigung des Rechts gesehen werden. Im Fall eines Prekariums ist aber überhaupt die *usucapio libertatis* ausgeschlossen, und so wird denn auch, wenn der veränderte Zustand des Grundstücks mit Gewaltthätigkeit begonnen hat (Heimlichkeit wird faktisch schwer vorkommen können), von einer Ausübung des Rechts der Freiheit nicht die Rede sein können. Dafür kann man als äußeres Zeugnis die l. 6 D. de s. p. u. 8, 2 anführen, denn hier wird als Voraussetzung der *usucapio libertatis* gegenüber der *servitus tigni immittendi* angegeben, daß der Servitutberechtigte selbst das *tignum* aus der Öffnung der Nachbarwand herausgenommen und dann erst der Eigentümer des dienenden Grundstücks das *foramen* verschlossen hat. Hätte der letztere selbst das *tignum* gewaltsam beseitigt, so könnte von einer *usucapio libertatis* nicht die Rede sein. Sähe man auch von der hier bekämpften Ansicht aus in der Nuntiation eine Ausübung des Servitutrechts, so müßte doch vom Moment der *nuntiatio* an eine neue *usucapio libertatis* beginnen können, was gewiß nicht möglich ist.

Dritte Abteilung.

Die Obligationen und Causae des Vermögensverkehrs.

Erster Titel. Begründung von Obligationen.

I. Verkehrsobligationen.

A. Älteste Schicht.

1. Das *nexum*.

§ 51. Das *nexum* ist früh abgekommen, in den Justinianischen Rechtssammlungen wird es gar nicht mehr erwähnt, und bei Festus heißt es: *Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur.* Es ist daher nicht zu verwundern, wenn über wesentliche bei diesem Geschäft in Betracht

kommende Punkte Zweifel bestehen, welche schwer beseitigt werden können, da Äußerungen von Schriftstellern, wie Livius, in welchen man Anhalt für Beseitigung der Zweifel sucht, an Unklarheit leiden und den Zweifel aufkommen lassen, ob der nichtjuristische Schriftsteller die Äußerungen seiner Quellen über das längst aus der Praxis verschwundene Geschäft richtig verstanden habe. Das *nexum* gehört zu den *per aes et libram gesta*, es reicht aber wohl in eine Zeit zurück, in welcher das noch ungemünzte Kupfer nur in dem solennen Akt des Zuwägens durch einen *libripens* vor fünf römischen Bürgern Geldfunktion ausübte. Auch beim *nexum* ist dieses Zuwägen seit dem Aufkommen des gemünzten *aes* wohl nur ein imaginäres, in dem solennen Akt des *nexus* kam keine wirkliche Zahlung vor, sondern es wurde nur mit dem *raudusculum* an die Wage geschlagen und dieses dem, welcher Schuldner durch *nexus* werden sollte, hingegeben. Durch den Akt des *nexus* wurde eine Obligation dessen, welchem das *raudusculum* gegeben wurde, ein *nexum aes* begründet. Dies zeigt einmal die vorher erwähnte, bei Festus sich findende Erklärung des *nexum aes* als einer *pecunia, quae per nexum obligatur*, sodann die Erklärung, welche nach Varro de l. l. 7, 5 § 105 Mutius (wohl Publius Mutius) vom *nexum* gab, wonach darunter fielen *quae per aes et libram fiant ut obligentur, praeter quae mancipio dentur*, und die Zustimmung Varros zu dieser Erklärung, ferner der Wortsinn von *nectere, nexum*, welcher auf irgend ein Verpflichtetwerden, welcher Art es auch sein mag, hindeutet, endlich die Äußerungen von nichtjuristischen Schriftstellern, welche alle irgend welche Schulden der *nexi* annehmen lassen. Um zu ermitteln, welcher Art diese Verpflichtung war, ist von der von Gaius III, §§ 173—175 besprochenen *solutio per aes et libram* auszugehen. Aus der von Gaius mitgeteilten Formel sowie aus den von ihm berichteten Fällen, in welchen jener Liberationsakt anwendbar war, ergiebt sich, daß es die in einem *damnas esse, damnatum esse* bestehenden Verpflichtungen waren, von welchen die Schuldner durch *solutio per aes et libram* befreit wurden. Nach den Worten des Gaius: *veluti si quid eo nomine debeatur quod per aes et libram gestum ist*, läßt sich nicht bezweifeln, daß vor allem das *nexum aes* zu diesen Verpflichtungen gehörte. Bewiesen wird das auch durch den von Aelius Gallus[1] gebrauchten Ausdruck *nexi liberatio*, denn wenn er diesen Ausdruck auch nur in dem Sinne einer *liberatio* nimmt, welche in der Form des *per aes et libram gerere* geschieht, so kann doch kaum zweifelhaft sein, daß derselbe ursprünglich, ebenso wie *nexum*, eine engere Bedeutung hatte, und die *solutio per aes et libram* in besonderer Anwendung auf das *nexum aes* bezeichnete. Man kann es dadurch schon als erwiesen ansehen, daß das *nexum aes* eine Verpflichtung war, welche auf ein *damnas esse* des Empfängers des *aes* hinauslief. Damit ist der maßgebende, entscheidende Gesichtspunkt für die Beurteilung des Nexum gewonnen. Diesen wahren Grund der eigentümlich strengen Verpflichtung der Schuldner dabei zuerst klar erkannt zu haben, ist das bleibende Verdienst Huschkes,[2] wenn man ihm auch in einzelnen Punkten nicht beistimmen kann. Meines Erachtens ist der Versuch Brinz's,[3] die Niebuhr'sche

[1] Fest. v. Nexum p. 165.

[2] Über d. Recht des Nexum u. d. alte röm. Schuldrecht. 1846. Litteraturangaben über das Nexum s. bei Danz II³, § 146, S. 18.

[3] Grünhuts Ztschr. für d. Privatr. u. öff. R. d. G. I, S. 21: — den Vorteil böte das Niebuhrsche Nexum, daß hier der in unserer Doktrin fast verloren gegangene Begriff der Haftung, als sofortige Hörigkeit, in den Vordergrund tritt, während in dem Huschkeschen

Auffassung des Nexum als einer Selbstverpfändung der Person wieder zu Ehren zu bringen, als ein Rückschritt zu bezeichnen, und nur aus einer durch Brinz's Begriff der *obligatio* bestimmten Voreingenommenheit für jene zu erklären. Lief das *nexum aes* auf ein *damnas esse* des Schuldners hinaus, so kann nicht davon die Rede sein, daß, wie Walter[1] annahm, beim Nexum durch eine Klausel dem Gläubiger vom Schuldner das Recht zugesagt worden, „diesen, wenn er am Verfalltage nicht zahlen würde, unmittelbar heimzuführen und bis zur Tilgung der Schuld wie einen Knecht bei sich arbeiten zu lassen"; oder daß, wie Bachofen[2] wollte, das Recht des Gläubigers, den Schuldner in Haft zu nehmen, nicht aus der Natur des Nexum selbst, sondern aus einer *lex nuncupationis* herzuleiten sei, die man dem Darlehn gewöhnlich hinzugefügt hätte. Der, welcher infolge des Nexum am Verfalltage *damnas* war, befand sich völlig in derselben Lage, wie der durch richterliches Urteil Kondemnierte. Trat keine Zahlung und Lösung der Damnationsschuld in den noch gelassenen *triginta dies iusti* ein, so war gegen ihn von seiten des Gläubigers das *lege agere per manus iniectionem*, das Exekutionsverfahren mit seinen gesetzlich angeordneten Formalitäten und Stadien zulässig. Vor den Magistrat mußte der *damnas* infolge des Nexum ebenso, wie der durch Urteil Kondemnierte, geführt werden, ein Urteil war, wenn nicht noch eine Bestreitung der Schuld durch einen Vindex eintrat, in jenem Fall ebensowenig mehr nötig, wie in diesem. Ebenso wie beim durch Urteil Kondemnierten, war auch beim *damnas* durch *nexum* die einen Bestandteil der *legis actio per manus iniectionem* bildende *addictio* von seiten des Magistrats, *apud quem legis actio erat*, erforderlich. Einen äußern Beweis dafür giebt Liv. II, 27, wo es heißt: — — *cum Appius* — — *quam asperrime poterat ius de creditis pecuniis dicere. deinceps et qui ante nexi fuerant creditoribus tradebantur et nectebantur alii.* — Mit den hier angenommenen Wirkungen des Nexum stimmen aber vollständig überein die nicht juristisch exakten Äußerungen, welche sich bei Dionysius, Livius u. a. darüber finden. Wenn da erwähnt wird: *δανείζειν ἐπὶ σώμασιν, τὰ σώματα κατέχεται, ἀπαγωγὴ τῶν ὑπερημέρων, ἀπήχθη πρὸς τὸ χρέος* u. s. w., so weisen alle diese und ähnliche Ausdrücke auf das Recht des Gläubigers hin, an den *damnas* Hand anzulegen und ihn nach erfolgter *addictio* durch den Magistrat in die Privathaft abzuführen.

Dem Wesen des Nexum scheint es aber zu entsprechen, daß die strenge Wirkung des *damnas esse* nicht unmittelbar an den Abschluß des Nexum geknüpft ist, sondern daß dem Schuldner eine gesetzliche Frist bis zum Eintritt des *damnas esse* gewährt wird. Sowie der, welcher der Gottheit ein Gelübde abgelegt, zunächst nur *voti reus* ist und erst, wenn mit Erfüllung des Erbetenen sein Gelübde fällig geworden, *voti damnas* wird, so wird auch derjenige, welcher ein *nexum aes* eingeht, nicht sofort mit dem Eingehen des *nexum*, sondern erst nach Ablauf einer gesetzlichen Frist *damnas*. Wenn diese Frist auch in der Formel des *nexum* ausgesprochen wurde, so war sie doch nicht eine bloß kontraktliche, bloß durch den Willen der Kontrahenten festgesetzte, sondern eine

---

Nexum und in allen späteren Obligationsgestaltungen nur das *oportere* vornherein fertig und greifbar dasteht, die Haftung der Person dagegen sich erst unter Eventualitäten vollendet — —. Das Niebuhrsche Nexum hat demnach unter allen Umständen den Wert eines „Phantom", an dem wir uns leichter in den vollen Begriff der *obligatio* hineinleben, insonderheit von der Einseitigkeit unserer modernen haft- und haltlosen Obligationsvorstellung befreien können.

[1] Gesch. d. röm. Rs. II[3], S. 248. [2] Das Nexum. Basel 1843. S. 32 ff.

durch das Gesetz vorgeschriebene Frist. Darauf ist zu beziehen die häufig wiederkehrende Erwähnung der *ὑπερήμεροι*, welchen die *manus iniectio* bevorsteht, bei Dionysius u. a. Vgl. 6, 83: — *καὶ εἴ τινων ἤδη τὰ σώματα ὑπερημέρων ὄντων ταῖς νομίμαις προθεσμίαις κατέχεται.* 6, 23: — *κώλυσιν τῆς ἀπαγωγῆς τῶν ὑπερημέρων.* Zonaras 7, 14: — *τούς τε ἐξ ὑπερημερίας κρατουμένους ἀφῆκε*, und weiter: *κουφισμὸν τῶν ὀφειλῶν καὶ τῶν ὑπερημεριῶν ἄφεσιν τῆς βουλῆς ψηφισαμένης αὐτοῖς.* Huschke[1] erklärt mit Unrecht die in diesen Stellen angedeutete Frist für die *triginta dies iusti*, welche dem *damnatus*, sei es durch *nexum*, sei es durch Urteil, noch gelassen werden mußten, bevor die *manus iniectio* gegen ihn stattfinden konnte. Es ist unglaublich, daß mit jener Frist diese kurze, unmittelbar dem Handanlegungsverfahren vorhergehende, welche als ein *velut quoddam iustitium et iuris quasi interstitio quaedam et cessatio* charakterisiert wird, gemeint sein könne.

Von welchem Moment an aber der Schuldner als *nexus* bezeichnet wurde, ob schon von dem Moment des Kontrakts an oder vom Verfalltage an, wo er *damnas* wurde, oder gar erst von dem Moment, wo er vom Magistrat dem Gläubiger addiciert und in die Schuldknechtschaft abgeführt wurde, ist nicht leicht zu sagen. Huschke[2] behauptet, von demjenigen, welcher von seinem Gläubiger in die Haft abgeführt wurde, habe man gesagt: *nectitur, nexum se dat, nexum init*, und er selbst habe nun *nexus ob aes alienum* oder *nexus* schlechthin geheißen. Er beruft sich dafür namentlich auf verschiedene Stellen des Livius; aber es ist doch recht zweifelhaft, ob der Nichtjurist nicht den Rechtszustand, in welchen der Schuldner mit Eingehung des Kontrakts oder mit dem Eintritt des Verfalltags geriet, zusammengeworfen mit dem faktischen Zustand der Knechtschaft und des Gefesseltwerdens, in welchen er nach erfolgter *addictio* an den Gläubiger versetzt wurde. Wenn er 2, 27 sagt: *deinceps et qui ante nexi fuerant, creditoribus tradebantur et nectebantur alii*, so scheint er unter *necti* nur die Abführung in die wirkliche Schuldknechtschaft zu verstehen. Andererseits bedeutet in den Worten 2, 23 § 8: *„Nexi vincti solutique se undique in publicum proripiunt“ nexi* nicht den Zustand des wirklichen Gefesseltseins, denn dieses wird erst durch das folgende *vincti* bezeichnet, sondern den rechtlichen Zustand, in welchem der Schuldner sich befindet. In Übereinstimmung damit werden cap. 24 und 25 die aus der Schuldhaft Entlassenen, frei sich Bewegenden *nexi* genannt, womit also offenbar nur ihre rechtliche Lage bezeichnet wird: *et, qui aderant, nexi profiteri extemplo nomina* u. s. w.; *et nexi ante omnes ut signum daret, clamabant.* So muß denn wohl geleugnet werden, daß der Schuldner erst von der Abführung in die Schuldhaft an als *nexus* bezeichnet wurde; die *addictio* erkannte nur das gesetzliche Recht der Gläubiger an der Person des *damnas* an, sie änderte nicht seine rechtliche, sondern nur seine faktische Lage. Meines Erachtens ist der Schuldner schon von dem Abschluß des Kontrakts an als *nexus* bezeichnet worden, das *nexum inire, nexum se dare* der Schriftsteller ist identisch mit dem *nexum facere* der XII Tafeln. Die Ausdrücke lassen sich nur von einem durch den Willen des Schuldners hervorgebrachten Verhältnis verstehen, wenn auch materielle Schuldennot diesen Willen hervorbrachte. War aber der Schuldner das *nexum* eingegangen, so hing es nicht mehr von seinem Willen ab, ob er beim Verfalltage *damnas* wurde oder nicht. Huschke[3] meint, eine Abhängigkeit der Abführung in die Schuldhaft von dem freien Willen des

[1] A. a. O. S. 57, 58. [2] A. a. O. S. 54, 61. [3] A. a. O. S. 64.

Schuldners dürfte aus jenen Ausdrücken nur so weit gefolgert werden, als er durch Herbeischaffung von Geld, im Notfall durch Verkauf von Sachen die *ductio* habe vermeiden können; aber solche indirekte Abhängigkeit stimmt nicht zu Ausdrücken, wie *nexum se dare, nexum inire:* sie lassen sich nur von einer direkten Herbeiführung des Zustandes durch den Willen des Schuldners verstehen. — Gern fände man Aufschluß über die Frage, von welchem Moment an der Schuldner aus dem *nexum aes* als *nexus* bezeichnet wurde, in der Stelle Varros de l. l. 7, 5 § 105: *Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia quadam* (Lesart O. Müllers nach einer Pariser Handschrift, die anderen Handschriften *quam*) *debet, dum solveret, nexus vocatur,* aber so wie sie vorliegt, gewährt sie denselben nicht. *Quadam* muß korrumpiert sein, aber für Ermittlung des Richtigen durch Konjektur ist doch davon auszugehen, nicht von dem *quam* der übrigen Handschriften, welches, wie Huschke mit Recht sagt, nur aus einer falschen Beziehung zu *debebat* entstanden ist. In Varros Definition fehlt nun jedenfalls ein Moment, was er kaum ganz übergangen haben kann, nämlich die Erwähnung der *libra,* deren Anwendung für die Begründung der Schuld des *nexus* unentbehrlich war. Sollte nicht statt *pro pecunia quadam debebat* zu lesen sein: *pro pecunia p. libram (= per libram) debebat?* So mangelhaft die Definition Varros auch bliebe, so würde sie doch nicht gegen die Annahme sprechen, daß der Schuldner schon von der Eingehung des *nexum aes* an als *nexus* bezeichnet wurde.

Die Obligation aus dem *nexum* konnte nur auf römisches Geld, und zwar schweres Kupfergeld *(aes grave),* gehen. In die Zeiten der reduzierten Kupfermünze und des Silbergeldes ist das Nexum nicht mehr übergegangen. Man braucht dafür nur an die Bezeichnung dieses Schuldverhältnisses als *nexum aes* zu erinnern. Die Obligation ging auf ein absolutes *certum,* wie, jedenfalls ursprünglich, alle auf ein *damnas esse* hinausgehenden Obligationen. Für den Inhalt der Obligation können wir aber noch mehr aus Varros Worterklärung des Nexum entnehmen. Mutius hatte behauptet, unter das Nexum fielen nur *quae per aes et libram fiant ut obligentur, praeter quae mancipio dentur.* Dem zustimmend sagt er De L. L. VII, 105: *Hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo quaerit; nam idem quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum.* Uns interessiert hier der bei Gelegenheit der falschen Wortherleitung ausgesprochene juristische Gedanke. Dieser geht völlig verloren, wenn man statt *idem,* worauf der Ton liegt, liest: *id est,* oder wenn man mit Huschke,[1] welcher *idem* ganz ungerechtfertigt findet, ändert: *nam ideo quia, quod obligatur* u. s. w. *Idem obligatur* ist so viel wie *eadem pecunia obligatur,* d. h. der Schuldner wird zur Zurückgabe derselben Geldsumme verpflichtet, welche er empfangen, sie wird also nicht sein, sie bleibt, wenn auch in sein Eigentum übergegangen, doch *aes alienum (neque suum fit).* Die Äußerung Varros ist uns also ein Zeugnis dafür, daß die Obligation des *nexus* auf Rückgabe von *idem,* derselben Summe Kupfergeldes ging. Man hat das Nexum als ein symbolisches Darlehn aufgefaßt, als eine Form für Begründung einer Obligation, einerlei, ob ein wirkliches Darlehn oder ein anderes Geschäft zum Grunde lag. „Es konnte — — jede andere schon vorhandene Geldschuld in die Form des *nexum,* wie bei uns in einen Wechsel, umgekleidet und durch jenes Versprechen verstärkt werden."[2] Dem gegenüber hat Huschke[3] mit Recht geltend gemacht, daß das

[1] A. a. O. S. 32. [2] Walter, a. a. O. S. 248. [3] A. a. O. S. 53.

Nexum zu einer Novation nicht geeignet war, daß ihm vielmehr ein materielles Darlehn zu Grunde liegen mußte, wenn er es auch als ein gültiges *nexum* anerkennt, wenn der Gläubiger nicht selbst, sondern durch seinen Schuldner oder Mandatar das Darlehn hergab, oder wenn der Schuldner das Geld schon aus einem andern Grunde hatte, z. B. Depositum, und der Gläubiger es ihm als Darlehn überließ. Wie weit man nun auch schon in der Ausdehnung des Darlehnsbegriffs beim *nexum* gegangen sein mag: ein Darlehn mußte dem Nexum zu Grunde liegen. Dafür liegt ein äußerer Beweis in der angeführten Äußerung Varros, wonach dabei *idem obligatur nec suum fit.* Die Nachrichten der Schriftsteller von den *nexi ob aes alienum, ob aes alienum se nexum dare, propter grave aes alienum nexum se dare coactum esse* sind nicht von Novation und Bestärkung beliebiger Schulden, sondern von *creditae pecuniae* zu verstehen, welche in ein *nexum aes* übergingen. Lag noch keine solche *credita pecunia* vor, so mußte vor Eingehung des Nexum oder unmittelbar nachher (denn das wird wohl auch genügt haben) die in der Formel des Nexum bezeichnete Summe Kupfergeldes ausgezahlt werden, sonst war das Nexum nichtig. Das Nexum ist also eine Form zur Einkleidung bezw. Verstärkung einer wirklichen *credita pecunia,* einer Obligation, welche auf Rückgabe der kreditierten Summe ging, es ist kein imaginäres Darlehn, imaginär ist nur die in der Solennität selbst geschehende Zuwägung des Darlehns.

Es bleibt aber noch eine für die Natur des Nexum sehr wichtige Frage zu erwägen. Wir haben Nachrichten, wonach zwischen *mutuum* und *fenus* der Unterschied gemacht wurde, daß das erstere das zinslose Darlehn, wie es zwischen Freunden vorkommt, und das letztere das verzinsliche Darlehn war.[1] Später können aber bekanntlich auch bei einem *mutuum* Zinsen in Stipulationsform verabredet werden, so daß nur noch der Umstand an den alten Charakter des *mutuum* erinnert, daß die Zinsen nicht durch den Kontrakt des *mutuum* selbst, sondern nur durch eine nebenhergehende Stipulation versprochen werden können. Aus jener Gegenüberstellung von *mutuum* und *fenus* ist aber zu entnehmen, daß ursprünglich beim *mutuum* gar keine Zinsen, auch nicht durch nebenhergehenden Vertrag versprochen wurden.[2] Das für den Geschäftsverkehr bestimmte verzinsliche Darlehn war das *nexum. Fenus* heißt das zinstragende Darlehnsgeschäft, das verzinsliche Kapital selbst, nicht bloß der Zins.[3] Der Zins ist als versprochen zu denken in dem Darlehnsgeschäft selbst, durch einen Zusatz zu der Formel, in welcher die Rückgabe des Kapitals selbst auferlegt wird. *Fenus* ist abgeleitet von demselben Stamm, wie *feo,* gebären; das Kapital wird den Zins wie eine Frucht aus sich erzeugend, die Frucht als ein Zusatz zum Kapital gedacht.[4] Einen andern Charakter als das *fenus* hat die *usura.* Das *fenus* gehört einer Zeit an, wo das Leben des römischen Volks auf dem Ackerbau beruhte. Es war ein Gelddarlehn, welches einem bedürftigen Ackerwirt zur Verwendung auf den Acker gegeben wurde, so daß er

[1] Plaut. Asin. I, 3, 95: *Nam si mutuas non potero, certumst sumam faenore.* Nonius p. 489: *Mutuum a fenore hoc distat, quod mutuum sine usuris, fenus cum usuris sumitur.*

[2] Vgl. Huschke, Die Lehre des röm. Rechts vom Darlehn S. 11.

[3] Huschke, Nexum S. 98.

[4] Fest. p. 86 M.: *fenus — — a fetu dicta, quod crediti nummi alios pariant.* Non. p. 489: *— — et est accepti, fetus, unde et fenus dictum est, ut graece τόκος, quasi partus mutui sumti.* Gell. XVI, 12, 7: *faenus autem dictum a fetu et quasi a fetura quadam pecuniae parientis atque increscentis.*

aus dem durch die Verwendung des Kapitals auf den Acker ermöglichten höhern Jahresertrag desselben den Zins und demnächst das Kapital zurückerstatten sollte. Dies Geld war in der Ackerwirtschaft produktiv und brachte für den Darlehnsgeber den Zins hervor. Aus der Idee dieses Darlehns ergab sich, daß der Zins notwendig ein Jahreszins sein mußte, daß er als ein Erzeugnis des Kapitals erschien, und dasselbe keinenfalls vor einem Jahre zurückgefordert werden konnte. Einen andern Charakter nehmen die Zinsen an, seitdem Handel und Geldgeschäft selbständige Quelle des Erwerbs werden und die Ackerwirtschaft mehr und mehr zurückdrängen. In Kauf und Verkauf von Waren, in den gewinnreicheren Geldgeschäften reproduziert sich ein Kapital viel rascher seinem ganzen Werte nach. Das Gelddarlehn wird jetzt recht eigentlich ein Produktivdarlehn, d. h. ein vom Darlehnsgeber zur Anlage in produktiven Unternehmungen gemachtes Darlehn. Der Zins wird gleichsam ein Anteil am Geschäftsertrag, er ist eine Vergütung für den Gebrauch, welchen der Darlehnsempfänger vom Kapital macht und wird daher *usura* genannt. Da aber in Handels- und Geldgeschäften der Gewinn rascher gemacht wird, das Kapital rascher sich erneuert, so wird der Zins jetzt monatig berechnet und gezahlt, und der Zeitpunkt der Rückzahlung des Kapitals braucht nicht notwendig ein Jahr hinausgeschoben bezw. auf Jahre verstellt zu werden. Der Zins erscheint jetzt nicht mehr als ein Zusatz zum Kapital, sondern als etwas, wenn auch davon Abhängiges, doch daneben Stehendes, periodisch für die Nutzung des Kapitals zu Entrichtendes. Kehren wir zum *fenus* zurück. Vor den XII Tafeln scheint die Bestimmung der Höhe des Zinses beim Nexum der Übereinkunft der Parteien überlassen zu sein, die Festsetzung des *unciarium fenus* soll durch die XII Tafeln erfolgt sein. Tac. Ann. VI, 16: *Nam primum duodecim tabulis sanctum, ne quis unciario fenore amplius exerceret, quum antea ex libidine locupletium agitaretur.* Diese Festsetzung zeigt, daß der Zins für ein Jahr festgesetzt wurde, denn unter dem *unciarium fenus* kann nur ein Zwölftel des Kapitals pro Jahr (sei es für 10 oder für 12 Monate) verstanden werden.[1] Es giebt nun eine Ansicht,[2] nach welcher beim Nexum immer nur auf ein Jahr zu Zins ausgeliehen sein soll. Huschke[3] dagegen meint, der Gläubiger habe sich nicht mit Ausbedingung der Zinsen auf das erste Jahr begnügt, sondern hinzugefügt, daß, wenn dann das Kapital nicht zurückgezahlt sei, abermals nach einem Jahre oder auch selbst so lange, bis zurückgezahlt würde, dieselben Jahreszinsen entrichtet werden sollten. Das muß aber dieser letztern Ansicht gegenüber festgehalten werden, daß, falls länger als auf ein Jahr ausgeliehen werden konnte, doch jedenfalls nur auf eine bestimmte, im Nexumgeschäft zu benennende Zahl von Jahren ausgeliehen werden konnte, so daß der Gesamtbetrag der für diese Jahre zu entrichtenden Zinsen sich auf eine

[1] Ganz unrichtig ist die schon von Früheren vertretene, neuerlich wieder von Hartmann und Lange (O. E. Hartmann, Der römische Kalender, herausgeg. v. Lange S. 29 f., A. 57) verteidigte Ansicht, welche das *unciarium fenus* zwar als Zwölftelzins vom Kapital, aber als Monatszins auffaßt, so daß dasselbe, auf das zwölfmonatliche Jahr reduziert, dem Zinsfuß von 100 % entsprochen haben würde. Ein solcher Zinsfuß würde den Schuldner, wenn man dabei noch das Schlagen der Zinsen zum Kapital erwägt, in kürzester Frist zu Grunde gerichtet haben. Ganz unerklärlich wäre dabei auch, wie Rein, Privatrecht der Römer S. 631, A., mit Recht sagt, daß nach Liv. VII, 16 das *unciarium fenus* als eine Erleichterung empfunden wurde, vorher also noch ein weit höherer Zinsfuß existiert haben muß, wie ja Tacitus andeutet.

[2] Bachofen, a. a. O. S. 33. [3] A. a. O. S. 109.

bestimmte Summe berechnen ließ. Hätte man Zinsen auf eine unbestimmte Zahl von Jahren ausbedungen, so würde den Inhalt der Obligation ein *incertum* gebildet haben (vgl. l. 75 § 9 D. de verb. obl. 45, 1: *Qui sortem stipulatur et usuras quascumque, certum et incertum stipulatus videtur),* was der Natur des Nexum zuwider ist. Daß nun immer nur auf ein Jahr ausgeliehen sei, nicht auf mehrere der Zahl nach bestimmte Jahre ausgeliehen werden konnte, ist allerdings nicht erweislich. Gewisse Erwägungen sprechen aber allerdings zu Gunsten jener Annahme, und zwar zunächst die, daß der Gläubiger nicht wegen des einzelnen jährlich zu entrichtenden Zinspostens prozessualisch gegen den Schuldner als einen *damnas* vorgehen konnte; aus dem Nexum konnte nur einmal mit der *legis actio per manus iniectionem* vorgegangen werden; der Gläubiger hätte also bei einem Darlehn auf mehrere Jahre, wenn der einzelne Zinsposten nicht gutwillig gezahlt wurde, mit dem prozessualischen Vorgehen warten müssen, bis er wegen der ganzen Schuld das Verfahren einleiten konnte. Dann aber kommt die Frage des Schlagens der rückständigen Zinsen zum Kapital in Betracht. Daß dieses in alter Zeit zulässig gewesen sei, da es doch zu Ciceros Zeiten noch üblich war, ist schon an sich wahrscheinlich. Es entspricht aber dem Begriff des *fenus* noch mehr, als dem der *usura,* denn beim *foenus* ist der Zins als ein Zusatz zum Kapital gedacht, worauf namentlich der Ausdruck *impendium*[1] hinweist. Keinenfalls konnte aber im voraus das Schlagen noch nicht fällig gewordener Zinsen, falls sie am Fälligkeitstermin nicht gezahlt würden, zum Kapital verabredet werden. Dadurch würde wieder ein *incertum* Inhalt der Obligation aus dem Nexum geworden sein, denn man konnte ja nicht im voraus wissen, ob der Schuldner den Zinsbetrag zeitig entrichten werde oder nicht.

Aus diesen Gründen ist es mir wahrscheinlich, daß das *creditum* beim Nexum immer auf ein Jahr ging. Die den Zins erzeugende Kraft des *nexum* ist mit der Geburt der Frucht, dem nach einem Jahr fällig gewordenen Zins, erschöpft: es bedarf einer neuen Zeugung, einer *renovatio,* damit weiterer Zins hervorgebracht werden könne. Das ist meines Erachtens die ursprüngliche Bedeutung der *versura.* Der Gläubiger konnte nach Ablauf des Jahres das ihm geschuldete Kapital unter Hinzuschlagung des fällig gewordenen Zinses von neuem kreditieren, und nach Ablauf eines weiteren Jahres dasselbe wiederholen u. s. w. Wenn Huschke[2] gegen diese von Bachofen vertretene Ansicht eingewendet hat, ein solches Geschäft sei in der Form des Nexum ganz unmöglich gewesen, weil das Nexum nicht zur Novation geeignet, sondern ein materiell zugleich realer Geldkontrakt sei, so ist dabei unberücksichtigt geblieben, daß hier von einer Novation nicht die Rede ist. Nicht eine beliebige Schuld, etwa die Schuld eines Kaufpreises kann in ein *nexum aes* umgewandelt werden, wohl aber kann an die Stelle eines bereits vorliegenden *creditum* ein neues mit einem Zusatz gesetzt werden. Den Betrag des frühern *nexum aes* hat der Schuldner aus dem Vermögen des Gläubigers erhalten; dieser kann, wenn er nicht zurückgezahlt wird, Grundlage eines durch neues *nexum facere* zu vollziehendes neuen *creditum* werden. Das Hinzuschlagen des fällig gewordenen Zinses ändert daran nichts, denn dieser Zins erscheint als eine Frucht des aus dem Vermögen des Gläubigers herrührenden Kapitals. Die Zulässigkeit dieser *versura* erklärt das schnelle Anwachsen der Geldschulden, wie es beschreibt Liv. 2, 23: *aes*

[1] Varro de L. L. 5, 36, § 183. [2] A. a. O. S. 110, A. 137.

alienum fecisse; id cumulatum usuris primum se agro paterno avitoque exuisse, deinde fortunis aliis, postremo velut tabem venisse ad corpus; 6, 14: *Se militantem, se restituentem eversos penates multiplici iam sorte exsoluta, mergentibus semper sortem usuris obrutum foenore esse.* Auch die Charakterisierung des *faenus* bei Gell. XVI, 12, 7 als einer *fetura quaedam pecuniae parientis atque increscentis* ist am natürlichsten von dem durch Hinzuschlagen der fälligen Zinsen wachsenden Kapital zu verstehen. Aus dem Schlagen der rückständigen Zinsen zum Kapital erklärt sich auch, wie sich bei dem an Zinszahlen doch so gewöhnten Römer die Anschauung bilden konnte, daß die gezahlten Zinsen eigentlich aufs Kapital angerechnet werden müßten, da das Kapital eben zum großen Teil aus den zum ursprünglichen Kapital geschlagenen Zinsen bestand. Am klarsten tritt diese Auffassung in der Äußerung des Manlius 6, 15 hervor: *Sed quid ego vos, de vestro impendatis, hortor? Sortem aliam ferte, de capite deducite, quod usuris pernumeratum est.* Der Sinn scheint mir zu sein: Bringt die andere *sors,* das andere Kapital, d. h. das, welches durch Zuschlagung der nicht bezahlten Zinsen zum ursprünglichen Kapital entstanden ist, zum Opfer, und zieht vom Kapital (nämlich dem vergrößerten) ab, was an Zinsen bezahlt ist.

Wie haben wir uns der dargelegten Auffassung des *nexum aes* entsprechend die Formel des Begründungsakts zu denken? Einen Schluß auf die Gestaltung derselben können wir machen aus der uns von Gaius III, 174 erhaltenen Formel der *solutio per aes et libram.* Da der *contrarius actus* das Umgekehrte des Begründungsakts ist, so dürfen wir annehmen, daß, wie in jenem vom Schuldner das *solvo* gesprochen und die imaginäre Rückzahlung vorgenommen wird, so in diesem vom Darleiher das Binden mit der beabsichtigten Wirkung ausgesprochen und die imaginäre Hinzahlung des Darleihers vorgenommen wird. Weil sie diesen Erfordernissen nicht entspricht, kann ich die von Huschke, Nexum S. 50, konstruierte Formel nicht für richtig halten. Meines Erachtens hat sie etwa folgende Fassung gehabt: *Ut tu mihi tot millia aeris cum foenore unciario post annum reddere damnas fias, te eo nomine mihi necto* (vielleicht ist noch ein Synonymum hinzuzusetzen mit Rücksicht auf das *solvo liberoque* der *solutio per aes et libram) hoc aere aeneaque libra. Hanc tibi libram primam postremamque adpendo secundum legem publicam.* Bezüglich dieser Formel ist noch Folgendes zu bemerken. Daß die Formel in lateinischer Sprache gesprochen werden mußte, ist bei diesem dem strengsten Civilrecht angehörigen Geschäft selbstverständlich. Ob durch besondere gesetzliche Verleihung auch Personen, welche nicht *cives Romani* waren, des Nexum teilhaftig gemacht sind? Es kommt hier in Betracht die Bestimmung der XII Tafeln über den *Fortus* und *Sanas.*[1] Meines Erachtens ist der Ansicht zuzustimmen, welche unter den *forti* und *sanates* in der Umgegend Roms wohnende treugebliebene oder wieder zur Treue zurückgekehrte *dediticii* versteht, welchen nun als Unterthanen des römischen Volks die Teilnahme an den Geschäftsformen des Nexum und Mancipium zugesichert wird.[2] Wie bei den *per aes et libram gesta* überhaupt, so hatte auch bei der Begründung des Nexum die die Wirkung des Geschäfts begründende Formel nur eine Partei zu sprechen, während die andere stillschweigend zustimmt, und immer ist jene die den Erwerb machende Partei, also bei der Begründung des *nexum aes* der durch das Geldzuwägen das Rück-

[1] Fest. p. 321, 322 M. Id. p. 348 M. Paulus p. 84, 102 M. Gell. N. A. XVI, 10, 8.
[2] Vgl. namentl. Voigt, Ius naturale IV, 2, S. 266 ff.

forderungsrecht erwerbende Gläubiger. In dem Worte *necto*, dessen er sich dabei bedient haben muß, liegt, wie HUSCHKE[1] mit Recht gesagt hat, der Begriff eines energischeren Bindens, eines solchen, welches für die Person des Schuldners, falls er am Verfalltage nicht zahlt, einen Zustand rechtlicher Unfreiheit herbeiführt, der von seiten des Gläubigers nach Ablauf der *triginta dies iusti* durch das Handanlegungsverfahren geltend gemacht werden kann. In diesem mit solcher Wirkung versehenen energischen Binden der Person des Schuldners lag das *ingens vinculum fidei*, als welches das *nexum* von den Römern selbst charakterisiert wird, es konnte nur geschehen in der allen *per aes et libram gesta* gemeinschaftlichen Form. Man kann das *nexum aes* weder ein rein kausales noch ein rein formales Rechtsgeschäft nennen. Es stammt aus einer Zeit, welche die Scheidung des kausalen und formalen Moments bei den Rechtsgeschäften noch nicht kannte, und wenn es auch in die Zeit hineinragt, welche reine Formalkontrakte bereits ausgebildet hatte, so hat es doch die Verbindung des kausalen und formalen Elements bis zu seinem Abkommen beibehalten.

Nach der Zwölftafelbestimmung: *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* konnten, ebenso wie bei der Mancipation, auch beim Nexum durch *nuncupatio* Nebenberedungen hinzugefügt werden, vorausgesetzt natürlich, daß sie dem Wesen des Geschäfts nicht zuwiderliefen. Gültigkeit hatten sie auch nur, wenn sie wörtlich in mündlicher Rede verlautbart waren. Diese Rede ist auch hier eine einseitige, sie hat aber vom Schuldner, nicht vom Gläubiger, auszugehen, wie bei der Mancipation vom Mancipanten, nicht vom *mancipio accipiens*. So mag z. B. in der *nuncupatio* beim Nexum die Stellung von Bürgen zugesagt oder ausgeschlossen sein. Näheres über den Inhalt der *nuncupatio* gerade beim Nexum ist nicht bekannt.

Die wesentlich auf dem *nexum aes* und der Zulässigkeit der *versura* in dem dargelegten ursprünglichen Sinn beruhende Strenge des römischen Schuldrechts hat bekanntlich in den Kämpfen der Patrizier und Plebejer eine große Rolle gespielt, was damit zusammenhing, daß die Geldnot in dem herrschenden Stande keine solche Verbreitung hatte, wie unter den Plebejern, und der in jener alten Zeit noch wirksame gentilicische Zusammenhang den verarmten Patrizier vor dem äußersten Elend bewahrte, während der verarmte Plebejer bei der Verbreitung der ökonomischen Not unter seinen Standesgenossen selten bei einem derselben Hülfe gefunden haben wird. Das alte strenge Schuldrecht diente dem Egoismus des herrschenden Standes und der Bewahrung seines Einflusses auf die Plebs und ist daher von den Patriziern so lange wie möglich zäh festgehalten. Auch das Zugeständnis, welches in der Bestimmung der XII Tafeln über das *unciarium fenus* lag, wurde, wie es scheint, infolge der ökonomischen Not, welche die gallische Eroberung der Stadt für die Römer herbeiführte, wieder beseitigt. Die massenhafte Nachfrage nach Darlehen, welche infolge des notwendigen Wiederaufbaus der Gebäude und anderer Umstände eintrat, machte die Festhaltung des gesetzlichen Zinsmaximums vorübergehend faktisch unmöglich. Daß es gesetzlich wieder aufgehoben sei, wird nicht erwähnt. Kurz, es wurde nicht mehr angewandt (ob zunächst infolge einer transitorischen Maßregel des Senats?), und es trat das alte Elend in verstärktem Maße wieder ein. Eine der drei berühmten Licinischen Rogationen,

[1] A. a. O. S. 2 ff.

welche im Jahre 387 a. u. durchgingen, brachte nur eine vorübergehende Abhilfe, sie bestimmte, mit Rücksicht darauf, daß die Kapitalschulden zu ihrer damaligen Höhe durch das Schlagen nicht rechtzeitig entrichteter Zinsen zum Kapital angewachsen waren: *ut deducto eo de capite, quod usuris pernumeratum esset, id quod superesset triennio aequis portionibus persolveretur.* Im Jahre 397 a. u. wurde dann der zwölftafelmäßige Zinsfuß des *fenus unciarium* durch eine *lex Duillia Maenia*[1] wieder eingeschärft. Die zu tief und allgemein eingerissene Schuldennot wurde aber dadurch nicht gehoben. Abgesehen von den hier nicht weiter in Betracht zu ziehenden Gelegenheitsmaßregeln zur Beseitigung dieser Not, kam es 408 zur Herabsetzung des Zinsfußes des *fenus unciarium* auf ein *semunciarium.*[2] Ja, im Jahre 412 a. u. soll dann das Zinsdarlehn ganz durch eine *lex Genucia* verboten sein. Das Gesetz erregt Bedenken; Livius[3] erwähnt es mit den Worten: *Invenio apud quosdam, L. Genucium, tribunum plebis, tulisse ad populum, ne foenerare liceret.* Die Ausdrucksweise lautet etwas unsicher: es wird einmal die Nachricht nur auf *quidam* zurückgeführt, sodann nicht gesagt, daß der Antrag durchgegangen sei. Appian. de bell. civ. 1, 54 giebt dem Gesetz keinen Namen, sondern erwähnt nur *νόμου τινὸς παλαιοῦ προσαγορεύοντος μὴ δανείζειν ἐπὶ τόκοις, ἢ ζημίαν τὸν οὕτω δανείσαντα προσοφλεῖν.* Tac. Ann. 6, 16 endlich nennt auch keinen Namen, sondern sagt lakonisch: *postremo vetita versura.* Jedenfalls also ist es sehr unsicher, ob das etwa das Zinsdarlehn verbietende Gesetz eine *lex Genucia* gewesen. Aber auch der angebliche sehr weitgehende Inhalt des Gesetzes: Verbot jedes Zinsdarlehns, kann mißtrauisch machen. Die späteren Historiker, welche den Inhalt des Gesetzes sehr kurz berichten, könnten den vom Gesetz bezw. den alten Berichterstattern über dasselbe etwa gebrauchten Ausdruck *versura* (Tacitus: *postremo vetita versura)* nach dem Sprachgebrauch ihrer Zeit von jedem verzinslichen Darlehn verstanden haben, während das Gesetz nach dem Sprachgebrauch seiner Zeit nur das Schlagen der Zinsen zum Kapital darunter verstanden haben möchte. Aber man wird die Möglichkeit nicht leugnen können, daß gegenüber dem übermäßigen Zinswucher der frühern Zeit auch die Reaktion dagegen von seiten der Plebs, wenn ihr die Macht dazu zu Gebote stand, zu weit gegangen sei. Nimmt man dies an, so wird man das Verbot nur auf das damalige verzinsliche Darlehn, das *fenus* im strengen Sinne, also das Ausbedingen der Zinsen beim Nexum, beziehen dürfen. Das *mutuum* war damals noch das unverzinsliche Freundesdarlehn und wurde als solches von dem Verbot nicht getroffen. Sodann hat das Gesetz wohl nicht das verzinsliche Darlehen für nichtig erklärt, so daß daraus gar keine *legis actio* hätte entspringen können. Einen so starken Eingriff in die private Freiheit und Dispositionsfähigkeit des römischen Bürgers gestattete man sich kaum in der Kaiserzeit, wie das *Sctum Velleianum* und *Macedonianum* zeigen, geschweige denn in früherer republikanischer Zeit. Das Gesetz wird also nur eine Strafklage gegen den, welcher aus einem Nexum Zinsen nahm, angeordnet haben, wie denn vielleicht auch die XII Tafeln ein Zinsversprechen, welches das *unciarium fenus* überstieg, nicht für nichtig erklärten, sondern nur gegen den, welcher höhere Zinsen nahm, eine Strafklage gaben.[4] — Nicht aber allein der Wucher und das unerhört schnelle Anwachsen der Schulden

[1] Liv. 7, 16. [2] Tac. Ann. 6, 16. [3] 7, 42.

[4] Cato de agricultura in Prooem.: *maiores nostri sic habuerunt et ita in legibus posiverunt, furem dupli condemnari, feneratorem quadrupli.* Vgl. Huschke, Nexum S. 120.

wurde von den Plebejern schwer empfunden, sondern auch die Härte des Kreditrechts selbst: das Eintreten des *damnas esse* ohne vorhergehende Klage und richterliches Urteil sowie die Grausamkeit der Schuldknechtschaft. Die Abhilfe in dieser Beziehung brachte die berühmte *lex Poetelia*. Über die Datierung dieses Gesetzes bestehen Zweifel. Livius (9, 24) setzt es in das dritte Konsulat des C. Poetelius C. f. Q. n. Libo Visolus, das Jahr 428, Varro de l. L. 7, 105 dagegen unter die Diktatur des C. Poetelius C. f. C. n. Libo Visolus, des Sohnes jenes, in das Jahr 441. Mommsen hat nun meines Erachtens dargethan, daß jene angebliche Diktatur dieses C. Poetelius Libo Visolus eine erdichtete ist, daß vielmehr der Angabe Diodors (19, 10) zu folgen ist, nach welcher im Jahre 441 Q. Fabius zum Diktator bestellt wurde. Mommsen meint, zufolge einer zuverlässigen Rechtstradition habe an dem Gesetze über die Nexi teils der Name des Rogators C. Poetelius Visolus, teils die Anknüpfung desselben an die kaudinische Katastrophe gehaftet. Daß die Anknüpfung des Gesetzes an das kaudinische Unglück historisch begründet war oder doch auf guter, alter Tradition beruhte, scheint mir zweifelhaft. Überliefert waren mehrere Fälle schnöder Mißhandlung jugendlicher Nexi: um das tief einschneidende Gesetz über die Aufhebung des Nexum pragmatisch zu erklären, brauchte man einen demselben vorhergehenden eklatanten Fall der Art. Alte Überlieferung war wohl, daß C. Poetelius C. f. Q. n. Libo Visolus, der eine Konsul des Jahres 428, der Rogator des Gesetzes gewesen sei. Den Späteren fiel es auf, daß das Gesetz als einnamiges *(lex Poetelia)* überliefert war, während es nach dem offiziellen Sprachgebrauch, wenn es von einem Konsul rogiert war, nach den Namen beider Konsuln hätte benannt sein müssen. Das mag sie mit bewogen haben, für das Gesetz einen Diktator als Rogator anzunehmen. In Wahrheit hat es aber nichts Auffälliges, daß das wichtige Gesetz im Leben nur nach seinem wirklichen Rogator, dem C. Poetelius, nicht auch nach dessen Kollegen, L. Papirius, benannt wurde. Eine Spur davon aber, daß auch dieser Kollege (eben zufolge jenes offiziellen Sprachgebrauchs) zu dem Gesetz in Beziehung gestanden hat, hat sich doch erhalten; nach Livius 9, 28 heißt der Gläubiger des Nexus, dessen Mißhandlung die nächste Ursache des Gesetzes geworden sein soll, L. Papirius. Was aber den Inhalt des Gesetzes betrifft, so kommt für uns nicht in Betrachtung die durch dasselbe erfolgende Milderung der gegenüber dem durch richterliche Sentenz Verurteilten zulässigen Exekutionshaft, ebenso nicht die die damaligen *nexi* betreffende transitorische Bestimmung, sondern nur, was sie über die zukünftige Wirkung des *nexum facere* bestimmte. Darüber sagt Livius 8, 28: *eo anno plebi Romanae velut aliud initium libertatis factum est, quod necti desierunt* und *cautumque in posterum ne necterentur*, Cic. de rep. II, 34: *omnia nexa civium liberata nectierque postea desitum*, endlich sagt Varro de l. l. VII, 105: — *nam idem quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum. Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia quadam debet, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus. Hoc C. Poetelio Libone Visolo dictatore sublatum ne fieret.* Es kann das nicht anders erklärt werden, als: es soll hinfort kein *nexum* mit der ihm bis dahin eigentümlichen Wirkung, daß der Schuldner am Verfalltage *damnas* wird, eingegangen werden. Daß späterhin auch noch auf Grund eines abgeschlossenen *nexum aes* eine gewöhnliche *actio* vom Gläubiger gegen den Schuldner erhoben werden konnte, mag man zugeben. Da ihm aber die eigentümliche strenge Wirkung des *damnas esse*, jenes *ingens vinculum fidei*, entzogen war, auch wenn

es in der alten Form abgeschlossen war,[1] so hörte überhaupt das Abschließen von *nexa* zum Zweck der Begründung eines *creditum* auf. Nur so kann man das *necti desierunt* des Livius, das *nectierque postea desitum* des Cicero verstehen. Dieses Abkommen des *nexum* zum Zweck der Begründung einer Obligation erklärt denn auch die Veränderung des Sprachgebrauchs. Die Form des *per aes et libram gerere* wurde nach wie vor praktisch gehandhabt zum Zweck der Mancipation in ihren verschiedenen Anwendungen, insbesondere auch bei der Testamentserrichtung, und zum Zweck der *solutio per aes et libram*. Von der letztern scheint mir nun die Veränderung des Sprachgebrauchs ausgegangen zu sein. Sie diente, da das *nexum aes* abgekommen war, nicht mehr zur Aufhebung desselben, sondern nur noch zur Aufhebung anderer Damnationsobligationen. Es erhielt sich aber für den fortbestehenden Akt der Ausdruck *nexi liberatio*, den man nun nicht mehr als die *solutio* eines Nexum im alten Sinne, sondern als eine *solutio* in der Form des *per aes et libram gerere* verstand. Verstand man ihn aber hier nur von der Form, so war es von selbst gegeben, daß man ihn auf *omne, quod per aes et libram agitur*, also auch auf die Mancipation anwandte. Daß „*quod per aes et libram geritur*" erst eine abgeleitete Bedeutung des Wortes *nexum* sei, wird geradezu gesagt von Cic. de Oratore III, 39 und 40: *Atque hoc in genere persaepe mihi admirandum videtur, quid sit, quod omnes translatis et alienis magis delectantur verbis, quam propriis et suis. Nam si res suum nomen non habet, ut pes in navi, ut nexum, quod per libram agitur* u. s. w. Da auch Aelius Gallus unter *nexum, necti* versteht: *quodcunque per aes et libram geritur*, so kann bei der Aufzählung der einzelnen Anwendungsfälle unter der neben *testamenti factio* und *nexi liberatio* noch genannten *nexi datio* meiner Überzeugung nach nicht das damals praktisch ganz abgekommene *nexum aes*, sondern nur die Mancipation verstanden sein, welche sonst ganz ausgelassen sein würde, welche aber gerade wegen der dabei vorkommenden Form von *aes et libra* als *nexi datio* bezeichnet wird. — Bei Gaius III, 173 zeigt sich noch eine Erinnerung an jenen alten praktisch abgekommenen Anwendungsfall der *solutio per aes et libram, quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur quod per aes et libram gestum sit.* Er konnte, wenn man von dem gewohnheitsrechtlichen Abkommen absieht, so sagen, denn durch die *lex Poetelia* war nur die strenge Wirkung des *nexum*, nicht die Geschäftsform selbst abgeschafft, oder es war auch nur eine hohe Strafe auf das *nectere* gesetzt, allenfalls konnte man also zu Gaius' Zeit das *nexum aes* theoretisch noch als fortbestehend ansehen.

2. Die *fiducia*.

§ 52. Ist man berechtigt, die *fiducia* zu den Obligationen älterer Schicht neben das *nexum aes* zu stellen? Bei neueren Forschern tritt mehrfach die Neigung hervor, eine verhältnismäßig späte Entstehungszeit des Instituts anzunehmen. Und wenn auch frühe Klagbarkeit zugegeben wird, so soll doch die *actio fiduciae* jedenfalls nicht in die Zwölftafelzeit zurückreichen. Ja, es giebt auch Ansichten, welche die Entstehung des *contractus fiduciae* noch weiter herabrücken: er soll etwas vor der zweiten Hälfte des 7. Jahrhunderts der Stadt entstanden

[1] Denkbar wäre auch, daß auf das *nectere* eine so hohe Strafe gesetzt wurde, daß es infolgedavon gemieden wurde und abkam.

sein.[1] Wie es sich damit verhalte, kann erst im Verlaufe unserer Darstellung erörtert werden. Nur eine Frage muß, als nach verschiedenen Seiten hin präjudiziell, schon hier erwogen werden. Ist es wahr, daß die *actio fiduciae* auch eine *formula in factum concepta* hatte, oder daß sie vielleicht gar nur *in factum* konzipiert war? Wenn es anfänglich nur eine *in factum* konzipierte *actio fiduciae* gab, dann müßte man die spätere Entstehung der Klagbarkeit der *fiducia* zugeben; denn daß es *in factum* konzipierte *legis actiones* gegeben habe, ist bis jetzt völlig unbewiesen. Die Annahme nun, daß die *actio fiduciae* eine *formula in factum concepta* gehabt habe, stützt Lenel auf folgende Argumentation. Ausgehend von der Beobachtung, daß, nachdem die *actio pigneraticia* im Digestentitel 13, 7 in einer Anzahl von Fragmenten aus Ulpians lib. 28 ad edictum ausführlich erörtert sei, man plötzlich auf zwei größere aus Ulpians lib. 30 ad edictum entlehnte Stücke (l. 22 u. 24 D. h. t.) stoße, wo dasselbe Rechtsmittel wieder in gleicher Ausführlichkeit behandelt erscheine, sieht er es als unmöglich an, daß Ulpian wirklich die *actio pigneraticia* zweimal an verschiedenen Orten seines Kommentars gleich ausführlich behandelt habe. Bei Ulpian 30 (Paul. 31, Julian. 13) sei die *actio depositi* behandelt, nach Ausscheidung nun aller auf diese nur möglicherweise bezüglichen Stellen bleibe als Gegenstand der noch restierenden Stellen nur noch eine im Justinianischen Recht nicht mehr praktische Materie: das dem *pignus* nächstverwandte Institut der *fiducia*. Im Edikt habe die *actio fiduciae* ihre Stelle neben der *actio depositi* gehabt, alle von der *actio fiduciae* handelnden Stellen der Ediktskommentare seien seitens der Kompilatoren mit Leichtigkeit für das *pignus* zurecht gemacht. Zu diesen Stellen gehöre auch l. 24 D. de pigner. act. 13, 7, auch sie handle ursprünglich von der *fiduciae actio*. Wenn nun im § 1 die Frage aufgeworfen werde, ob nicht auch durch die Zahlung von *nummi reprobi* die *actio fiduciae* begründet werde *„quasi soluta pecunia"*, so deuteten die letzten Worte klar darauf hin, daß unter den Kondemnationsbedingungen der Formel die Worte *„eamque pecuniam solutam non esse"* standen, es habe also die *actio fiduciae* eine *formula in factum concepta* gehabt. Diese Argumentation haben andere für so bündig gehalten, daß ohne weiteres von der *formula fiduciae in factum concepta* als durch Lenel nachgewiesen gesprochen wird.[2] Richtig ist der Ausgangspunkt Lenels, daß die *actio fiduciae* im Edikt ihre Stelle neben der *actio depositi* hatte, wie dies denn schon nicht bloß von Giphanius, sondern auch von Mommsen in seiner Abhandlung über den Inhalt des rubrischen Gesetzes[3] angenommen war. Die Frage drängt sich dabei auf, warum denn, da doch jedenfalls zur Zeit der Julianischen Ediktsredaktion die *fiducia cum amico* entschieden hinter der Pfandfiducia zurücktrat, die *actio fiduciae* neben

[1] Nähere Angaben über die verschiedenen Meinungen über das Alter der *fiducia* bei P. Oertmann, Die *fiducia* im röm. Privatrecht § 6, S. 52 ff.

[2] O. Geib, *Actio fiduciae* und Realvertrag (Separatabdruck aus d. Ztsch. f. Rechtsgesch. Bd. VIII) S. 16. Sohm hat die *in factum concepta f. a.* als ausgemachte Wahrheit bereits in sein Institutionenlehrbuch aufgenommen. Vgl. dessen Institutionen d. röm. Rechts 3. Aufl., S. 36, A. 10. Auch Pernice, Ztschr. d. Savignyst. IX, S. 228 hält ohne weiteres die *formula in factum* bei der Fiducia für sicher und bemerkt A. 3, wahrscheinlich habe es neben derselben auch eine *formula in ius concepta* gegeben. Doch ist Pernice, Labeo III, 1, S. 124 bereits von dieser Meinung zurückgekommen: er nimmt hier nur eine *formula in ius concepta* für die *actio fiduciae* an. Oertmann, a. a. O. S. 325 f., erklärt die *formula in ius concepta* für die ältere Form der Fiduciarklage, nimmt aber eine jüngere *formula in factum concepta* für unsere Klage an.

[3] Bekkers u. Muthers Jahrb. Bd. II, S. 321, A. 14.

die *actio depositi* und nicht neben die *actio pigneraticia* gestellt ist. LENEL[1] meint, warum wir nicht auch die *actio depositi* und *fiduciae* bei der *commodati* und *pigneraticia* fänden, sei nicht mit völliger Bestimmtheit zu sagen. Wahrscheinlich sei für die ersten beiden Klagen das scharf bestimmte *„eamque rem redditam non esse"* der Formel entscheidend gewesen, das sie in nächste Nähe zur *condictio certae rei* rücke: bei der *actio depositi* sei die Strenge der *in factum* konzipierten Formel durch den Zusatz *dolo malo* gemildert und so die Verwandtschaft mit den *bonae fidei iudicia* deutlicher hervortretend. Es ist aber zu leugnen, daß in der *formula in factum concepta* beim Kommodat die Worte *dolo malo* gefehlt haben. Daß sie dort standen, wäre, worauf hier nicht weiter eingegangen werden kann, schon an sich anzunehmen: es ergiebt sich aber, auch abgesehen davon, deutlich aus l. 3 § 1 D. commodati 13, 6: *Sed non tantum ex causa doli earum personarum pater vel dominus condemnetur, sed et ipsius quoque domini vel patris fraus dumtaxat venit, ut Iulianus libro undecimo circa pigneraticiam actionem ostendit.*[2] Der Grund der Trennung der *actio depositi* von der *actio commodati* und *pigneraticia* im Edikt muß also ein anderer sein,[3] und ich meine, er liegt nicht fern. Die *actiones depositi, fiduciae, mandati, pro socio,* welche sich im Edikt zusammengestellt finden, sind die *actiones famosae,* diejenigen aus *bonae fidei*-Kontrakten entspringenden *actiones,* bei welchen die Verurteilung Infamie zur Folge hatte. Diese Eigentümlichkeit zog die *actio depositi* in diesen Zusammenhang, während die Klagen aus Kommodat und *pignus,* wie es ohne jenen Grund auch wohl bezüglich der Klagen aus dem Depositum geschehen wäre, als unter den weitern Begriff des *creditum* fallend unter dem Titel *de rebus creditis* proponiert wurden. Aber sollte sich der nahe Zusammenhang der *actio pigneraticia* mit der Pfandfiducia in den Ediktskommentaren und den sonstigen nach dem System des Edikts geschriebenen Werken gar nicht geltend gemacht haben? LENEL nimmt, meines Erachtens mit gutem Recht, auch für das *pignus* zwei Formeln, eine *in factum concepta*[4] und eine *in ius concepta,* an. Es deuten aber die aus Ulpians lib. 28 ad Ed. in den Titel de pig. act. 13, 7 aufgenommenen Stellen fast nur auf eine Erörterung der *formula in factum concepta* hin. Warum soll es nun absolut unzulässig sein, daß Ulpian noch einmal bei Gelegenheit der mit der *pigneraticia actio* in nahem sachlichen Zusammenhang stehenden Klage aus der Pfandfiducia über jene Klage gehandelt habe? LENELS Annahme, daß, weil Ulpian schon an früherer Stelle über die *pigneraticia actio* gehandelt habe, alle aus dem 30. Buch des Kommentars entlehnten Stellen von der *actio fiduciae* gehandelt haben müßten, ist unberechtigt. Sieht sich doch LENEL selbst, um eine Beziehung mancher Stellen zur *fiducia* herauszubringen, genötigt, eine analoge Heranziehung anderer Materien anzunehmen. Bezüglich der l. 14 pr. D. mandat. 17, 1 wird z. B. angenommen, Julian könne sich bei Untersuchungen über die *fiducia* veranlaßt gesehen haben, die Bürgschaft vergleichend heranzuziehen, bezüglich der l. 23

---

[1] Ed. S. 31. [2] Darauf hat schon KELLER, Institutionen S. 116, hingewiesen.

[3] Auch PERNICE, Ztschr. d. Savignystift. IX, S. 227, verwirft LENELS Ansicht über den Grund der Abtrennung des Depositum im Edikt von den übrigen Realverträgen und der Stellung desselben zu den *bonae fidei iudicia.*

[4] Ein deutlicher Beweis für eine *formula in factum concepta* des *iudicium, quod de pignore dato proponitur,* ist noch l. 2 C. de luitione pignoris 8, 30 (31): — *cum etiam edicto perpetuo actione proposita pecunia soluta creditori vel si per eum factum sit, quominus solveretur, ad reddenda quae pignoris acceperat iure eum satis evidenter urgueri manifestum sit.*

D. de a. e. v. 19, 1, Julian habe bei Erörterung des Vertrauensbruchs bei der *fiducia* das Recht des Kaufs analog herangezogen, in l. 36 D. de a. v. a. p. 41, 2 sollen die Besitz- und Usukapionsverhältnisse beim *pignus* im Gegensatz zur *fiducia* dargestellt sein. Hier wird also schon in Bezug auf eine Frage die analoge Heranziehung des *pignus* zugegeben. Warum soll sie nicht in weiterm Umfang geschehen sein, da das *pignus* doch vorzugsweise einen nahen Zusammenhang mit der Pfandfiducia hat und die Ediktskommentare bei der Erörterung der *actio pigneraticia (in factum concepta)* an der frühern Stelle absichtlich manches übergangen haben können, um es demnächst bei Gelegenheit der Besprechung der *actio fiduciae* vorzutragen? Der bloße Umstand, daß Fragmente aus dem 30. Buch von Ulpians Ediktskommentar entlehnt sind, reicht nicht aus, um Interpolation anzunehmen, wenn sie nach unserer Überlieferung von der *pigneraticia actio* reden. Nur auf besondere, aus dem Inhalt der Stellen sich ergebende Gründe darf die Annahme einer Interpolation gestützt werden. Was nun zunächst die l. 22 D. de pign. act. 13, 7 betrifft, so enthält sie nichts, was irgendwie zur Annahme nötigte, daß sie nicht schon ursprünglich in Bezug auf die *pigneraticia actio* geschrieben war. Wohl aber enthält der § 4 einen Satz, welcher ihre Beziehung auf die *fiducia* bedenklich macht. Wenn der fiduciarische Gläubiger verkaufte und die Sache (eine *res mancipi*) dem Käufer durch Mancipation übertrug, so haftete er nach Ausweis der bätischen Fiduciartafel für Eviktion, wenn er nicht durch *mancipio dare sestertio nummo uno* die Eviktionspflicht ausschloß. Hätte Ulpian in l. 22 D. cit. die Frage der Eviktionspflicht eines verkaufenden Fiduciargläubigers berührt, so konnte er nicht wohl umhin, auch den Fall des Verkaufs einer verpfändeten *res mancipi* zu erörtern. Man müßte dann eine sehr weitgehende Interpolation annehmen, wovon die Stelle keine Spur zeigt. — Gehen wir zu l. 24 über, so soll gleich im Beginn ein deutliches Zeichen der stattgehabten Interpolation sein, daß Ulpian *„possideret"*, nicht *„iure dominii possideret"* schrieb, wie es in allen auf das bloße *pignus* bezüglichen Stellen heiße; wir erführen eben aus dem *princ.* unserer Stelle, daß der *dominii impetratio* beim *pignus* eine *possessionis impetratio* bei der *fidusia* entsprach. In dieser Behauptung Lenels spricht sich eine Verkennung des Wesens des vom Caesar ausgehenden Pfandzuschlags aus. Wann das Institut der *dominii impetratio* aufgekommen, wissen wir nicht: zur Zeit der Juristen Ulpian und Tryphoninus finden wir es in voller Anerkennung. Es reicht jedenfalls in Zeiten zurück, in welchen dem *princeps* noch nicht die Gesetzgebung, sondern nur eine Gesetzanwendung in eminentem Grade zukommt. Der Prinzeps konnte also gewiß nicht durch seinen Zuspruch dem Verpfänder quiritisches Eigentum ab- und dem Pfandgläubiger zusprechen. Das ihm zustehende höchste *imperium* setzte ihn aber in den Stand, wie der Prätor durch *iubere possidere* bei dem Verfahren wegen verweigerter *cautio damni infecti* dem Kautionsberechtigten das *in bonis* an der Sprache zusprechen konnte, so dem Pfandgläubiger durch seinen Zuspruch bonitarisches Eigentum an dem Pfand zu verschaffen. Wie nun die *missio ex secundo decreto* ihrem Inhalt nach als ein *possidere iubere* ohne weitern Zusatz,[1] aber auch als ein *iure dominii possidere, dominum constitui*[2] charakterisiert wird,

[1] Vgl. z. B. die bei Dernburg, Pandekten I, § 231, A. 14 citierten Stellen, insbesondere l. 7 pr. D. de damno infecto 39, 2.

[2] L. 7 § 1 D. de usufr. 7, 1. L. 15 § 16, § 33 D. de d. i. 39, 2.

so wird auch der kaiserliche Zuschlag des Pfandes als ein *principis auctoritate iure dominii possidere,* aber auch als ein *impetrare a Caesare, ut pignus possideret* charakterisiert, ohne daß durch diese Ausdrücke etwas Verschiedenes bezeichnet werden soll. In l. 5 § 3 D. de reb. eor. 27, 9 werden auch das *impetrare, ut iure dominii possideant* und das *ex causa damni infecti iussum esse possidere* unmittelbar nebeneinander genannt. Die Anwendung des kaiserlichen Zuschlags auf die Pfandfiducia ist einstweilen noch unbewiesen. Eine andere Spur aber, daß Ulpian in l. 24 cit. ursprünglich von der *actio fiduciae* gehandelt, liegt nicht vor. Sollten durch das *quasi soluta pecunia* die letzten Worte als Formelworte bezeichnet sein, was immerhin möglich ist,[1] so könnte damit nur auf die *formula in factum concepta* der *pigneraticia actio* angespielt sein; denn ihrer ganzen Natur nach verträgt die *fiducia* keine *formula in factum concepta.* Die *fiducia* setzt gar nicht notwendig voraus, daß der Gläubiger Besitzer geworden ist, es könnte also bei ihr der Kondemnationsbefehl gar nicht unbedingt an das *rem redditam non esse,* sondern nur an *rem remancipatam non esse* geknüpft werden. Auf die *fiducia* ist aber ferner der Gedanke nicht anwendbar, welcher der *formula in factum concepta* bei Kommodat, Depositum, *pignus* zu Grunde liegt. Bei den genannten drei Realkontrakten sind der Kommodant, Deponent, Pfandgeber Eigentümer der Sache, in den ersten beiden Fällen sogar juristische Besitzer geblieben. Die dolose Verweigerung der Rückgabe der deponierten u. s. w. Sache wird als ein Delikt des Kommodatars u. s. w. angesehen, die *actio in factum* ist Deliktsklage. Der Fiduciar aber, welcher die Remancipation bezw. Rückgabe der *fiducia* verweigert, macht sich wohl eines ehrlosen Kontraktsbruchs schuldig, aber, da er quiritischer Eigentümer der Sache ist, keines Delikts. Wir werden also daran festhalten müssen, daß die *actio fiduciae* nur eine *formula in ius concepta* hatte.

Was war nun aber die *fiducia?* War es eine Festsetzung in der an die *mancipatio* sich anschließenden *nuncupatio?* Die Möglichkeit solcher Annahme wird schon dadurch ausgeschlossen, daß die *fiducia* nicht bloß vermittelst *mancipatio,* sondern auch vermittelst *in iure cessio* geschehen kann, bei der letztern aber eine *nuncupatio* nicht vorkommt. Auch was wir sonst über den Inhalt der *nuncupatio* bei der Mancipation wissen oder als wahrscheinlich annehmen können, läßt ein Versprechen der Remancipation, wie es die *fiducia* in sich schließt, nicht als möglichen Inhalt derselben erscheinen. Die *nuncupatio* ist ein an den Hauptakt des *per aes et libram gestum,* also bei der Mancipation ein an die *emtio imaginaria* sich anschließender Nebenakt, welcher aber auch noch vor den fünf Zeugen und dem *libripens* geschieht, also an der Solennität teilnimmt. Die *fiducia* aber ist eine ganz außerhalb des Mancipationsakts stehende Beredung; auch muß wohl angenommen werden, daß dieselbe der *mancipatio* oder *in iure cessio* vorausging, da sie schon für sich eine der Mancipation oder *in iure cessio* zu Grunde liegende allgemeine Zweckberedung ist, im Verhältnis zu welcher die Mancipation oder *in iure cessio* als Vollzugsakt erscheint. Den Inhalt der *fiducia* giebt Boethius ad Top. c. 10 so an: *Fiduciam — accepit, cuicumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet; velut si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipet, ut ei, cum tempus quod suspectum est praeterierit, reddat. Haec mancipatio fiduciaria*

[1] Daß die Worte *eamque pecuniam solutam esse* nicht in einer Formel der Pfandfiducia gestanden haben, nimmt auch Pernice, a. a. O. S. 125, an.

nominatur idcirco, quod restituendi fides interponitur. Danach wird also ausdrücklich der *fides* des Empfängers aufgegeben, daß er die durch *mancipatio* oder (wie wir sonst wissen) durch *in iure cessio* ihm übertragene Sache demnächst remancipiere (bezw. zurückcediere), und von da soll der Name *fiducia, fiduciaria mancipatio* herrühren. Bei Cic. de off. III, 17 werden nun zwei Formeln oder Formulare angeführt: — *Nam quanti verba illa, uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem? quam illa aurea! Ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione* u. s. w. Das zweite Formelstück ist, wie wir aus anderen Stellen wissen, der *formula* der *actio fiduciae* entlehnt. Wohin das erste zu stellen sei, ist Gegenstand des Zweifels gewesen. Die besondere Verweisung auf die *fides* und die Zusammenstellung mit dem andern der Formel der *actio fiduciae* angehörigen Stück legen es sehr nahe, daß wir es auch mit einem auf die *fiducia* bezüglichen Formular zu thun haben. Einige wollen die Worte in eine *legis actio fiduciae* verweisen.[1] Aber Rudorff hat mit vollem Recht darauf hingewiesen, daß die Fassung der Worte auf eine Kautel für die Zukunft hinweise, keine *legis actio* aber *de futuro prodita* sei. Jene Fassung spricht dafür, daß wir es hier mit einem Bestandteil des *contractus fiduciae* selbst zu thun haben. Dazu stimmen Anspielungen bei Plautus, welche nicht wohl anders als auf die *fiducia* bezogen werden können. Bacch. III, 3, 9: *Nunc propter te tuamque pravos factus est fiduciam* (Pistoclerus). Trinummus I, 2, 79 f.: *adulescentem, quem esse corruptum vides, Qui tuae mandatus est fide et fiduciae, Quin eum restituis?* Vgl. auch Terent. Phorm. III, 1, 5: *Ne quid propter tuam fidem decepta poteretur mali.*

Die ganze Fassung des bei Cicero erhaltenen Formelstücks zeigt aber auch, daß es eben nur ein Stück ist, welches er uns mitteilt. Ohne in den Wahn zu verfallen, den verlorenen Teil restituieren zu können, sondern nur, um den Gedanken zu veranschaulichen, welcher in der Formel ausgeprägt gewesen sein muß, setze ich her, wie ich sie mir vorstelle: *Hominem Sticlum, quem ego tibi fidei et fiduciae causa mancipio dabo, eum tu mihi ita remancipato, uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem.* So viel können wir als sicher nach dem bei Cicero Erhaltenen annehmen, daß die Formel von dem Fiducianten, von dem, welcher das Recht erwerben sollte, gesprochen wurde und eine einseitige war. In der einseitigen Formel findet hier, wie bei anderen der ältern Schicht der Verträge angehörenden Geschäften, die hervorragende Stellung dessen, welcher durch die Vereinbarung ein Recht erwerben soll, einen äußern Ausdruck. Die andere Partei erklärt sich mit dem ihr gegenüber Ausgesprochenen stillschweigend einverstanden; wegen dieser einseitigen Form der Rede mag man das Geschäft als eine *lex* bezeichnen, aber es wird dadurch an der sachlichen Natur desselben als einer freien Vereinbarung nichts geändert. Daß aber die Beobachtung der Form, von welcher Cicero ein Stück mitteilt, in alter Zeit nicht rechtlich notwendig gewesen sei, weil es kein solennes *bonae fidei negotium* gäbe und die *fiducia* das Prototyp der *bonae fidei negotia* sei, scheint doch nichts weiter als eine *petitio principii* zu sein. Die *fiducia* teilt zwar, wie wir sehen werden, manche Eigenschaften der gewöhnlichen *bonae fidei negotia,* nimmt aber doch ihnen gegenüber eine eigentümliche Stellung ein. Rechtlich bindend, perfekt wird jene in der

[1] Ubbelohde, Zur Geschichte der Realkontrakte S. 61. Lenel, Edictum S. 234. Pernice, a. a. O. S. 122, A. 2.

einseitigen Rede des Fiducianten sich ausdrückende Vereinbarung erst durch die darauf folgende *mancipatio* oder *in iure cessio*. Insofern hat die *fiducia* wieder eine gewisse Ähnlichkeit mit den Realkontrakten, ohne daß sie doch zu denselben gerechnet werden könnte, da die *mancipatio* oder *in iure cessio* nicht notwendig mit der Hingabe der Sache verbunden zu sein braucht; keineswegs aber darf sie, weil sie zu ihrer Perfektion der Mancipation oder *in iure cessio* bedarf, als ein Nebenvertrag bezeichnet werden. Auch sehe ich nicht, was uns hindern sollte, das *rem fiduciae accipere*, das *fiduciam contrahere* als einen *contractus* zu bezeichnen.[1] Daß Gaius denselben unter seinen *obligationes, quae ex contractu nascuntur*, nicht aufführt, ist ganz begreiflich, denn unter keines der *quattuor genera*, nach welchen er sie vorträgt, paßt er. Er ragt etwas fremdartig und altertümlich in die neuere Zeit hinein, und Gaius mochte es für genügend halten, seiner bei der Erörterung der *usureceptio* Erwähnung zu thun. Seinem Inhalte nach begründet dieser Vertrag ein obligatorisches Treuverhältnis im eminentesten Sinne: es soll die Mancipation geschehen *fidei et fiduciae causa*. Es handelt sich um kein einfaches Versprechen der Rückgabe, sondern der Empfänger soll die Sache als Treuhänder haben und sie als solcher zurückgeben. Daß jene Worte in der Formel des Geschäfts vorkamen, darauf läßt auch der in der bätischen Fiduciartafel enthaltene Bericht schließen, nach welchem *Dama L. Titi servus* die bezeichneten Sachen von *L. Baianius fidi fiduciae causa mancipio accepit*. Danach wird ausdrücklich ausgesprochen, daß die Mancipation zu treuen Händen des andern und im Vertrauen auf diese Treue geschehe, und dieses Vertrauen wird nicht bloß ausgesprochen, sondern wirklich durch die Vornahme der Mancipation oder der *in iure cessio* bewiesen. Auch die Formel der *actio fiduciae* ist nicht etwa bloß durch die sprachliche Fassung von der der gewöhnlichen *bonae fidei iudicia* verschieden. Bei diesen soll der Beklagte auf das verurteilt werden, was er *ob eam rem*, d. h. wegen der speziellen *causa* (Kauf, Miete, Kommodat u. s. w.) nach der *bona fides* zu leisten verpflichtet ist, das Maß der Leistung soll also nach der Natur der speziellen *causa* beurteilt werden, und je nach dieser Natur hat der Beklagte bald für die *diligentia* eines *bonus paterfamilias*, bald nur für *dolus* und *lata culpa* einzustehen. Dadurch, daß bei der *fiducia* direkt auf die (subjektive) *fides* des Schuldners und auf das Vertrauen auf diese *fides* abgestellt ist, wird der Gedanke ausgedrückt, daß ihm das Eigentum nicht definitiv, sondern nur als Treuhänder übertragen sein soll, und muß er als solcher nach der Formel *„ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione“* stets für das Verhalten eines *bonus vir* einstehen, also für die *diligentia* eines *bonus paterfamilias*. Bei Cic. de off. III, 15. 17 wird daher vor den gewöhnlichen *iudicia, in quibus additur ex fide bona*, neben der *actio rei uxoriae* die *actio fiduciae* besonders hervorgehoben, ebenso Top. c. 17. In einer andern Äußerung Ciceros werden vor den *reliqua iudicia*, bei welchen es sich nur um das handelt, *quae contra fidem fiunt* (den *actiones empti, venditi, locati, conducti*) die *iudicia de fide mala* hervorgehoben, unter welchen sich das *iudicium fiduciae* befindet. Die Verletzung der übernommenen Treupflicht ist kein gewöhnliches *contra fidem facere*, es ist ein *fidem frangere*, welches, wenn es durch richterliches Urteil konstatiert wird, den Schuldner infam macht, die *actio fiduciae* gehört zu den *iudicia turpia*.[2]

[1] Gegen die Auffassung der *fiducia* als eines *contractus* wieder Pernice, a. a. O. S. 121, A. 1.

[2] Die besondere Natur der Verhältnisse, aus welchen diese *iudicia de fide mala* entspringen, wird später bei der Darstellung der *bonae fidei iudicia* erörtert werden.

Ist gleich die *fiducia* schon für sich kein völlig abstraktes Versprechen der Rückgabe, so läßt sie doch eine nähere Determinierung des Zwecks der Übertragung zu, und es fragt sich, ob es der Aufnahme eines individuellen Zwecks der Mancipation bezw. *in iure cessio* in die *fiducia* bedürfe, um derselben rechtlichen Bestand und Klagbarkeit zu verschaffen, oder ob das *fidei et fiduciae dare* schlechthin genüge. Nach Gai. II, 60: *fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint.* Boethius ad Top. 10 erwähnt nur das letztere Motiv der *fiducia: velut, si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipet, ut ei, cum tempus quod suspectum est praeterierit, reddat.* Isidor Or. V, 26, 20 nennt nur die *cum creditore* abgeschlossene *fiducia: Fiducia est, cum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in iure ceditur.* — Es konnte sich also eine individuellere *causa,* welcher eine Rückübertragung der hinzugebenden Sache entsprach, an die *fiducia* anschließen, wie die *pignoris causa.* Eine andere Frage aber ist, ob die bloße *fiducia* nicht für sich bestehen konnte, und ob, wenn eine individuellere *causa* ihr zu Grunde lag, diese in die Formel der *fiducia* selbst Aufnahme fand. Nach meinem Dafürhalten konnte die reine *fiducia,* d. h. die durch Mancipation oder *in iure cessio* perfekt gewordene Auflage, *ut eam rem mancipanti remancipet* für sich Bestand haben. Das zeigen uns die demnächst zu erörternden *mancipationes fiduciariae* des Personenrechts, das zeigt aber auch die von Gaius und Boethius erwähnte *fiducia cum amico contracta.*[1] Bei dieser ist der Fiduciar in jedem Moment auf Verlangen des Fiducianten zur Remancipation verpflichtet. Der erstere kann nicht etwa geltend machen, daß die Gefahr, mit Rücksicht auf welche die Sache ihm mancipiert wurde, noch nicht vorüber sei. Der *timor,* von welchem der Fiduciant zum *fiduciae dare* bewogen wurde, die Rücksicht, *ut tutius res apud amicum sit,* hat im Grunde keine größere Bedeutung als die eines außerhalb des Geschäfts liegenden Motivs. Diese *fiducia cum amico* halte ich für die ältere, sie kommt dem reinen, ursprünglichen Typus der *fiducia* am nächsten, wonach dieselbe eine abstrakte Auflage der Remancipation oder Rückcession enthält, den individuellen Zweck aber, um deswillen die *mancipatio fiduciaria* geschieht, als bloßes Motiv und nicht zum Geschäft gehörig ganz von sich ausschließt. Hier zeigt sich nun auch der Grund, warum die *fiducia* nur durch Mancipation oder *in iure cessio,* nicht durch Tradition bewerkstelligt werden konnte. Die Mancipation oder *in iure cessio* sind schon für sich bestehende Rechtsakte, dagegen die Tradition für sich ist ein bloßes Faktum; erst in Verbindung mit der ihr unterliegenden individuellen *causa,* welche auch die Wirkung der Tradition bestimmt, wird sie zum Rechtsgeschäft. Die abstrakte *fiducia* nun würde nicht genügen, der Tradition den Charakter eines Rechtsakts zu verleihen; die dem Empfänger zu machende Auflage könnte nur auf ein Zurücktradieren gehen, es würde dadurch in keiner Weise die Wirkung der Tradition selbst bestimmt werden, wie durch eine unterliegende individuelle *causa.*

Ist nun auch die *fiducia* eine abstrakte Auflage der Remancipation oder Rückcession, welche sich mit keiner individuellen *causa* der Mancipation oder Cession in Verbindung zu setzen braucht, so hat sie doch die Fähigkeit dazu,

[1] Nach der Ansicht eines neuern Schriftstellers über die *fiducia,* Hecks (Ztschr. d. Savignystift. f. Rechtsgesch. X, S. 82 ff.), soll auch die *fiducia cum amico* Pfandzwecken gedient haben. Dagegen mit Recht Pernice, a. a. O. S. 135, A. 2, und Oertmann, a. a. O. S. 146 ff.

wie die *fiducia, quae cum creditore pignoris iure contrahitur,* zeigt. Aber ob diese individuelle *causa* in die Formel der *fiducia* selbst aufgenommen sei, muß dahingestellt bleiben, nachweisen läßt es sich nicht. Da solche individuelle *causa,* auch wo sie einen Bestandteil des Geschäfts ausmacht, doch nicht zum allgemeinen Wesen der *fiducia,* sondern zu dem für den konkreten Fall festgestellten Inhalt derselben gehört, so eignet er sich für ein *pactum in continenti adiectum,* wie es zu der *fiducia* ebenso, wie zu den gewöhnlichen *bonae fidei negotia,* hinzutreten konnte. Seitdem es zulässig war, in solcher Weise die *fiducia* zum Zweck der Verpfändung einer Sache zu benutzen, mag man es auch für zweckmäßig erachtet haben, falls eine *fiducia* nur *cum amico, quo tutius nostra res apud eum sit,* geschehen sollte, dieses nicht als außergeschäftliches Motiv unerwähnt zu lassen, sondern in einem *pactum adiectum* auszusprechen, um keinen Zweifel darüber zu lassen, daß die *fiducia* nicht etwa zum Zweck einer Verpfändung geschehen sei. Man soll aber nicht übersehen, daß die Freundschafts-*fiducia* nicht etwa ihrem Zweck nach ganz mit dem Depositum übereinstimmt: sie bezweckt und bewirkt Sicherung des Fiduzianten, und eine Sicherung ganz anderer Art, als wie sie durch einfaches *deponere* erreicht werden kann; denn dem Fiduciar wird das Eigentum übertragen, welches ihn in den Stand setzt, die Sache nach jeder Richtung rechtlich zu vertreten und zu schützen. Das Depositum kann der bloßen Bequemlichkeit des Deponenten dienen: vielleicht nur, um sich selbst der Last ihrer Aufbewahrung für einige Zeit zu entledigen, übergiebt er sie einem andern zur Aufbewahrung, während sie vielleicht bei ihm sicherer wäre, als beim Depositar, und er als Eigentümer sie jedenfalls besser rechtlich vertreten und schützen könnte, als der Depositar, welcher nur Detentor wird. Der Fiduciar haftet ferner für *omnis culpa,* während der Depositar nur für *dolus* und *lata culpa* einsteht.

Sowie *mancipatio* und *in iure cessio* nicht bloß auf Sachen, sondern auch auf Personen Anwendung fanden, so hat auch die *fiducia* im Personenrecht eine Rolle gespielt. Ein Gewalthaber konnte sein Hauskind einem andern mancipieren mit *fiducia,* mit der Verabredung, daß es ihm remancipiert werde. Es konnte auch eine Frau sich selbst einem *coemtionator* mancipieren mit der Verabredung, daß sie einem dritten remancipiert werde, welche Art der *coemptio* gerade wegen der der Mancipation unterliegenden *fiducia* als *coemtio fiduciaria* bezeichnet wurde. Es konnte aber auch die Mancipation des Hauskindes mit der Verabredung geschehen, daß der *mancipio accipiens* den in der *mancipii causa* Befindlichen manumittieren solle, und es fragt sich, ob auch diese Verabredung unter den Begriff der *fiducia* subsumiert sei. Es ist diese Frage nicht so unzweifelhaft, aber nach meinem Dafürhalten muß sie doch bejaht werden.[1] Wenn der dritte, an welchen der *coemptionator* die durch die *coemtio* in seine (imaginäre) *manus* gekommene Frau zufolge der mit ihr abgeschlossenen *fiducia* remancipiert hatte, die Frau aus dem *in mancipio esse* manumittiert hatte, so wurde er ihr *tutor fiduciarius.* Am ungezwungensten erklärt sich dieser Ausdruck so, daß der *coemtionator* gemäß der mit der Frau abgeschlossenen *fiducia* bei der Remancipation an den dritten diesem durch *fiducia* auferlegte, die Frau zu manumittieren. Da er so zufolge dieser *fiducia* ihr Quasiherr, dann ihr *manumissor* und *quasipatronus* geworden war, so wurde folgerecht seine *tutela* über sie als eine *fiduciaria* bezeichnet. — So hat die *fiducia* bei der Ausbildung des Personenrechts, ins-

[1] Vgl. Pernice, a. a. O. S. 126.

besondere bei der Ausbildung der Emancipation und der Adoption, eine bedeutende Rolle gespielt. Je mehr aber diese komplizierten Vorgänge sich eingebürgert hatten, desto mehr traten die Einzelakte, aus welchen sie sich zusammensetzten, zurück, und es ist begreiflich, daß darüber in Lehrbüchern, wie in Gaius' Institutionen, nicht mehr mit der Genauigkeit berichtet wird, wie es für unsere Kenntnis der Entwickelung des römischen Rechts wünschenswert wäre.

Fragen wir jetzt, welches Alter man für die *fiducia* und die *fiduciae actio* annehmen dürfe, so kann man wohl als Grenze, über welche sie nicht zurückversetzt werden dürfen, die Zeit bezeichnen, in welcher die Mancipation zu einer *emtio imaginaria* geworden ist. So lange sie reeller Kauf für wirklich solenn zugewogenes *aes* war, kann die *fiducia* noch nicht bestanden haben. Andererseits ist die Grenze nach vorn durch das Aufkommen der Emancipation und Adoption gegeben, bei welcher sie ja eine wichtige Rolle spielte. Der Gedanke, eine Emancipation bezw. *in adoptionem datio* durch Benutzung des bekannten Zwölftafelgesetzes zu bewerkstelligen, konnte nur aufkommen, wenn die *fiducia* ein bekanntes und sicher eingebürgertes Geschäft war. Für ein hohes Alter spricht auch die Auflegung der Treuverpflichtung durch einseitige solenne Rede des Fiducianten, spricht die altertümliche Sprache sowohl in dem Stück, welches uns von dem Formular der *fiducia* selbst, als auch in dem Stück, welches uns von der *formula* der *actio fiduciae* erhalten ist.[1] Daß diese altertümliche Fassung des Formulars und der Formel sich noch bis Cicero erhalten, deutet auf hohes Alter; denn was aus altersgrauer Vorzeit in neue Zeiten hineinragt, pflegt am zähesten seine alte Gestalt zu bewahren, wie das namentlich bei alten sakralen Bräuchen hervortritt. — Für verhältnismäßig jünger halte ich die *fiducia pignoris iure cum creditore contracta*, weil sie die Hineintragung der individuellen *causa* der Mancipation bezw. *in iure cessio*, sei es in das Formular der *fiducia* selbst, sei es in ein *pactum adiectum*, zur notwendigen Voraussetzung hat, was wohl nicht dem ursprünglichen Typus der *fiducia* entspricht. Oft wird behauptet, daß auch das Kommodat in der Form der *fiducia* habe abgeschlossen werden können. Mir ist das unwahrscheinlich. Gaius wenigstens scheint die Möglichkeit einer Anwendung der *fiducia* zu dem bezeichneten Zweck nicht gekannt zu haben, denn er führt die beiden von ihm besprochenen Anwendungen der *fiducia* nicht mit einem *velut*, sondern mit *aut—aut* an, und so drückt man sich doch nicht aus, wenn man noch ein drittes oder viertes als daneben vorkommend weiß oder für möglich hält. Auch sonst weiß ich keine Spuren einer solchen Anwendung der *fiducia*, der angebliche Nachweis einer Interpolation *depositum vel commodatum* für *fiducia cum amico* ist keineswegs geführt. Und innere Gründe für die hier in Frage stehende Anwendung der *fiducia* finde ich nicht angeführt. Bei den uns sicher bekannten Anwendungen der *fiducia* liegt die Anvertrauung durch Eigentumsübertagung im Interesse des Fiducianten, oder es kommt doch ein solches Interesse mit ins Spiel. Daß *tutius res nostra apud amicum sit*, kann vielleicht nicht durch

[1] Über den Gebrauch des *propter* in der alten Latinität s. Holtze, Syntaxis prisc. scr. lat. I, p. 236. Vgl. z. B. Terent. Phorm. III, 1, 5: *Nequid propter tuam fidem decepta poteretur mali.* Auch die Hervorhebung der Person und daneben der *fides* derselben ist altertümlich und kommt z. B. vor in der alten Devotionsformel bei Macrob. III, 19: *urbes agrosque capita — vicarios pro me fide magistratuque meo — do devoveo ut me meamque fidem etc.* Auch das *inter bonos bene* ist altertümlich. S. Holtze, a. a. O. I, p. 151. Plaut. Rud. IV, 3, 2: *bonis quod bene fit, hau perit.*

einfache Deponierung, sondern nur durch Eigentumsübertragung erreicht werden, auch dem Gläubiger wird durch Eigentumsübertragung jedenfalls grössere Sicherung, als durch bloße Besitzübertragung verschafft. Welcher Grund aber spräche beim Kommodat dafür, dasselbe nicht durch bloße Übergabe der Sache, sondern durch Eigentumsübertragung abzuschließen? Der Kommodant gäbe das Eigentum aus der Hand, ohne daß irgend ein eigenes Interesse ihn dazu bewöge, und dem Kommodatar, dem materiell die Sache nur zu einem gewissen Gebrauch überlassen werden soll, würde überflüssigerweise zu diesem Behuf das Eigentum übertragen; auch er hat kein Interesse daran, zu solchem Zweck zum Eigentümer gemacht zu werden. Wie es sich aber auch mit dem Kommodat als Zweck der *fiducia* verhalten möge, entschieden muß es in Abrede gestellt werden, daß der *fiducia* je ein materieller Eigentumsübertragungszweck zu Grunde gelegt ist, wie etwa die *mortis causa donatio,* mit der Verabredung also, daß das Eigentum dem Schenker, falls der Beschenkte vor ihm stürbe, zurückübertragen werden solle. Keller glaubt einen solchen Fall in l. 42 pr. D. de m. c. donationibus entdeckt zu haben *(bonae fidei iudicio* soll von den Kompilatoren an die Stelle von *fiduciae iudicio* gesetzt sein), mit dem *bonae fidei iudicium* ist aber von dem Verfasser der Stelle die in dem besprochenen Fall sehr wohl anwendbare *actio praescriptis verbis* gemeint (vgl. über die Anwendbarkeit dieser Klage auf die *mortis donatio* Keller selbst, Institutionen S. 350). Der *fiducia* sind wohl immer nur solche Zwecke zu Grunde gelegt, welche ein vorübergehendes, wenn auch vielleicht längeres, auch im Interesse des Fiducianten gelegenes Anvertrauen der Sache involvierten, welches am vollkommensten durch Eigentumsübertragung zu getreuen Händen erreicht werden konnte. Daraus allein erklärt sich die Zulässigkeit der *usureceptio* des Fiducianten. Die *mancipatio fiduciae causa* geschah nicht zur Realisierung einer materiellen Eigentumsübertragungs-*causa*, der Fiduciar erhielt nur ein Eigentum als Treuhänder, oder, wie Rudorff es ausdrückt, ein prokuratorisches Eigentum. Der Fiduciant beging also kein *furtum*,[1] wenn er den Besitz der Sache wieder ergriff, ja er konnte das materielle Recht an der Sache, welches er nie hatte aufgeben wollen, durch *usureceptio* wieder in quiritisches Eigentum verwandeln, vorausgesetzt, daß bei der *fiduciae pignoris causa contracta* die Schuld bereits getilgt war, oder der Gläubiger ihm die Sache weder vermietet noch *precario* überlassen hatte; denn in solchem vermietungsweise oder *precario* geschehenen Überlassen der Sache lag ein Festhalten der in dem quiritischen Eigentum liegenden Sicherheit von seiten des Gläubigers. Warum die *usureceptio fiduciae* auch in Bezug auf Grundstücke in einem Jahre vollendet werden konnte, bleibt dunkel. Vielleicht ist die *fiducia,* ebenso wie die Mancipation, ursprünglich nur in Anwendung auf bewegliche Sachen vorgekommen, und es ward die bisherige Frist der *usureceptio* einfach beibehalten, als man die *fiducia* auch auf Grundstücke übertrug.

Es ist wohl behauptet worden, daß die *fiducia* selbst viel älter sei, als die *actio fiduciae,* es sei namentlich die familienrechtliche *fiducia* ursprünglich ohne wesentlichen civilrechtlichen Schutz gewesen; schon aus dem Namen gehe hervor, daß sie rein auf Glauben und Vertrauen begründet war. Der einzige äußere, aber ein ohne Zweifel lange Zeit ausreichender Schutz sei die Publicität des Geschäfts gewesen. Dieser angeblich in der Publicität des Geschäfts liegende Schutz wird auf eine falsche Voraussetzung gestützt. Wenn auch die

[1] Gai. III, 201.

Mancipation oder *in iure cessio*, durch welche die *fiducia* perfekt wurde, öffentliche Akte waren, so trifft dies für die vorausgehende *fiducia* nicht zu. Nirgends wird angedeutet, daß sie etwa vor Solennitätszeugen habe geschehen müssen; den Mancipationszeugen konnte die vorausgehende *fiducia* völlig unbekannt bleiben. Meines Erachtens ist es aber auch eine unrömische Vorstellung, daß ein auf die *fides* gestelltes Geschäft, eben darum, weil es auf die *fides* gestellt war, ursprünglich nicht rechtlich erzwingbar gewesen sei; daß nur die gehörige Form dem Akt Erzwingbarkeit verliehen. Wird doch das *nexum* als ein *ingens vinculum fidei* bezeichnet. Gerade dem altrömischen Recht scheint solches „Extrem einer völligen Isolierung und Ablösung des Rechts von seinen ethischen Wurzeln" fremd zu sein.[1] Seit ältester Zeit war vielmehr die *fides* eines der Momente, welche einen Akt zu einem rechtlich bindenden machen konnten. Es kam nur darauf an, daß das *adstringere* oder *devincere fidem* in der gehörigen Weise und bei der richtigen Materie geschah. Bei der *fiducia* kommt aber doch zu der Gründung des Verhältnisses auf Glauben und Vertrauen noch etwas hinzu: diese Verstellung auf Glauben und Vertrauen mußte vom Fiducianten in einer solennen Formel der lateinischen Sprache mündlich dem gegenwärtigen Gegner gegenüber ausgesprochen und das Vertrauen auch reell durch Mancipation der Person oder Sache erwiesen werden. Daß ein in dieser solennen und reellen Weise begründetes Vertrauens- und Treueverhältnis lange Zeit ohne rechtlichen Schutz gewesen sei, ist durchaus unwahrscheinlich. Die Anwendbarkeit der *actio fiduciae* auf die familienrechtliche *fiducia* ergiebt sich aus einer in Coll. leg. Mos. et Rom. II, 3 erhaltenen Äußerung Papinians. Danach soll, wenn ein Freier, welcher wegen eines Delikts vom Gewalthaber dem Dritten durch (vermittelst Mancipation geschehene) *noxae deditio* übergeben ist, den Schaden abverdient hat, der Quasiherr vom Prätor zur Freilassung gewungen werden können, *sed fiduciae iudicio non tenetur*. Daraus kann entnommen werden, daß, wenn ein Haussohn vom Gewalthaber einem Dritten mit der Beredung, daß er freigelassen werden solle, mancipiert war, die *actio fiduciae* gegen den Dritten begründet war. Bechmann[2] meint, die *actio fiduciae* könne sich in dieser Anwendung unmöglich auf das persönliche Verhältnis als solches bezogen haben, sie müsse hier von vornherein auf die vermögensrechtlichen Wirkungen des *in mancipio esse* eingeschränkt werden. Richtig ist wohl nur, daß infolge der *actio fiduciae* kein unmittelbarer Zwang gegen den Quasiherrn eintrat, ein solcher war dem alten Prozeß unbekannt. Daß aber die *actio fiduciae* in Anwendung auf die familienrechtliche *fiducia* nur einen Schutz bezüglich jener vermögensrechtlichen Wirkungen, gar keinen bezüglich des persönlichen Verhältnisses selbst gewährt habe, ist darum doch nicht anzunehmen, wenn wir auch wegen Mangels von Nachrichten nicht imstande sind, zu erweisen, wie sich dieser Schutz gestaltet habe. Die *intentio* der *actio fiduciae* haben wir als *in ius* konzipiert zu denken. Dafür spricht, daß bei Cicero die *actio fiduciae* stets in Verbindung mit den *bonae fidei iudicia* angeführt wird (vgl. namentlich Top. c. 10: *si tutor fidem praestare debet, si socius, si, cui mandaris, si qui fiduciam acceperit: debet etiam procurator*). Es spricht dafür ferner, daß bei Gai. IV, 33 im Gegensatz zu den *actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*, die *actio fiduciae* unter den *actiones, quae sua vi ac potestate valent*, aufgeführt wird; bei

[1] G. Hartmann, Leibnitz als Jurist und Rechtsphilosoph, in d. Festgabe d. Tüb. Juristenfak. für Ihering S. 96.

[2] Der Kauf I, S. 286 ff.

den letztern kann aber nur an *actiones in ius conceptae* gedacht sein, denn die *in factum conceptae* sind solche, welche *ex praetoris iurisdictione substantium capiunt.* Es spricht weiter dafür, daß Gaius IV, 62 die *actio fiduciae* unter den *bonae fidei iudicia* aufführt, bei welchen *officio iudicis contineri videtur, ut habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum cum quo actum est condemnare.* Daß bei dieser richterlichen Kompensation nur an *formulae in ius conceptae* mit weitgefaßter *intentio* gedacht sei, ist nicht zu bezweifeln. Die *intentio* der *actio fiduciae* ist aber ebensowenig, wie die der *actio rei uxoriae,* als ganz mit der der gewöhnlichen *bonae fidei iudicia* übereinstimmend zu denken. Das bei Cicero erhaltene Formelstück wird als dieser *intentio* angehörend anzusehen sein, die Ergänzung wird man sich etwa so vorzustellen haben: *N^um N^um erga A^um A^um ita agere oportere, ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione.*[1] Wenn nun bei den gewöhnlichen *bonae iudicia* ein Affektionsinteresse zur Begründung der Klage zugelassen wurde, so wird um so mehr ein solches bei der noch freiern *formula fiduciae* schon in früher Zeit zugelassen sein, das Affektionsinteresse aber des Vaters an der Manumission des Kindes braucht nicht weiter dargelegt zu werden. Ein indirekter Zwang zur Vornahme der Manumission war damit gegeben: wollte der Quasiherr der Verurteilung zu dem vom Richter abzuschätzenden Affektionsinteresse und der an diese Kondemnation sich knüpfenden Infamie entgehen, so mußte er vorher die Manumission vornehmen. Solche Abschätzung des Affektionsinteresses kam in alter Zeit gewiß auch in anderen Fällen vor. Man denke an die altlatinische Klage aus dem Verlöbnis. Konnte vom Beklagten kein genügender Grund angegeben werden, aus welchem er das Verlöbnis nicht erfüllen wollte, so erfolgte die Abschätung und Kondemnation auf *quanti interfuerat eam uxorem accipi aut dari,* und diese Abschätzung war wohl nicht bloß eine solche des Vermögensinteresses, welches nicht selten ganz fehlen mochte, sondern auch des Affektionsinteresses. — Wann die Verwendung der *fiducia* zum Zweck der Verpfändung aufgekommen ist, kann nicht mehr ermittelt werden. Mit der Bürgschaft läßt sie sich, ebenso wie das *pignus,* nicht auf eine Linie stellen. Bürgschaft geschieht nicht bloß zum Zweck der Sicherung des Gläubigers, Bürgenstellung ist vielmehr eine Art des *satisfacere*, der Gläubiger kann sich an den Bürgen halten und diesen auf Erfüllung der Schuld, für welche er sich verbürgt, belangen. Die *fiducia pignoris causa* hat dagegen, ebenso wie das *pignus*, ursprünglich nur den Zweck der Sicherung, sie ist kein Mittel der *satisfactio.* Man kann daher nicht sagen, Bürgschaft sei die ältere Art der Sicherstellung, Pfandbestellung die jüngere. Wo nur Sicherstellung, nicht auch *satisfactio* beabsichtigt und nötig war, da kann schon früh *fiducia* neben Bürgschaft vorgekommen sein. Und seitdem es andere Obligationen, als *verborum obligationes,* gab, bot, da die ältesten Formen der Bürgschaft, *sponsio* und *fidepromissio,* nur zu *verborum obligationes* hinzutreten konnten, die *fiducia* ein aushelfendes Sicherungsmittel. Eine Art der *satisfactio* war aber die *fiducia pignoris causa* ursprünglich deshalb nicht, weil der Gläubiger als Eigentümer zwar das formelle Recht des Verkaufs hatte, er aber durch denselben der *fiducia,* welche ihn zur Remancipation des Pfandes nach Tilgung der Schuld verpflichtete, zuwiderhandelte. Dabei ist es aber nicht verblieben. Später wurde auch bei der *fiducia* dem Gläubiger das *ius vendendi* in dem Sinne ein-

[1] Lenel, Ed. S. 233 schiebt jenes Stück in seine *formula in factum concepta* so ein: *— negotiumve ita actum non esse, ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione.* Dann hätte es heißen müssen: *ut inter bonos bene agier oportuit.*

geräumt, daß er, wenn ihm nicht rechtzeitig gezahlt werde, dadurch nicht der *fiducia* zuwiderhandeln sollte. Seitdem konnte, wenn der *creditor* verabredungsgemäß von dem *ius distrahendi* Gebrauch gemacht hatte, der Schuldner mit der *actio fiduciae* nicht auf Remancipation, sondern auf Herausgabe des *superfluum* klagen. Nach Bachofen[1] soll die Theorie des Pfandverkaufs, nachdem sich derselbe zuerst beim *pignus* ausgebildet hätte, von demselben auf die *fiducia* übertragen sein. Das ist eine reine Hypothese, es kann ganz gleichzeitig bei *fiducia* wie *pignus* die vertragsmäßige Einräumung der Verkaufsbefugnis aufgekommen sein, wir wissen darüber nichts. Die bätische Fiduciartafel zeigt uns, daß bei der *fiducia* die Verkaufsbefugnis in einem besondern *pactum conventum* noch in der ersten Kaiserzeit eingeräumt wurde. Dieses *pactum conventum* ist nicht die *fiducia* selbst, über welche in dem ersten Absatz der Tafel Bericht erstattet ist, sondern ein derselben *in continenti* hinzugefügtes *pactum*,[2] dessen Inhalt, wie bei den gewöhnlichen *bonae fidei negotia*, mit der aus dem Hauptgeschäft entspringenden *actio* geltend gemacht werden konnte. Unter welchen Voraussetzungen die Verkaufsbefugnis geltend gemacht werden sollte, konnte näher durch dieses *pactum* normiert werden: nach der bätischen Fiduciartafel soll der Gläubiger bei Fälligkeit eines Schuldpostens *„ubi et quo die vellet"* verkaufen dürfen.[3] — Den *bonae fidei negotia*, welche zunächst nur eine Ver-

[1] Das röm. Pfandrecht S. 628.

[2] Vgl. Karlowa, Rechtsgeschäft S. 195, A. 1. Rechtsgeschichte I, S. 790.

[3] Jetzt hat Eck in d. Ztschr. d. Savignystift. für Rechtsgesch. IX, S. 60 ff. zu zeigen versucht, daß wir in zwei der am 20. September 1887 zu Pompeji aufgefundenen Wachstafeln eine neue *mancipatio fiduciae causa* vor Augen hätten. Meines Erachtens ist dieser Versuch nicht gelungen. Eck meint, die Angabe der Urkunde: *Dicidia Margaris emit ob sestertios* widerspreche einem *pactum fiduciae* keineswegs, denn es habe ja auch bei den auf anderer *causa* als dem Kauf beruhenden Mancipationen der Erwerber die Worte sprechen müssen: *eaque mihi empta est*, und so habe denn der Ausdruck *emere* mit gleichem Recht auch in das Mancipationsprotokoll mit übernommen werden können. Aber Eck läßt dabei außer acht, daß in der Zusammenstellung: *Dicidia Margaris emit ob sestertios* — — *et mancipio accepit* das *emit* nicht als ein Bestandteil der *mancipatio*, sondern als die derselben unterliegende *causa* angegeben wird, wie denn ja die bei Bruns, Fontes, unter der Rubrik *„Emptiones"* aufgeführten Urkunden immer wiederkehrend dieses *emit mancipioque accepit* zeigen und kein Grund vorliegt, es in unserer aus dem Jahr 61 n. Chr. stammenden Urkunde in anderm Sinne zu nehmen, als in jenen aus dem zweiten Jahrhundert stammenden. Zu bestreiten ist es, daß *„emit ob sestertios"* nicht zur Bezeichnung des Preises gebraucht sein könne, weil neben *emere* der Preis allemal im Ablativ stehe. Wie bei Cic. Verr. II, 32: *ob rem iudicandam pretium accipere*, bei Gell. XI, 10: *talentum ob unam fabulam datum esse*, in einer Pompejanischen Quittungstafel: *HS. n. DXX ob mulum venditum* (Bruns-Mommsen, Fontes p. 275) gesagt wird, so kann umgekehrt auch *emere ob sestertios* gesagt werden, und der Grund, aus welchem hier die Gegenleistung des Preises mit *ob* bezeichnet ist, liegt ja so nahe: es geschah, um den reellen Preis von dem im Ablativ hinzugefügten Scheinpreis auch äußerlich zu unterscheiden. — Eck verweist ferner auf den bekannten weitern Sinn von *emere* = *accipere*, aber *antiquitus*, nicht in der Kaiserzeit im Geschäftsverkehr des gewöhnlichen Lebens *emere pro accipere ponebatur*. In l. 5 § 1 D. de distr. pign. 20, 5 wird gegenüber dem nachstehenden Pfandgläubiger bezw. dem Bürgen das Einlösungsrecht zugestanden, *quamvis emtionis titulo ea tenuerunt; emtio* hat da also die gewöhnliche Bedeutung des Kaufs, wenn auch nicht die Wirkung desselben. In dem Fall der l. 39 D. de pign. act. 13, 7 sagt der Gläubiger unrichtig in seinem Testament von dem ihm verpfändeten Grundstück *„quem de Lucio Titio emi"*, *cum non emisset*, sondern nur das *pactum* abgeschlossen hatte, *ut pignus suum in compensationem pecuniae suae certo tempore possideret (certi temporis fructum caperet)*. Vor allem aber ist nicht einzusehen, warum das *emit* zur Bezeichnung der Verpfändung gebraucht wäre, wenn wirklich, wie Eck annimmt, das technische *„fiduciae causa"* dagestanden hätte. Auch die neue Lesung in Ia, Z. 4: *neque ea mancipia ali ulli obligata esse* nötigt keineswegs zu einer Deutung der Tafel

pflichtung des einen Kontrahenten zu einer Leistung erzeugen, ist die *fiducia* auch darin gleich behandelt worden, daß dem Fiduciar eine *contraria actio* auf Ersatz von Verwendungen und dergleichen zugestanden ist. Daß auch die *actio fiduciae directa* vererblich war, kann nach der ganzen Natur der *fiducia* nicht bezweifelt werden, einen äußern Beweis dafür bietet Gai. II, 220. Fraglich bleibt aber, wie die in der consultatio veteris iurisc. VI, 8 erhaltene Äußerung von Paulus in Lib. II sent. tit. ex empto et vendito zu erklären ist. Sie lautet: *Heredibus debitoris adversus creditorem, qui pignora vel fiducias contraxit, nulla actio datur, nisi a testatore inchoata ad eos transmissa sit.* Dernburg[1] meint, es sei nicht selten vorgekommen, daß der Schuldner sich persönlich das Auslösungsrecht vorbehalten habe, nicht aber seinen Erben, in einem solchen Geschäfte habe ein Verfallsvertrag für den Fall des Todes des Schuldners vor Anstellung der Rückforderungsklage gelegen. Indessen der Schuldner brauchte sich das Einlösungsrecht nicht besonders vorzubehalten: es stand ihm vermöge der *fiducia* an sich zu. Wäre jener Verfallsvertrag beabsichtigt gewesen, so hätte das Einlösungsrecht der Erben besonders ausgeschlossen werden müssen. Eher möchte ich die Stelle auf den Fall einer Verabredung zwischen Schuldner und Gläubiger beziehen, daß es dem letztern nicht gestattet sein solle, die *fiducia* ohne Zustimmung des Schuldners zu verkaufen. Solche Verabredung galt nur zu Gunsten des Schuldners selbst, nicht seiner Erben; hatte also der Schuldner im Falle eines unzulässigen Verkaufs von seiten des Gläubigers selbst die *actio fiduciae* bei seinen Lebzeiten noch nicht angestellt, so konnten es die Erben nicht mehr.[2] Daß sie aber auf Herausgabe eines etwaigen *superfluum* klagen konnten, kann keinem Zweifel unterliegen.

---

im Sinne einer Verpfändung: *alius* ist hier im Sinne des andern Menschen, Nebenmenschen, zu nehmen, wie z. B. bei Cic. de Or. 2, 211. Der Einwand, welchen Eck gegen die Annahme vorbringt, die *Poppaea* sei als Verkäufern und als in der Urkunde, welche von ihm mit Ib bezeichnet wird, redend aufzufassen, sie könne sich nicht selbst in erster Person eine Reihe von Rechten gegen die Käuferin *Dicidia Margaris* zuschreiben, ist auch nicht begründet. Es handelt sich um eine *lex venditionis;* daß diese vom *venditor* abgefaßt wurde, er allein darin redend auftrat, ist eine bekannte Sache, und daß er sich auch Rechte darin dem Käufer gegenüber zuschreibt, zeigen namentlich die bei Cato erhaltenen Formulare solcher *leges venditionis*, denn wenn in denselben auch die dritte Person, nicht die erste gebraucht ist, so macht das doch keinen Unterschied, da die Bestimmungen derselben dennoch als vom *venditor* ausgehend zu denken sind. Wenn aber in der *lex venditionis* der Verkäufer redet, so kann es auch nicht auffallen, daß in der über den Verkauf und die ihn im einzelnen regulierende *lex* aufgenommenen Urkunde er in der ersten Person sich Rechte zuschreibend aufgeführt wird. Am Schluß solcher Urkunde, welche für beide Parteien Rechte und Verpflichtungen, wenn auch in der einseitigen Rede der einen feststellte, mußte natürlich auch die andere Partei zustimmend angeführt werden; dafür sprechen auch in unserem Falle Spuren. Am Schluß sind nämlich die Namen der Kontrahenten noch einmal im Nominativ zusammengefaßt, und bei der einen Kontrahentin auch deren *tutor* genannt. Leider ist das Ende der betreffenden Zeile nicht sicher lesbar, am Schluß bleibt auch hinter den letzten lesbaren Buchstaben noch Raum für ein Paar Buchstaben. Sollte nicht da gestanden haben: *Tutor eius Caprasius*? — Meines Erachtens ist die mit *Poppaea Prisci liberta* beginnende Tafel, welche über die geschehene Mancipation referiert, die zweite, die zeitlich spätere, die Vollziehung des Kaufs betreffende, die andere mit *didi* beginnende die erste, den Abschluß des Kaufs und die *lex venditionis* enthaltende. Darum braucht nicht etwa geleugnet zu werden, daß die beiden Tafeln zusammen ein Diptychon gebildet haben, denn nichts hindert anzunehmen, daß die eine Tafel solches Diptychons den Abschluß eines Kaufgeschäfts, die andere die spätere Vollziehung desselben beurkundet haben kann.

[1] Pfandrecht I, S. 15.

[2] Vgl. noch Paul. sent. I, 9, 9: *Minor adversus distractiones eorum pignorum et fidu-*

Die *fiducia* war ein dem *ius civile* im Gegensatz des *ius gentium* angehöriges Geschäft, wie schon daraus hervorgeht, daß sie nur in Verbindung mit einer *mancipatio* oder *in iure cessio* vorkommen konnte. Hier und da ist schon von früheren Schriftstellern die *fiducia* dem *ius gentium* zugezählt. Neuerdings hat O. Geib[1] behauptet, es sei später die *fiducia* auch den Peregrinen zugänglich geworden und auf den Provinzialboden ausgedehnt; sie sei wie ein dem *ius gentium* angehöriges Rechtsinstitut behandelt worden. Es soll dies erhellen aus Cic. pro Flacco XXI, 55, wo in Bezug auf die Verpfändung eines Provinzialgrundstücks der Ausdruck *fiducia* gebraucht ist. Daß aber hier mit dem römischen Ausdruck ein verwandtes Institut des griechischen Rechts bezeichnet ist, haben schon andere bemerkt.[2] Geib wendet ein, Cicero wäre, wenn er eine spezifisch griechische Geschäftsfigur im Auge gehabt hätte, um den Ausdruck nicht verlegen gewesen, und verweist dabei auf Cic. ad fam. XIII, 56, 2. Indessen ein anderes ist es doch, ob in einem Plaidoyer den römischen *iudices* gegenüber oder in einem Briefe einem Freunde gegenüber geredet wird. In dem erstern Falle mochte es dem Redner passender erscheinen, den allen verständlichen Ausdruck zu gebrauchen, als den weniger geläufigen griechischen, von dem er nicht wissen konnte, ob er von allen verstanden werden würde.

3. Obligationen aus der *nuncupatio* bei der Mancipation *(actio de modo agri, actio auctoritatis)*.

§ 53. Sowie die *nuncupatio* äußerlich etwas den Hauptakt der Mancipation Begleitendes, an denselben sich Anschließendes ist, so ist auch die durch dieselbe begründete Obligation begleitender Natur: es wird dadurch eine Garantieobligation übernommen. Der Nunkupant versichert in einseitiger Rede assertorischer Form, daß das mancipierte Objekt einen gewissen Umfang oder gewisse Eigenschaften habe, daß es gewisse Fehler nicht habe, und will eventuell dafür einstehen, wenn es diesen Umfang, diese Eigenschaften nicht habe oder diese Fehler habe; er will dafür einstehen, wenn das Objekt der Mancipation dem Empfänger abgestritten werden sollte. Die Verpflichtungen aus der Nunkupation sind also eventueller, surrogierender Natur, sie sollen Mängel und Unwirksamkeit des Mancipationsakts ersetzen. — War das in der *nuncupatio* Garantierte unwahr, so stand der Nunkupant für das *duplum* des Wertes des von ihm Garantierten, aber sich nicht so, wie er behauptet, Verhaltenden ein. Das wird in den XII Tafeln selbst im Anschluß an die Bestimmung: *Cum nexum facit mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* angeordnet gewesen sein. Das können wir aus Cic. de offic. 3, 16 entnehmen: *Ac de iure quidem praediorum sancitum est apud nos iure civili, ut in his vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset dupli poenam subiret.* Man kann hiernach nicht zweifeln, daß die *dupli poena* von den XII Tafeln auf das *infitiari* der *lingua nuncupata*, d. h. nicht auf das Ableugnen, sondern das lügnerische, unwahre Behaupten in der *nuncupatio* gesetzt war. Zugleich beweist die Stelle, daß auch das Nichtvorhandensein von *vitia* der Sache in der *nuncupatio* (mit jener

ciarum, quas pater obligaverat, si non ita uti oportuit a creditore distractae sint, restitui in integrum potest.

[1] Ztschr. d. Savignystift. f. Rechtsgesch. VIII, S. 147 flg.

[2] Vgl. Voigt, Ius naturale II, A. 520. Derselbe, Die XII Tafeln II, S. 181, A. 35. Vgl. auch S. 167, A. 1.

Folge im Fall der Unwahrheit) verlautbart wurde. Daß der Anspruch auf dieses *duplum* zur Zeit der Legisaktionen mit *legis actio per manus iniectionem* geltend gemacht sei, wie HUSCHKE[1] annimmt, ist unrichtig, denn es handelt sich hier nicht um ein *nexum aes*, um eine auf ein *damnas esse* gehende Obligation. Soll ich eine Vermutung äußern, so wird *legis actio per arbitri postulationem* der *modus agendi* gewesen sein, mit welchem der Käufer seinen Anspruch geltend zu machen hatte. Beim Verkauf von Grundstücken konnte das Flächenmaß, der *modus agri*, in der *nuncupatio* verlautbart werden. Über die Klagen in Bezug auf das Flächenmaß eines verkauften Grundstücks finden sich nun zwei Stellen in den *sententiae* des Paulus, nämlich II, 17 § 4: *Distracto fundo si quis de modo mentiatur, in duplo eius quod mentitus est officio iudicis aestimatione facta convenitur*, und I, 19 § 1: *Quaedam actiones si a reo infitientur, duplantur, velut — — — item de modo agri, cum a venditore emptor deceptus est.* Beide Stellen widersprechen einander, denn nach der ersten soll, wenn der Verkäufer das Flächenmaß des Grundstücks unwahr zu groß angiebt, die Klage auf das Doppelte des richterlich abgeschätzten Wertes des unwahr angegebenen Maßes gehen; nach der zweiten aber soll die Klage, wenn der Beklagte im Prozeß die klägerische Behauptung, daß der Betrag des Flächenmaßes so und so viel geringer, als zugesichert, sei, fälschlich ableugnet, auf das Doppelte steigen. Demnach differieren nun die Ansichten der Forscher über die Natur der einen *actio de modo agri*, welche sie kennen. Die eine Ansicht sieht darin einen Litiscrescenzfall,[2] nach der andern ist die *actio de modo agri* als Strafe der falschen *lex mancipii* eine von vornherein auf das doppelte gerichtete, nicht erst durch Ableugnung auf diesen Betrag anwachsende Klage.[3] Da nun aber die letztere Ansicht doch nicht mit Paul. I, 19, 1 in Einklang zu bringen ist, in welcher Stelle die *actio de modo agri* unter den *actiones, quae per infitiationem duplantur* angeführt wird, so hat man sie in verschiedener Weise zu beseitigen gesucht: erst durch Weglassung der Zwischensätze soll sie ihren ursprünglichen Sinn eingebüßt haben,[4] oder es soll eine höchst ungeschickte Interpolation vorliegen, deren Ungeschicklichkeit sich namentlich darin verrathe, daß die doch viel wichtigere *actio auctoritatis* nicht auch mit genannt werde.[5] KRÜGER[6] hat daher unter Zustimmung von LENEL[7] die betreffenden Worte in seiner Ausgabe der *sententiae* geradezu als unecht eingeklammert. Sehr bemerkenswert ist doch aber, daß in den *sententiae* des Paulus die *actio de modo agri* gerade in dem systematischen Zusammenhange angeführt wird, in welchem sie im Edikt behandelt ist, nämlich hinter den Servitutklagen und in der Nachbarschaft der *actio de pauperie* und *legis Aquiliae*. LENEL[8] hat diese Stellung einer *actio de modo agri* im Edikt durch den Hinweis darauf bewiesen, daß in den Digesten aus Ulp. lib. 18 ad edictum, Paul. 21 ad ed. und Julian lib. VII Digestorum entnommene Fragmente vorkommen, welche sich nur auf die *actio de modo agri* beziehen lassen. Danach scheint es mehr als gewagt, die auf die *actio de modo agri* bezüglichen, in Paul. I, 19, 1 vorkommenden Worte einfach für unecht zu erklären. Der Widerspruch zwischen den beiden

---

[1] Über d. R. des Nexum S. 177 f. [2] HUSCHKE, a. a. O. S. 177 f.
[3] RUDORFF in d. Ztschr. f. gesch. Rechtswissensch. XIV, S. 428 f. BECHMANN, Der Kauf I, S. 248.
[4] RUDORFF, a. a. O. S. 428. [5] BECHMANN, a. a. O. S. 248, A. 3.
[6] In d. coll. libr. iur. anteiust. II, p. 59.
[7] Ztschr. d. Savignystift. III, S. 191, A. 52. [8] A. a. O. S. 191 f.

Stellen des Paulus läßt sich meines Erachtens nur dadurch erklären, daß sie gar nicht auf dieselbe *actio de modo agri* gehen. Wenn bei der Mancipation des verkauften Grundstücks das Flächenmaß desselben in der *nuncupatio* fälschlich zu hoch angegeben war, so ging die *actio* aus dieser *nuncupatio* von vornherein aufs Doppelte des Schätzungswertes des an dem angegebenen Maße Fehlenden. Außerdem gab es aber eine *actio de modo agri*, welche erst durchs Leugnen aufs Doppelte stieg. Hatte der Verkäufer dem Käufer ein Grundstück übergeben, dessen Flächenmaß nicht dem im Kaufkontrakt zugesicherten Maß entsprach, so ging die Klage des Käufers im Fall des Zugeständnisses nur auf die einfache *aestimatio* des am zugesicherten Maß Fehlenden, im Fall des Leugnens aber stieg sie aufs Doppelte; und dieser *actio de modo agri* ist im Edikt die ganz angemessene Stellung hinter den Servituten und bei der *actio legis Aquiliae*, ebenfalls einer Klage, *quae infitiando crescit in duplum*, angewiesen. Solche Klage gab es aber nur, *si in quantitate iugerum captio est*. Wenn dagegen *fundo vendito in qualitate iugerum captio est*, so fand nur die *actio ex empto* nach Ulp. 18 l. 34 D. de a. e. v. 19, 1 statt. Da hier nur diejenige *actio de modo agri*, welche *infitiando crescit in duplum*, dem Juristen vorschwebt, so haben wir hier keineswegs, wie Lenel meint, ein positives Zeugnis für den Satz, „daß die der Mancipation eingefügte Zusicherung über bloße Eigenschaften der mancipierten Sache nach altem Civilrecht keine Klage erzeugte". — Haben wir so die Verschiedenheit der *actio de modo agri, quae infitiando crescit in duplum*, und der aus falscher *nuncupatio* des *modus* entspringenden, von vornherein aufs Doppelte gehenden erkannt, so wird es weiter auch nicht auffällig gefunden werden, daß an dem gleichen Ort im Edikt, wo die erste Klage sich findet, keine Spur der *auctoritatis actio* vorkommt, und diese daher auch nicht in Paul. I, 19, 1 neben der *actio de modo agri* angeführt ist: sie war eine Klage aus fälschlicher *nuncupatio*, keine Klage, welche *infitiando crescit in duplum*. Dagegen in Paul. II, 17 §§ 3 u. 4 werden beide Ansprüche aus fälschlicher *nuncupatio:* die *auctoritatis obligatio* und die wegen des *mentiri de modo* richtig nebeneinander angeführt. — Es bleibt noch zu fragen, ob die *actio de modo agri, quae infitiando crescit in duplum*, civilen oder prätorischen Ursprungs ist. Den civilen Ursprung könnte man sich so denken, daß einst irgend eine *lex* für den Anspruch wegen Mangels an dem im Kauf versprochenen *modus agri* eine *actio per manus iniectionem* aufgestellt habe, aus welchem Damnationsanspruch dann hier, wie im Fall der *actio iudicati, depensi* etc., die *actio, quae infitiando crescit in duplum*, entstanden wäre. Aber eine besondere Spur dieses Ursprungs vermag ich nicht nachzuweisen. Denkbar wäre also, daß erst der Prätor nach dem Muster der andern *actiones, quae infitiando crescunt in duplum*, diese seinerseits zuerst im Edikt proponiert hätte.[1] —

[1] Lenel, a. a. O. S. 195 f., findet einen Beweis dafür, daß die *actio de modo agri* eine *actio civilis* sei, in l. 3 § 6 D. si mensor falsum mod. 11, 6, wo es in Bezug auf die *actio in factum* gegen den *mensor* heißt: *Servi autem nomine magis noxale quam de peculio competere ait, quamvis civilis actio de peculio competat.* Nach Lenel soll der Jurist hier mit der *actio civilis* keine andere Klage im Auge gehabt haben, als die *actio de modo agri*, denn „wie sollte hier die *actio locati* herangezogen sein, die auf das Rechtsverhältnis mit dem *mensor* keine Anwendung findet", aber es ist doch nicht an eine Klage gegen den *venditor*, sondern gegen den *mensor* bezw. den Herrn desselben gedacht. Eine *locatio conductio* mit dem *mensor* galt nach altrömischer Anschauung als unmöglich, weil die Bethätigung der Feldmeßkunst zu den *artes*, zu den *studia liberalia*, nicht zu den *operae* gehörte. Aber was bei dem Freigeborenen *ars* ist, ist beim Sklaven immer *opera*, der Sklave ist nur der *operae*

Auch der Anspruch wegen nicht geleisteter *auctoritas* gehört nicht zu den *actiones, quae infitiando crescunt in duplum.* In der, wie wir gezeigt haben, einen Nebenbestandteil der Mancipation bildenden *nuncupatio* übernahm der Mancipant die *auctoritas,* d. h. die Garantie dafür, daß die Sache dem *mancipio accipiens* nicht durch einen Dritten werde abgestritten werden. Die Obligation daraus ging zunächst dahin, dem *mancipio accipiens* in einem solchen gegen ihn erhobenen Prozeß als *auctor* beizustehen. Dazu mußte ihm die Gelegenheit geboten werden durch eine rechtzeitige *denuntiatio* von seiten des *mancipio accipiens.* Rechtzeitig war diese *denuntiatio,* wenn sie noch vor der Vollziehung der *legis actio in iure* geschah. Wahrscheinlich wird dem Beklagten, wenn er vor dem Prätor geltend machte, daß er sein behauptetes Recht nicht auf originären, sondern auf derivativen Titel demnächst stützen wolle, zunächst dem Gesetz nach eine Frist gegeben sein, um den *auctor* zum Zweck des Erscheinens in einem spätern Termin zu benachrichtigen. Auf das Verfahren nach Erscheinen des *auctor in iure* bezieht sich die bei Valerius Probus 4, 7 und Cicero (pro Caec. c. 19 § 54 und pro Mur. c. 12 § 26) erhaltene, der alten Vindikation des Legisaktionenprozesses angehörige Formel: *Quando in iure te conspicio, postulo anne fuas auctor.* Noch immer bin ich der Ansicht, daß diese Formel nicht von der Partei, welcher der *auctor* zur Seite trat, sondern von dem Kläger, welcher in ihm, wie in dem ursprünglich Beklagten, einen Gegner zu sehen hatte, ausgesprochen wurde. Gingen die Worte von dem Beklagten aus, so könnten sie nur den Zweck haben, den Angeredeten zum Beistand in dem Prozesse aufzufordern: da du, wie ich behaupte, mein *auctor* bist, so fordere ich dich auf, mir Beistand zu leisten. Die Worte enthalten aber vielmehr eine Aufforderung, zu erklären, ob der Gefragte *auctor* sei. Ferner wären die Worte: *quando in iure te conspicio* im Munde des Beklagten gegenüber demjenigen, welchem er den Streit verkündigt hat, sinnlos. Cicero bezeichnet unsere Formel ausdrücklich als eine *actio in auctorem praesentem.* Dadurch wird der *auctor,* dem gegenüber die Formel ausgesprochen wird, als ein Gegner des Sprechenden charakterisiert. Ferner bekommen nun die Bezeichnung des *auctor* als *praesens* und die Worte: *quando te in iure conspicio* ihren guten Sinn. Für den Kläger, welcher ja seinerseits dem *auctor* des Beklagten nicht *litem* denunziert hat, ist das Erscheinen desselben *in iure* etwas, worauf er nicht rechnen konnte. Für ihn, der zunächst nur mit dem von ihm geladenen Beklagten zu thun hat, ist es also eine passende Einleitung seiner zu stellenden Frage: Da ich dich *in iure* (neben dem Beklagten, der sich auf dich berufen) sehe, so u. s. w. Sinn hat es dann auch, daß die *actio* des Klägers als eine *in auctorem praesentem,* gegen den persönlich oder selbst gegenwärtigen *auctor* bezeichnet wird: denn gegen diesen das Verfahren zu richten, hat der Kläger überhaupt nur Veranlassung, wenn er persönlich gegenwärtig ist. Gegen seinen Hauptgegner, den zu Beklagenden, giebt es, auch wenn er nicht *in iure* erscheint, irgend ein Verfahren, um dem Kläger zu seinem Recht zu verhelfen. Gegen den *auctor* des Beklagten kann aber der Kläger gar nicht vorgehen, wenn er nicht *in iure* mit dem Beklagten erscheint. Die Worte: *postulo, anne fuas auctor,* haben nun den Sinn einer Aufforderung, sich zu erklären, ob er

---

fähig. Mit einem Sklaven oder einem *libertus* kann also auch bezüglich der Ausübung der Feldmeßkunst eine eigentliche *locatio conductio* abgeschlossen werden, und gegen den Herrn solches Sklaven geht dann natürlich die *civilis actio locati* als *de peculio.*

auctor des Beklagten sei. Die Worte folgen unter den von Probus erhaltenen, auf die alte Vindikation bezüglichen Legisaktionsformeln auf die Rechtsbehauptung des Beklagten samt sich daran schließendem *vindicare*. Es wird also der mitanwesende *auctor* gefragt, ob er *auctor*, Garant für diese Rechtsbehauptung des Beklagten sei. Bejaht der Gefragte dies, so ist er damit als Nebenpartei in den Prozeß eingetreten. Das zu fällende Urteil gilt für und gegen ihn. Lautet es gegen den Beklagten, so kann der Sieger seine Ansprüche aus dem Urteil auch gegen den *auctor* geltend machen. So trug denn in der That der *auctor*, welcher formell auf die Frage des Klägers dem Beklagten im Vindikationsprozeß zur Seite getreten war, direkt das *periculum iudicii*, wie dies Cic. pro Murena 2 auch in den Worten ausspricht: *Quod si in iis rebus repetendis, quae mancipi sunt, is periculum iudicii praestare debet, qui se nexu obligavit* etc. Wenn aber irgendwie der Mancipant die übernommene Pflicht, dem *mancipio accipiens* im Prozeß beizustehen und das *periculum iudicii* zu tragen, nicht erfüllte, so konnte er wegen der der *nuncupatio* zuwider nicht geleisteten *auctoritas* auf das *duplum* des Kaufpreises bezw. des Wertes der Sache belangt werden, entsprechend dem allgemeinen Satz, daß, wer das in der *nuncupatio* Zugesagte nicht hielt, der *dupli poena* verfiel. Das zeigt einmal Paul. sent. II, 17 § 3: *Res empta mancipatione et traditione perfecta si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur.* Aus dem Ausdruck *duplo tenus* (statt *in duplum*) zu schließen, daß die *actio auctoritatis* an sich aufs Einfache und nur gegen den Leugnenden aufs Doppelte gegangen sei, ist man nicht berechtigt. *Duplo tenus* sagt allerdings mehr, als *in duplum:* es sagt, daß die Haftung nicht etwa über das *duplum* hinausgehen konnte. In der Eviktionsstipulation konnte nach besonderer beim Kaufkontrakt getroffener Beredung auch das *triplum* oder *quadruplum* versprochen bezw. konnte auf die Eingehung solcher Stipulation mit der *ex empto perpetua actio* geklagt werden.[1] Mit der *actio auctoritatis*, welche nach Ablauf von zwei Jahren bei Grundstücken, von einem Jahre bei beweglichen Sachen erlosch, also nicht *perpetua* war, konnte wegen mangelnder *auctoritas* immer nur auf das durch die XII Tafeln bestimmte *duplum* geklagt werden, eine Erhöhung durch besondere Bestimmung in der *nuncupatio* war nicht zulässig. Daß die *actio auctoritatis* aufs *duplum* ging, folgt indirekt auch aus der *stipulatio duplae*, auf deren Eingehung beim Kauf von *res mancipi* der Käufer später ein Recht hatte, denn daß diese *stipulatio duplae*, ursprünglich wenigstens, nur bei Unterlassung der Mancipation eingegangen wurde, also die aus der *nuncupatio* hervorgehende *auctoritas obligatio* ersetzen sollte, zeigt Varro de re rust. 2, 10 § 5: *in horum emptione solet accedere peculium — —; aut* (lies mit Huschke *ac* oder *et*), *si mancipio non datur, dupla promitti* etc. Die weitere Geschichte der Eviktionsverpflichtung gehört noch nicht hierher.

4. *Dotis dictio. Votum.*

§ 54. Zu den alten, durch *dicere*, einseitige Rede dessen, der sich verpflichten will, begründeten Obligationen gehört die aus der *dotis dictio*, von welcher aber schon in anderem Zusammenhange ausführlich gehandelt ist. Ein einseitiger Rechtsakt, kein Vertrag,[2] ist auch das *votum*. Das *votum* ist ein

[1] L. 56 pr. D. de evict. 21, 2.

[2] Schwankend ist die Auffassung von Danz, Der sakrale Schutz S. 145. S. 146, A. 7.

an eine Gottheit gerichtetes Gelöbnis einer Leistung, von welcher vorausgesetzt wird, daß sie derselben angenehm sei, unter der Bedingung, daß ein von dem Gelobenden gewünschter Erfolg, von welchem vorausgesetzt wird, daß der Eintritt von dem Wollen dieser Gottheit abhängig sei, eintreten werde. Das Gelübde geschah in der Form des *nuncupare,*[1] also solenner einseitiger mündlicher Rede des die Verpflichtung Übernehmenden, wie solche auch bei Festsetzung der die Dedikation von Sachen begleitenden *leges* vorkam. Wie bei den weltlichen Rechtsgeschäften die *nuncupatio* eine an den Hauptakt sich anschließende Nebenfestsetzung ist, so ist auch das *votum nuncupare* als eine solche aufzufassen. Der Hauptakt ist das an die betreffenden Gottheiten gerichtete Gebet um die Erfüllung des näher im Gebet Bezeichneten; an dieses schließt sich das *votum.* Das zeigen die bei Macrob. Sat. 3, 9 erhaltenen Gebetsformeln, in welchen sich an das Gebet das *votum* anschließt: *si ita feceritis, voveo vobis templa ludosque facturum.* Daß in solcher *nuncupatio* als solenne Bezeichnung des Gelobens die Worte *voveo* oder *votum* vorkamen, ist an sich wahrscheinlich und zeigen die bei Macrobius erhaltenen Gebetsformeln. Da bei der *nuncupatio* das galt, was mit der *lingua* ausgesprochen war, so suchte sich der Gelobende gegen ihm ungünstige Auffassung des Gesagten durch Zusätze, wie: *„quem ego me sentio dicere", „quos me sentio dicere"* zu sichern. Seiner materiellen Bedeutung nach wird das Gelübde als *votum suscipere, votum recipere* bezeichnet. Daß rechtliche Vorschriften in Bezug auf Ort und Zeit der Übernahme des Votums bestanden, läßt sich nicht erkennen, wenn auch der Sitte nach gewisse herkömmliche *vota* an gewisse Tage bezw. bestimmte Orte gebunden waren. Das, was dem *votum* rechtsverbindliche Kraft verleiht, ist neben der Form des *nuncupare* das kausale Moment, welches in der gesetzten Bedingung bezw. deren Erfüllung liegt. War gleich die religiöse Vorstellung die, daß der, welcher das *votum* abgeleistet, sich dadurch dem bezeichneten Gotte verpflichtet habe (vgl. Cic. de leg. II, 16: *Diligentia votorum satis in lege dicta est, ac voti sponsio, qua obligamur deo.* Macrob. Sat. III, 3: *„Constituam ante aras voti reus". Haec vox propria sacrorum est, ut reus vocetur qui suscepto voto se numinibus obligat.* Serv. Eclog. V, 80: *„Damnabis tu quoque votis". Id est, cum Deus praestare aliqua hominibus coeperis, obnoxios tibi eos feceris ad vota solvenda* etc. Liv. 45, 39, 11: *ad eosdem deos, quibus vota nuncupavit, merita dona portans redit*), aber in dem rechtlichen Verkehr erscheint der Gott nicht als forderungsberechtigte Person. Rechtlich kann man die durch das *votum* erfolgte Zusage einer Leistung nicht als einer Person, sondern nur als zu einem bestimmten Zweck gegeben betrachten. So paradox es klingen mag, wir haben hier eine *obligatio* ohne eine Gläubigerperson; eine Verpflichtung für einen bestimmten religiösen Zweck. Gewiß konnte ein rechtsverbindliches *votum* nur gegenüber einer der vom römischen Staat anerkannten Gottheiten, also ursprünglich nur zu Gunsten eines der *dii patrii* übernommen werden. Den Inhalt der durch *votum* übernommenen Leistung konnte ein *dare* oder ein *facere* bilden, wie bei anderen Obligationen: Weihgeschenke, Tempel, Ausrichtung von Spielen, ein bestimmter Teil (die *decuma*) des Vermögens u. dgl. Allein wenn auch ein *facere,* wie von seiten des Staats die Ausrichtung von Spielen, den Inhalt der zugesagten Leistung bilden konnte, so mußte doch nach altem Recht gleich beim *votum* eine *certa pecunia* bezeichnet werden, aus welcher jenes *facere* be-

[1] Fest. v. Nuncupata pecunia.

stritten werden sollte. Im Jahre 552 kam es zuerst vor, daß Konsuln *de incerta pecunia* Spiele gelobten, worüber Liv. XXXI, 9 bemerkt: *Toties antea ludi magni de pecunia certa voti erant, ii primi de incerta.* Auch damals hielt der *pontifex maximus* an der ältern strengern Auffassung fest, während das *collegium* sich dafür entschied, daß *de incerta pecunia* gültig Spiele gelobt werden könnten. Was die Person des Gelobenden betrifft, so sind die *vota publica* von den *privata* zu unterscheiden. Bei den ersteren ist der *populus* das gelobende Subjekt durch das Organ eines Magistrats, und zwar von Rechts wegen eines Magistrats mit *imperium*. Bei den Gelübden der Privatpersonen war Stellvertretung ohne Zweifel nicht zulässig, wie überhaupt nicht bei der Übernahme von Obligationen. Das *votum* gehörte, wie man annehmen darf, zu den spezifisch römischen Rechtsverhältnissen: nicht fähig zur gültigen Übernahme eines *votum* gegenüber einer römischen Gottheit wird also der Peregrine gewesen sein, wovon aber eine Ausnahme gemacht sein dürfte mit Peregrinen, welche in Rom Gastrecht hatten.[1] Über die sonstigen Voraussetzungen der Fähigkeit zur Eingehung eines *votum* giebt l. 2 § 1 D. de pollicit. 50, 12 Auskunft: *Voto autem patresfamilias obligantur puberes sui iuris: filius enim familias vel servus sine patris dominive auctoritate voto non obligantur.* In der scheinbar pleonastischen Ausdrucksweise stimmt diese Stelle Ulpians in auffallender Weise überein mit einer Äußerung des Paulus in l. 43 D. de obl. et act. 44, 7 (libro septuagesimo secundo ad Edictum): *Obligari potest paterfamilias suae potestatis pubes compos mentis. Pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur.* Mommsen sucht den Pleonasmus durch Streichung des *sui iuris* in der Stelle Ulpians und des *pubes* in der Äußerung des Paulus zu beseitigen; aber nicht mit Unrecht ist darauf hingewiesen, daß solches Streichen unzulässig sei, da die beiden Stellen sich gegenseitig stützen.[2] Was nun Ulpians von dem *votum* redende Äußerung betrifft, so ist der Pleonasmus seiner Ausdrucksweise nur ein scheinbarer. Wer ein Votum rechtsverbindlich eingehen will, muß *paterfamilias,* also von väterlicher Gewalt frei sein, er muß ferner *sui iuris,* d. h. von Tutel frei sein, er muß endlich *pubes* sein, denn ein *impubes* kann nicht einmal *tutore auctore* ein Gelübde übernehmen. Wäre bloß gesagt, er müsse von Tutel frei sein, so wäre immer noch die Annahme nicht ausgeschlossen, daß der unter Tutel stehende durch ein *tutore auctore* übernommenes *votum* obligiert werden könne, wie ja das Erfordernis der Eigenschaft eines *paterfamilias* nicht ausschließt, daß der *filiusfamilias patris auctoritate* sich *voto* obligieren kann. Daher wird noch hinzugefügt, daß zur Übernahme eines Votums Pubertät gehört. Andererseits genügte auch die bloße Anführung des Pubertätserfordernisses nicht, denn die unter Geschlechtstutel stehende mannbare Frau wird zur Übernahme eines *votum* nicht fähig gewesen sein. Es ist also volle juristische Handlungsfähigkeit zur Übernahme eines *votum* erforderlich, während der Mangel selbständiger Vermögensrechtsfähigkeit durch die *auctoritas* des Gewalthabers oder *dominus* ergänzt werden kann. Wie soll aber der Pleonasmus in der Äußerung des Paulus, welcher nicht vom *votum* redet, erklärt werden? Bevor Paulus in seinem Ediktskommentar von den einzelnen prätorischen Stipulationen handelt, ergreift er die Gelegenheit, „um einleitungsweise

[1] Vgl. d. Vertrag mit Asklepiades Z. 25. Diodor 14, 23.

[2] Vgl. A. Pernice, Zum römischen Sakralrecht II, in d. Sitzungsbericht. der Berliner Akad. 1886, S. 1185.

die ganze Lehre von den Stipulationen vorzutragen". Hierher gehört aus Paulus der ganze lib. 72.[1] Setzen wir nun einmal voraus, daß auch die aus l. 72 des Ediktskommentars von Paulus entnommene l. 43 cit. von Paulus in Bezug auf die Stipulation (oder andere civilrechtliche Kontrakte) geschrieben sei, wie auffallend wäre dann nicht bloß die Häufung entweder von *paterfamilias* und *suae potestatis* oder von *suae potestatis* und *pubes*, je nachdem man als Gegensatz das *suae potestatis* die *patria potestas* oder die *tutela* dächte; sondern noch mehr die Äußerung, daß *paterfamilias obligari potest*, während doch *filiusfamilias ex omnibus causis tamquam paterfamilias obligatur* (l. 39 D. de obl. et act. 44, 7)! Dies Alles legt die Vermutung nahe, daß Paulus bei seiner Erörterung der Erfordernisse der Stipulation das *votum* zur Vergleichung heranzog, und die Kompilatoren eine solche die Erfordernisse des *votum* mit denen der Stipulation vergleichende Stelle unter ungeschickter Verkürzung und Streichung der Erwähnung des *votum* in die Digesten aufgenommen haben. Nach dieser Vermutung hat sich der Satz: *Obligari potest paterfamilias suae potestatis, pubes, compos mentis* im Sinne des Paulus auf das *votum* bezogen und stellt dafür dieselben Erfordernisse auf, wie Ulpian in l. 2 D. de poll. 50, 12, nur daß er noch das *compos mentis* hinzufügt.

Was war nun aber die Wirkung des *votum?* Wird dadurch wirklich nur eine religiöse und Gewissenspflicht begründet? Es wird als unzweifelhaft bezeichnet, daß ursprünglich kein weltlicher Zwang zur Erfüllung des Gelübdes bestand. Die Nichterfüllung sei als ein Vergehen gegen die Gottheit erschienen, und diese selbst habe den Verstoß geahndet. Aus dem Schweigen nun unserer spärlichen Überlieferung über irgend welche Rechtsmittel zur Nötigung des Gelobenden den Schluß zu ziehen, daß solche Rechtsmittel nicht vorhanden waren, ist gewagt. Es ist nicht wunderbar, daß in der Kompilation des christlichen Kaisers Justinian fast alle Spuren des heidnischen *votum* ausgemerzt sind, und daß sonst keine Nachrichten über die Rechtsmittel, welche gegen den in der Erfüllung des *votum* Säumigen zulässig waren, sich finden, kann auf Zufall beruhen. Gegen den Staat, welcher durch das Organ eines Magistrats ein *votum* übernommen, war natürlich kein Zwang zulässig. Von den *vota* der *privati* zu reden, hatten die Schriftsteller kein Interesse, die Inschriften geben nur von den erfüllten *vota* Kenntnis. Auch ist nicht außer acht zu lassen, daß die Römer auch bei dem Nachlassen wirklicher Religiosität durch ihren supertitiösen Sinn bewogen sein werden, in der Erfüllung von *vota* durchgängig ängstlich gewissenhaft zu sein, so daß ein Zwang selten nötig gewesen sein wird. Auch wird sich vielleicht demnächst noch ein anderes Moment ergeben, welches Zwang regelmäßig überflüssig gemacht haben könnte. Daß aber das *votum* für den es *rite* Übernehmenden nicht bloß eine religiöse, sondern auch eine rechtliche Verpflichtung hervorbrachte, darauf weist einmal hin, daß bei Cic. de leg. II, 19, 47 die *vota* unter den Materien aufgeführt werden, welche dem *ius civile cum religione coniunctum* angehören; darauf weisen namentlich die für die Verpflichtung aus dem *votum* gebrauchten Ausdrücke mit Bestimmtheit hin. Mit der Übernahme des *votum* selbst wird der Betreffende *voti reus*. *Reus* aber ist, wenn wir von der prozessualischen Anwendung des Worts absehen, der, welcher *suo nomine* Subjekt einer strengrechtlichen Verpflichtung ist; bei weitem am häufigsten kommt der Ausdruck in Anwendung auf

[1] Lenel, Das Ed. perp. S. 407.

Stipulationen vor, von den dem *ius (gentium)* angehörenden Kontrakten ist er nicht ferngehalten, aber ursprünglich vielleicht nur für die Subjekte einer dem *ius civile* im engern Sinne angehörenden Obligation gebraucht. Aus der Bestimmung des Sct. de Bacchanalibus l. 13: *Neve posthac inter sed coniura[se nev] e comvovisse neve conspondisse neve conpromesise velet* u. s. w. scheint hervorzugehen, daß auch mehrere Korrealschuldner sein und dasselbe *votum* übernehmen konnten. Auch in der äußern Form des *votum* wird sich das ausgedrückt haben, wahrscheinlich mußten die Konvoventen die *nuncupatio voti* gemeinsam aussprechen. Mit der Erfüllung der Bedingung, von welcher die Zusage im *votum* abhängig gemacht ist, wird der Schuldner *voti damnas.* Dieser Ausdruck deutet darauf hin, daß mit dem Eintritt jener Bedingung für den Übernehmer des *votum* eine eben so strenge, früher durch *legis actio per manus iniectionem* geltend zu machende Verpflichtung eintritt, wie für den *nexus* mit Eintritt des Verfalltages seiner Schuld. Dabei ist an etwas zu erinnern, was zu diesem strengen Charakter der Schuld aus dem *votum* vollkommen stimmt, daß sich nämlich bei den öffentlichen Gelübden der Ansatz der z. B. für Spiele gelobten Summe in *aes grave,* Schwerkupfer,[1] auch nach dem sonstigen Abkommen desselben erhielt. So lange die Verpflichtung aus dem Gelübde mit *legis actio per manus iniectionem* geltend zu machen war, wird die gelobte Summe auf *aes,* nicht auf Silbergeld, gelautet haben müssen, bezw. jener *legis actio* eine Abschätzung des Inhalts des Gelöbnisses zu *aes* haben vorhergehen müssen. Der Grund der Strenge der Verpflichtung lag, worauf schon Huschke hingewiesen hat, darin, daß die Zusage der Gottheit gegenüber erfolgte, also in dem Zweck, zu welchem sie erfolgt war: dieser verdiente es, daß der aur Geltendmachung der Verpflichtung bestimmte Zwangsapparat ein besonders strenger war. — Daß aber auch noch zu Ulpians Zeiten die Verpflichtung aus dem *votum* als eine vollkommen rechtliche, also irgendwie erzwingbare angesehen wurde, zeigt seine Bemerkung, die Verpflichtung treffe nicht unmittelbar die gelobte Sache, sondern die Person des Voventen,[2] zeigen ferner die genauen Voraussetzungen, welche er für die Entstehung dieser Verpflichtung angiebt. Ob, wenn ein Haussohn oder ein Sklave mit der *auctoritas* des Gewalthabers oder des Herrn ein *votum* übernommen hatte, nur der Gewaltunterworfene obligiert wurde, welchen Falls ein Zwang zur Erfüllung erst nach dem Freiwerden von der Gewalt möglich gewesen wäre, oder auch der Gewalthaber, wie wahrscheinlich, selbst obligiert wurde, darüber ist bereits früher gehandelt.[3] — Wem es zustand, den prozessualischen Zwang gegen den Voventen auszuüben und dessen rechtliche Verpflichtung geltend zu machen, darüber bleiben wir, da sich überhaupt keine Spuren über die Art des prozessualischen Zwanges erhalten haben, im Dunkeln. Am nächsten liegt die Annahme, daß diese Aufgabe Priestern oder Vorstehern des Tempels des Gottes, zu Gunsten dessen das *votum* erfolgt war, zugefallen sei. Daß die *voti obligatio* auf die Erben übergeht, giebt Ulpian als etwas Ausgemachtes an.[4] Fraglich ist, ob der Satz, daß ein anderer für den Schuldner erfüllen könne, auch für die *voti obligatio* galt. Auch darüber erhalten wir keine direkte Auskunft, ich bin aber eher geneigt, die Frage zu verneinen. Selbst bei den öffentlichen *vota* erschien es als das natürliche, vielleicht, wenn möglich, gebotene, daß der Magistrat,

[1] Vgl. Liv. 22, 10, 7. 40, 52, 1. [2] L. 2 pr. D. de poll. 50, 12. [3] Vgl. S. 80.
[4] L. 2 § 2 D. eod. tit.

welcher das *votum* namens des Volks übernommen, es auch nach Eintritt der Bedingung erfülle. Ein Diktator, der ein *votum* geleistet hatte, nahm nach Niederlegung seines Amts die Erfüllung als *duumvir aed. ded.* vor (Liv. 22, 10, 10), und von Augustus berichtet Suet. Aug. 97: — *vota, quae in proximum lustrum suscipi mos est, collegam suum Tiberium nuncupare iussit: nam se — negavit suscepturum, quae non esset soluturus.* So wird denn vorsichtigerweise durch eine Klausel des *votum* selbst darauf Bedacht genommen, daß die Erfüllung durch einen andern Magistrat geschehen könne. Macrob. Sat. 3, 9: — *Si haec ita faxitis — — — tunc quisquis hoc votum faxit, ubiubi faxit, recte factum esto ovibus atris tribus.* Liv. 36, 2, 5: *quisquis magistratus eos ludos quando ubique faxit, hi ludi recte facti — — sunto.* Keine solche Klausel war natürlich nötig, wenn nicht der vovierende Magistrat als der genannt wurde, welcher das bedingungsweise Zugesagte leisten werde, sondern der *populus Romanus* direkt genannt wurde, wie Liv. XXXVI, 2: — — *tum tibi, Iupiter, populus Romanus ludos magnos — — faciet.* Wenn Sachen, Weihgeschenke zugesagt sind, so wird die betreffende Sache noch nicht durch das *vovere* selbst zu einer *res sacra.* Dies scheint so selbstverständlich, daß man fragt, warum Ulpian es noch besonders hervorhebt. Aber nach der alten strengen Anschauung waren zwar die zur Erfüllung eines *votum* ausersehenen Sachen noch nicht *sacrae,* aber der Ausspruch des *pontifex maximus* bei Liv. XXXI, 9 lautet doch dahin, das zur Erfüllung des *votum* bestimmte Geld *„reponi statim debere nec cum alia pecunia misceri, quod nisi factum esset, votum rite solvi non posse".* Auch nach Liv. 22, 10, wo von dem *votum* eines *ver sacrum* die Rede ist, soll, wenn von den zur Erfüllung des *votum* bestimmten Dingen etwas stirbt, dieses profan sein; auch soll es kein *scelus* sein, wenn jemand unwissentlich solche Sachen vernichtet oder tötet, woraus also hervorgeht, daß solche Sachen, wenn auch noch nicht *sacrae,* doch auch nicht schlechthin *profanae* waren, und daß wissentliche Vernichtung derselben ein *scelus* war. Nach der ersten Stelle des Livius ist es nicht unwahrscheinlich, daß in alter Zeit beim *votum privatum* der Vovent schon vor Eintritt der Bedingung das Zugesagte etwa bei den *pontifices* zu deponieren hatte, welchen Falls beim Eintritt der Bedingung ein prozessualischer Zwang zur Erfüllung ihm gegenüber überflüssig war. Dem *votum solvere* ging also wohl immer das *separare,* die *sepositio* des der Gottheit zu Weihenden voraus, deren auch Ulpian in dem Sinne gedenkt, daß das Deponierte *in bonis* des Pflichtigen zu stehen aufhört. Es scheint, daß Ulpian durch die *sepositio* schon die Obligation aus dem *votum* als gelöst betrachtet. Daß dies alter strenger Auffassung entspreche, ist unwahrscheinlich. Daß bei dem Akt des *votum* auch Zeugen zugegen waren, und eine schriftliche Urkunde darüber aufgenommen wurde, ist wenigstens für den Fall eines *votum publicum* durch Fest. p. 173a, 13 bezeugt: *Vota nuncupata dicuntur, quae Consules, Praetores, cum in provinciam proficiscuntur, faciunt. Ea in tabulas praesentibus multis referuntur.* Das *votum nuncupare* war wohl immer ein *palam dicere,* ein Aussprechen vor Anderen.

B. Neuere Schicht.

1. Materielle *causae* des Vermögensverkehrs und Kausalobligationen.

a. Die *donationis causa.*

§ 55. Das ausgebildete römische Recht versteht unter der *donatio* eine nicht letztwillige Vermögenszuwendung mit dem Erfolge des Reicherwerdens

des Beschenkten und einer Aufopferung, eines Ärmerwerdens für den Schenker, welche in der übereinstimmenden Absicht geschieht, diesen Erfolg herbeizuführen. Wenngleich diese Absicht, eine Gabe zu keinem andern Zwecke zu machen, als um den andern durch eine Aufopferung seinerseits zu bereichern, rechtlich, wenn auch nur allmählich, als eine objektive *causa* von Vermögenszuwendungen anerkannt ist, so gehörte sie doch nach der Auffassung der Römer nicht zu den Zwecken wirtschaftlicher Vermögensverwaltung: die pure Aufopferung, die Aufopferung, welche gar keinem Interesse des Aufopfernden dient, erscheint dem sparsamen, kaufmännischen Geiste der Römer als etwas wirtschaftlich Zweckloses, Thörichtes. Wenn jemand also zu der *administratio* eines fremden Vermögens bevollmächtigt ist oder ihm die freie Verwaltung seines *peculium* eingeräumt ist, so darf er wohl unentgeltlich veräußern, aber nicht schenken. Ein alter Römer war als bedächtiger, sorgsamer *paterfamilias* der Schenkung abgeneigt. Soviel können wir entnehmen aus der Äußerung des Polybius XXXII, 12, 9, daß in Rom niemand aus freien Stücken einem andern von dem Seinigen schenke. Der Grund dieser Abneigung lag einmal in der Gefahr der Erschöpfung des eigenen Vermögens des Schenkers durch die Schenkung. *Multi enim patrimonia effuderunt,* sagt Cic. de off. II, 15, *inconsulte largiendo.* Andererseits befürchtete man von dem mühelosen Erwerb auch einen verderblichen Einfluß auf den Beschenkten. An derselben Stelle sagt Cicero: *Fit enim deterior, qui accipit, atque ad idem semper exspectandum paratior.* Doch verschloß man sich nicht der Einsicht, daß zwischen den liberalen Gaben ein Unterschied zu machen sei. *Nonnunquam tamen est largiendum, nec hoc benignitatis genus omnino repudiandum est.* Vor allem ist zu unterscheiden zwischen *donum* und *munus. Donum* ist die freie Gabe, *munus* die pflichtmäßige, durch die Sitte geheiligte Gelegenheitsgabe.[1] Die *munera* sind ohne Zweifel von jeher von den Römern innerhalb vernünftiger Grenzen gebilligt worden und vorgekommen. Die freie Gabe wird in alter Zeit nur selten geübt sein, wenngleich sie innerhalb eines gewissen Personenkreises nicht als geradezu tadelnswert erschienen sein wird. Aber es muß doch eine Zeit gekommen sein, in welcher *dona* im eigentlichen Sinne im römischen Leben in einem Umfange vorkamen, welcher vom Standpunkt altrömischer Moral bedenklich schien und sogar ein Eingreifen der Gesetzgebung veranlaßte. Denn daß die *lex Cincia* nicht etwa bloß aus der Reflexion eines einzelnen entsprang, sondern jener altrömischen Moral entsprach, zeigt sich darin, daß ein Mann konservativer, altrömischer Gesinnung, Q. Fabius Maximus, als *suasor legis Cinciae* auftrat;[2] aber auch darin, daß sie sich so lange in Geltung erhalten hat. Die *lex Cincia* ist ein Plebiscit, welches auf Antrag des *tribunus plebis M. Cincius Alimentus* im Jahre 550 d. St. kurz vor Ende des zweiten punischen Krieges zustande gekommen ist;[3] sie fällt also in eine Zeit, in welcher die Üppigkeit in Rom schon zu steigen, die Bande der Familie sich zu lockern, „die Grisetten- und Buhlknabenwirtschaft" um sich zu greifen beginnt. Die *lex Cincia* gehört zu den mannigfachen in diese Zeit fallenden Versuchen, die altrömische Moral durch Gesetze aufrecht zu erhalten. Ihrem Inhalte nach wird sie bezeichnet als *lex Cincia de donis et muneribus,* auch *lex muneralis.* Aus dieser Bezeichnung darf man nicht schließen, daß sie auch die *munera* in dem alten

[1] Vgl. Mommsen, Röm. Forsch. I, S. 345, A. 38 u. namentl. l. 194 D. de verb. sign. 50, 16.
[2] Cic. de sen. 4, 10.
[3] Fest. v. Muneralis. Liv. XXXIV, 4. Cic. de Or. II, 71, 286. Ad Att. I, 20, 7.

Sinne habe ausschließen wollen. Die *munera,* sofern sie nicht das auch den *dona* gesetzte Maß überschritten, betraf das Gesetz wohl nur in einer bestimmten Richtung. Das *causam orare,* der Sachwalterdienst, war nach altrömischer Auffassung ein den Personen des Patricierstandes, später überhaupt des Senatorenstandes zufallender Ehrendienst, welcher ihnen Ehren und Ansehen beim Volk verschaffte, die Anhänglichkeit und Unterstützung der Klienten sicherte, für welchen man sich aber nicht bezahlen ließ. Der gute alte Brauch scheint aber auch hierin in den Zeiten beginnender Sittenlockerung gefährdet worden zu sein: aus einer Bestimmung der *lex Cincia* selbst und einer Bemerkung des Cato läßt sich schließen, daß es mehr und mehr Brauch zu werden drohte, daß der senatorische Sachwalter sich für seine Dienstleistung Geld versprechen ließ oder doch unter dem Prätext eines im Verhältnis des Klienten zu seinem Patron zulässigen *munus* eine Vergeltung für das *causam orare* empfing. Cato sagte nach Liv. XXXIV, 4: *Quid legem Cinciam de donis et muneribus (excitavit), nisi quia vectigalis iam et stipendiaria plebes esse Senatui coeperat?* Die betreffende Bestimmung der *lex Cincia* lautete nach Tac. A. XI, 5: *Ne quis ob causam orandam pecuniam donumve acciperet* (vgl. XV, 20). Auf das Zuwiderhandeln gegen die Bestimmung des Gesetzes war eine *poena* gesetzt (Tac. A. XIII, 42: — *poenaque Cinciae legis adversum eos qui pretio causas oravissent),* und nach der Analogie anderer Gesetze dieser Zeit darf man vermuten, daß eine Klage auf einen mehrfachen Betrag des Empfangenen gegeben war.

Von allgemeinerer Bedeutung war die auf *dona* überhaupt bezügliche Bestimmung der *lex Cincia.* Der Erörterung dessen, was sie darüber bestimmte, ist folgendes vorauszuschicken. Die *lex Cincia* fällt in die Zeit vor der *lex Aebutia,* in eine Zeit, in welcher der Legisaktionenprozeß noch in vollem Umfange in Geltung war. Der Legisaktionenprozeß kannte noch keine *exceptiones.* Die *exceptio legis Cinciae* verdankt der *lex* selbst nicht ihre Entstehung, sondern erst der Proponierung im prätorischen Edikt. Die Erfordernisse der Perfektion der Schenkungen an *personae non exceptae,* wie wir sie aus den vatikanischen Fragmenten[1] kennen gelernt haben, sind von der römischen Jurisprudenz auf Grund der vom Prätor im Edikt proponierten *exceptio legis Cinciae* und *exceptio in factum* entwickelt worden. Vor Proponierung der *exceptio,* also in unmittelbarer Anknüpfung an die Bestimmung der Lex selbst konnten sie noch nicht entwickelt werden. Die Lex selbst enthielt ein *prohibere* der Schenkungen, welche über ein gewisses Maß hinausgingen, mit Ausnahme von Schenkungen an gewisse aufgezählte Personen. Daß das *prohibere* nur die über einen bestimmten *modus* hinausgehenden Schenkungen betraf, geht aus Ulpians fr. § 1 hervor: — *et si plus donatum est, non rescindit,* ferner aus Fr. Vat. § 304: *Quia tutores quasi parentes proprii pupillorum sunt, permisit eis in infinitum donare,* sodann aus Paulus V, 11 § 6: *Ei qui aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibetur — — quia contemplationem salutis certo modo aestimari non placuit,* sowie in Vergleichung damit aus den Pandektenstellen, welche einen *legitimus modus donationis* erwähnen,[2] und denen, welche bei Berechnung des Betrags der *donatio* die Früchte des Geschenkten nicht *in rationem donationis* eingerechnet wissen wollen,[3] denn im Sinne Justinians sind diese Stellen zwar auf die spätere für große Schenkungen aufgestellte Insinuationsvorschrift, im Sinne der ursprüng-

[1] Vat. fr. § 298—316.
[2] L. 21 § 1, l. 24 D. de donat. 39, 5. L. 5 § 5 D. de doli mali et metus except. 44, 4.
[3] L. 9 § 1, l. 11, l. 23 pr. D. de donat. 39, 5.

lichen Verfasser aber auf den *modus* der *lex Cincia* zu beziehen. Welches nun aber dieser *modus* gewesen sei, davon enthält unsere Überlieferung keine Spur mehr, wenigstens ist bisher eine solche nicht entdeckt worden. Die Bestimmungen der *lex Cincia* scheinen übrigens Cicero de off. II, 15 vorgeschwebt zu haben bei der Äußerung: *Quam ob rem nec ita claudenda est res familiaris, ut eam benignitas aperire non possit: nec ita reseranda, ut pateat omnibus. Modus adhibeatur, isque referatur ad facultates.* Auf Grund dieser Stelle könnte man den Gedanken fassen, daß die *lex Cincia* als nicht zu überschreitenden *modus* eine Quote des Vermögens festgesetzt habe, um so mehr, als eine feste Summe als Inhalt einer Schenkung für den Reichen eine im Verhältnis zu seinem Vermögen nicht unmäßige Aufopferung, für den Armen als eine sinnlose Verschwendung erscheinen konnte; indessen beim Mangel jeder darauf hindeutenden Spur wird man doch keine Vermutung, daß der *modus* der *lex Cincia* als eine Vermögensquote zu denken sei, wagen dürfen.

Es ist nicht als die Absicht der *lex Cincia* zu bezeichnen, die Perfektion der Schenkungen überhaupt oder die der den festgesetzten *modus* überschreitenden zu erschweren und die vollständig zur Perfektion gelangte, auch wenn sie den *modus* überstieg, für gültig zu erklären. Sie mißbilligt auch die vollkommen zur Perfektion gelangte Schenkung, welche über den von ihr festgesetzten *modus* hinausgeht, insofern das *capere* von seiten des Beschenkten nach ihr nicht gestattet ist. Andererseits greift sie, entsprechend der allgemeinen Auffassung der republikanischen Zeit, nicht so weit in die Privatautonomie des römischen Bürgers ein, daß sie die über den *legitimus modus* hinausgehende Schenkung rescindierte, d. h. für nichtig erklärte. Sie *prohibet* das über den *modus* hinausgehende *donare capere* zwischen *personae non exceptae*. Wenn dieses *prohibere* auch nicht durch eine Strafandrohung gegen den, welcher *contra legem facit*, verstärkt ist, so darf es doch nicht als ein ganz wirkungsloses gedacht werden. Die Wirkung kann nur so gedacht werden, daß dem Schenker gegen den Beschenkten, soweit die Schenkung den *modus* übersteigt, ein Rückforderungsrecht zusteht. Begreiflich ist es, daß von diesem Rückforderungsrecht in den uns erhaltenen Resten der Äußerungen römischer Juristen über die *lex Cincia* nicht viel Spuren sich finden, denn die vom Prätor später proponierte *exceptio legis Cinciae* ließ es ja jedenfalls in Fällen, wo die Schenkung nicht zur völligen faktischen Perfektion gelangt war, nicht mehr zur Anwendung kommen. Dennoch begegnet die Erwähnung dieses Rückforderungsrechts in ein paar Pandektenstellen bei Erörterung von Fällen, in denen die *exceptio legis Cinciae* nicht Platz greifen konnte.[1] Nur bei Annahme dieses Rückforderungsrechts wird auch der nicht etwa erst auf das prätorische Edikt, sondern auf die *lex Cincia* selbst zurückgehende Satz: *Morte Cincia removetur* vollkommen verständlich. Das Rückforderungsrecht erlischt mit dem Tode des Schenkers oder des Beschenkten, es soll nur, um einen später für das Revokationsrecht wegen Undanks des Beschenkten vorkommenden Ausdruck zu gebrauchen, *inter primas personas* bestehen. Welche Verwendung dieser Satz bei der vom Prätor später proponierten *exceptio legis Cinciae* gefunden hat, wird bei der Darstellung des *ius honorarium* zu zeigen sein. — Gewisse Personen sind von dem Verbot der über den *modus* hinausgehenden

[1] L. 21 § 1 D. de don. 39, 5. L. 5 § 5 D. de doli mali exc. 44, 4. Vgl. Karlowa, Der röm. Civilpr. z. Z. d. Legisakt.

Schenkungen ausgenommen: es sind diejenigen, unter welchen auch bedeutende Schenkungen zu verbieten der römischen Denkweise widersprochen haben würde, nämlich Kognaten, männliche und weibliche, und zwar die fünf nächsten Grade, und vom sechsten noch der *sobrinus* und die *sobrina* bezw. Personen, welche in der *potestas, manus* oder dem *mancipium* jener stehen, oder in deren *potestas manus mancipium* jene stehen; sodann Affinen, und zwar Stiefkinder, Stiefeltern, Schwiegereltern, Schwiegerkinder, Mann und Frau, Bräutigam und Braut; doch muß die Affinität noch zur Zeit der Schenkung bestehen, wofür angeführt wird, daß in Gesetzen, welche auch gewesene Affinen ausgenommen hätten, das ausdrücklich angeordnet wäre. Schenken konnte *in infinitum* auch der Tutor, welcher die Verwaltung des Pupillenvermögens führt, dem Pupillen, da er wie ein Vater zum Pupillen steht, nicht aber umgekehrt der Pupille dem Tutor. Auch kann jeder Kognat von beliebigem Grade der Verwandtschaft einer Frau oder Jungfrau *dotis causa donare (dotem conferre).* Ob auch eine über die ausgenommenen Grade hinaus entfernte *cognata dotis causa* in beliebiger Höhe schenken könne, war Gegenstand des Zweifels. Labeo verneinte es und mochte dafür anführen, daß, wenn das Gesetz auch den entfernteren Kognatinnen das *dotem conferre in infinitum* habe gestatten wollen, es dieselben ebenso, wie bei der allgemeinen Verfügung über die Kognaten, besonders mit angeführt haben würde. Daß sie es hier unterlassen, während sie es dort that, lasse auf den Willen, sie hier nicht auszunehmen, schließen. Für solche Deutung des Gesetzes ließ sich auch die allgemeine Neigung der Zeit des Gesetzes anführen, gerade Frauen an Vergabungen, welche das Vermögen ihrer *familia* entfremdeten, zu hindern. Paulus dagegen bejahte die Frage mit der Motivierung: *ratio aequitatis eadem in feminis est.*[1] Nach weiterer Bestimmung der *lex* sollen Freigelassene und solche, welche *bona fide servierunt,* nachdem sie für frei erklärt sind, dem Patron in beliebiger Höhe schenken können, nach der Annahme mancher Interpreten auch den *liberi* des Patrons. Dagegen, scheint es, entschied sich die Praxis dafür, daß nicht auch umgekehrt die *liberti* vom Patron in beliebiger Höhe *capere* könnten.[2] Ob die Zahl der Ausnahmen damit abgeschlossen sei, ist zweifelhaft, denn nach Paul. V, 11, § 6 soll auch dem, *qui aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit,* der Gerettete *in infinitum* schenken können; doch ist es nach der Motivierung dieser Ausnahme bei Paulus nicht unwahrscheinlich, daß dieselbe auf Jurisprudenz und Praxis zurückzuführen ist.

Seit alter Zeit konnte eine Schenkung auch vermittelst eines Versprechens bewerkstelligt werden, denn in der Begründung einer Obligation zu einer Leistung an den zu Beschenkenden liegt schon eine Vermögenszuwendung. Aber das Schenkungsversprechen gehörte nicht zu den schon wegen der in ihnen liegenden Kausalberedung rechtsverbindlichen und klagbaren, die *donationis causa* gehörte nicht zu den vom Civilrecht begünstigten *causae:* um rechtsverbindlich zu sein, mußte das Schenkungsversprechen in Stipulationsform eingegangen werden. Von Anbeginn an scheinen aber die Verpflichtungen des Schenkers aus dem Schenkungsversprechen milder normiert zu sein, als wenn der Stipulation eine andere *causa,* z. B. der Zweck der Dotalbestellung, zu Grunde lag. Daß der Schenker aus dem Versprechen nur für *dolus* und *lata culpa* haftet, ist nichts Eigentümliches, sondern nur Anwendung einer allgemeinen Regel. Auch daß der Gläubiger aus dem Schenkungsversprechen nicht schon vom Moment des

[1] Vat. fr. § 306. [2] Vat. fr. § 307—309.

Versprechens Anspruch auf die Früchte der versprochenen Sache, überhaupt auf das *commodum* hat, gilt allgemein für Forderungen aus einem lukrativen Grunde.[1] Daß der Schuldner aus dem Schenkungsversprechen keine Verzugszinsen zu zahlen brauche, folgt zwar schon aus der Natur der aus der Stipulation entspringenden Klage als einer *stricti iuris actio*, hauptsächlich aber wird der Satz von Modestin im Hinblick auf die *causa* des Versprechens als *summae aequitatis* bezeichnet.[2] — Eine eingehendere Prüfung aber verdient die Frage, ob der Schenker dafür einzustehen habe, wenn die geschenkte Sache dem Schenker evinciert wird. Was die *rerum donatio* angeht, so müssen wir die Schenkung von *res mancipi* und *res nec mancipi* unterscheiden. Der Mancipant haftet als *auctor* für die Eviktion, mag man nun diese Haftung, wie ich, aus der an die Mancipation sich anschließenden *nuncupatio* oder aus der Mancipation selbst herleiten. Aber es war dem Mancipanten ein Mittel gegeben, diese Haftung auf ein *minimum* zu reducieren, also in Wahrheit auszuschließen: die der Mancipation vorausgeschickte *venditio sestertio nummo uno*. Gerade in den erhaltenen Inschriften über *donationis causa* vorgenommene Mancipationen kehrt die Verbindung des *sestertio nummo uno* mit der *donationis causa* immer wieder,[3] so daß man zu der irrigen Ansicht gelangen konnte, es habe ein *mancipio accipere nummo uno* nur bei Schenkungen und ähnlichen Liberalitäten stattgefunden. Die Ständigkeit jener Verbindung ist aber nur ein Beleg dafür, daß im Verkehr bei *donationis causa* vorgenommenen Mancipationen stets die Haftung des Schenkers für Eviktion ausgeschlossen wurde. Verschiedentlich finden wir aber auch in den Inschriften über solche *mancipationes donationis causa* erwähnt, daß der Schenker dem Beschenkten *dolum malum huic rei abesse abfuturumque esse* durch Stipulation zugesagt habe;[4] hatte also jemand wissentlich eine fremde Sache *nummo uno donationis causa* mancipiert, so konnte er aus jenem Versprechen auf Schadensersatz belangt werden.

Bei der *donationis causa* vorgenommenen Tradition von *res mancipi* und *nec mancipi* war das Mittel der *venditio nummo uno* nicht nötig, um die Haftung wegen Eviktion auszuschließen. Der Traditionsakt selbst enthielt keine Garantieübernahme wegen der Eviktion (ebenso auch nicht der Akt der *in iure cessio*), und aus der *donationis causa* folgte nach römischer Auffassung keine Haftung des Schenkers für den Eigentumsübergang bezw. wegen Eviktion der geschenkten Sache. Übernahm der Schenker freiwillig durch eine eigene mit dem Beschenkten abgeschlossene Stipulation die Haftung für Eviktion, so konnte er natürlich daraus in Anspruch genommen werden, aber wider seinen Willen brauchte er eine solche Stipulation nicht einzugehen, und gebräuchlich war sie gewiß gar nicht. Hatte er aber wissentlich eine fremde Sache geschenkt, so konnte er in späterer Zeit mit einer *actio de dolo* auf Schadensersatz belangt werden. Wie aber, wenn die Schenkung in einer *promissio* bestand? Die jetzt vorherrschende Meinung schließt eine Haftung des Schenkers aus dem Versprechen einer bestimmten *species* aus, dagegen nimmt sie eine verschieden bestimmte Haftung desselben an aus dem Versprechen einer generisch bestimmten Sache, wenn der Schenker dem Beschenkten an der hingegebenen Sache kein Eigentum verschafft habe. Für diese Meinung beruft man sich auf Stellen,

---

[1] Mommsen, Erörterungen aus d. Oblig.-R. 1. Heft, S. 35 f.
[2] L. 22 D. de donat. 39, 5. [3] Vgl. Bruns-Mommsen, Font. iuris rom. ant. p. 252 sqq.
[4] Vgl. d. *Donatio Fl. Artemidori* und die *Statiae Irenes* bei Bruns-Mommsen p. 252, 253.

welche von dem *promittere* einer generisch bestimmten Sache schlechthin handeln, wie der abstrakten *stipulatio,* nicht aber speziell von dem *donationis causa* geleisteten Versprechen. Die Berechtigung, sich in unserer Frage auf solche Stellen zu berufen, wird man dadurch begründen, daß die vollendete Schenkung schon in der *promissio donandi causa* liege, die Erfüllung dieser *promissio* nicht als Schenkung, sondern nur als *solutio debiti* erscheine, für diese *solutio* aber dieselben Grundsätze gelten müßten, einerlei, ob die *promissio donandi causa* geschehen sei oder aus einem andern Grunde. Daß dem nun aber nicht so ist, zeigen schon die vorher in Bezug genommenen Bestimmungen des römischen Rechts über die mildere Haftung des Schuldners aus Versprechen, welche auf Liberalität beruhen. Der Satz ist aber überhaupt nicht anzuerkennen. Ist die *causa donandi* in der Stipulation ausgedrückt, ja steht sie überhaupt nur fest, so ist die Erfüllung des Versprechens zwar *solutio* einer Obligation, und es giebt Fragen, bei welchen nur dieser Gesichtspunkt hervortritt; aber sie ist doch nicht bloß *solutio,* sondern auch als Vollendung des Schenkungszwecks anzusehen. Die Römer sagen: *in persona non excepti sola — promissio non perficit donationem,*[1] die *solutio* wird also als ein *perficere donationem* aufgefaßt. Wie wäre dies denkbar, wenn die Erfüllung lediglich als *solutio* der Obligation aufgefaßt wäre? Auch für die Frage des Maßes der Haftung des Versprechers aus der *promissio,* z. B. eines *homo,* kommt die *donationis causa,* vorausgesetzt, daß sie außer Zweifel steht, in Betracht. Auch der durch Erfüllung eines Schenkungsversprechens eine Sache Erwerbende hat sie *ex causa lucrativa* und muß daher, mag es sich um Erfüllung des Versprechens einer *species* oder einer generisch bestimmten Sache handeln, milder behandelt werden, wenn auch die *solvendi causa* der unmittelbare Erwerbsgrund ist. Ein positives Zeugnis dafür, daß der Schenker überhaupt weder aus der *rerum donatio* noch aus der *donationis causa* gegebenen *promissio* für Eviktion einzustehen hat, scheint Paul. V, 11, 5: *Invitus donator de evictione rei donatae promittere non cogitur, nec eo nomine, si promiserit, oneratur; quia lucrativae rei possessor ab evictionis actione ipsa iuris ratione depellitur.* Es fragt sich, wie die Worte *si promiserit* zu verstehen sind. Bezieht man sie auf ein in Stipulationsform gegebenes Versprechen, für Eviktion einzustehen, so bereitet die Stelle die größte Verlegenheit, da der Schenker aus solcher Kaution nach l. 2 C. de evict. 8, 45 unzweifelhaft haftet. Diese Verlegenheit hat man in verschiedener Weise, aber vergeblich, zu beseitigen gesucht.[2] Aber was nötigt, die Stelle auf ein derartiges Versprechen zu beziehen? Meines Erachtens ist das *si promiserit,* da vorher nur von der *rerum donatio* gesprochen ist, auf die *promissio donationis causa* zu beziehen. Die Worte sind zu erklären: noch wird er mit der Haftung wegen Eviktion, wenn er *donationis causa* versprochen hat, beladen. Zu dieser Erklärung paßt auch die dann folgende Motivierung besser, und diese lautet so allgemein, daß man sie auch auf das Schenkungsversprechen einer generisch bestimmten Sache beziehen muß; denn auch der, welchem auf Grund solches Schenkungsversprechens eine Sache der versprochenen Gattung geleistet wird, muß als ein *lucrativae rei possessor* bezeichnet werden. Etwas Anderes kann auch nicht gelten für den Fall, daß jemand eine bestimmte Sache als fremde

[1] Vat. fr. § 311.

[2] Vgl. Thibaut, Civilistische Abhandlungen S. 51. Huschke, Iurispr. anteiust. q. s. ed. IV, p. 526, not. 9.

zum Gegenstand eines Schenkungsversprechens gemacht hat, daß er also sich *donationis animo* anheischig gemacht hat, sie für den *stipulator* anzuschaffen. Hat er sie von einem Nichteigentümer gekauft, welchen er *bona fide* für den Eigentümer hielt, und wird die Sache dem Beschenkten vom wahren Eigentümer abgestritten, so ist mit DERNBURG[1] dahin zu entscheiden, daß der Schenker aus seinem Versprechen nicht weiter zu haften habe, denn *lucrativae rei possessor ab evictionis actione ipsa iuris ratione depellitur.*

b. Zweckgaben mit dem Versprechen der Rückgabe *(res creditae).*

α. Das *mutuum* oder *creditum* im engern Sinne.

§ 56. In alter Zeit bestand ein scharfer Gegensatz zwischen *foenus* und *mutuum.* Das *foenus* war das solenne, *per aes et libram* abgeschlossene verzinsliche Darlehn des civilrechtlichen Geschäftsverkehrs, das *mutuum* dagegen war das formlos durch einfache Hingabe der Gelder oder Fungibilien abgeschlossene unverzinsliche Freundesdarlehn, welches dem *ius (gentium)* angehörte. Nach dem Abkommen des Nexum konnte es diesen Charakter nicht rein behalten, es mußte jetzt auch das Darlehn des Geschäftsverkehrs werden. Früher konnte neben dem *mutuum* keine Zinsverbindlichkeit vorkommen, da man dieselbe nur als *foenus* kannte, bei diesem aber das Zinsversprechen einen Bestandteil des Darlehnsgeschäfts, des *nexum* selbst, bildete. Nach dem Abkommen des *nexum* und damit des *fenus* kam aber die *usura* auf, eine Art des Zinses, welche, wenn auch materiell von der Kapitalobligation abhängig, doch formeller Selbständigkeit fähig war, durch ein besonderes Geschäft (Stipulation) begründet werden konnte. Die Eigentümlichkeit hat aber das *mutuum* aus jener frühern Zeit, wo es lediglich als Freundesdarlehn, nicht als Darlehn des geschäftlichen Verkehrs vorkam, beibehalten, daß nicht durch eine einen Bestandteil des Darlehnsakts selbst bildende Beredung oder eine sich demselben unmittelbar anschließende Nebenberedung eine Zinsverbindlichkeit begründet werden konnte. Warum so streng daran festgehalten wurde, daß die Darlehnsobligation nur auf die dargeliehene Summe selbst, nicht auch auf etwaige verabredete Zinsen gehen könne, wird sich im Verlauf unserer Erörterung herausstellen. Das Darlehn hat, wie alle anderen Realkontrakte, den Chararkter einer Zweckgabe, und zwar einer Gabe zu einem derartigen Zweck, welcher ein *credere* im weitern Sinne enthält, d. h. nicht das definitive Behalten derselben von seiten des Empfängers, sondern eine Verpflichtung desselben zur Rückgabe, nicht aber zu einer Gegenleistung für den etwa durch die Gabe empfangenen Vorteil involviert. *Cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimur.*[2] Der *locator*, welcher dem *conductor* die Sache übergiebt, nimmt, weil er dafür eine eigentliche Gegenleistung, das Mietgeld, zu beanspruchen hat, kein *credere* vor. Aber auch der *precario rogatus*, welcher dem Prekaristen die Sache übergiebt, ohne daß ihm irgend eine Gegenleistung dafür versprochen wird, nimmt kein *credere* vor, da es hier an einer durch das Hingeben begründeten Obligation zur Rückgabe fehlt. Eine *res credita* im weitern Sinne liegt nur vor, wo durch die Hingabe eine aus dem Zweck der Hingabe folgende, von den Parteien also gewollte Obligation zur Rückgabe begründet wird. Bei allen Realverträgen ist der Zweck, die *causa* der Hingabe das

[1] Pandekten II, S. 279 f. A. 5. [2] L. 1 § 1 D. de r. c. 12, 1.

Hauptsächliche, in ihm liegt das Prinzip des Vorganges, er giebt dem Geschäft vorwiegend seinen eigentümlichen Charakter, „das Hingeben selbst ist nur Mittel zum Zweck".[1] Nach dem Zweck wird auch das Maß der Einräumung an der hingegebenen Sache bemessen. Für den Zweck des Depositums und Kommodats genügt Einräumung der Detention der Sache, für das *pignus* erscheint Einräumung des juristischen Besitzes passender, damit dem Glaubiger größere Sicherheit verschafft werde. Da es sich bei allen vier Realverträgen um Begründung einer Obligation zur Rückgabe desselben Empfangenen handelt, so ist es nicht zufällig, daß gerade bei ihnen *re contrahitur obligatio.* So wenig zur Eigentumsübertragung der bloße *ex iusta causa* gefaßte bezw. irgendwie geäußerte *animus transferendi et accipiendi dominii* genügt, sondern durch Besitzübertragung ausgeführt sein muß, so wenig soll die bloße Verabredung des Zwecks der Hingabe der nach Erreichung des Zwecks zurückzugebenden Sache zum *contrahere* genügen, sondern es wird dazu der Beginn der Realisierung des Zwecks durch Hingabe der Sache verlangt. Erst mit dem Hingeben ist das *alienam fidem sequi,* das *credere,* eingetreten, erst darin soll das obligationbegründende Moment gefunden werden. Daß zunächst nur vier derartige Zweckberedungen als solche anerkannt waren, welche durch Hingabe eine Obligation auf Rückgabe begründen konnten, weil sie die im römischen Verkehrsleben am häufigsten vorkommenden waren, hindert nicht, den ihnen zu Grunde liegenden gemeinsamen Gedanken, welcher eine über sie hinausreichende Tragweite hatte, anzuerkennen. — Unter den Realverträgen selbst stehen sich nun aber, was den Zweck der Hingabe anlangt, *mutuum* und *commodatum* am nächsten. So wie für das Kommodat der Ausdruck *rem utendam dare* gebraucht wird, so wird auch das Darlehn durch Wendungen, wie *(nummos) mutuos utendos dare* bezeichnet.[2] Was andererseits den scharfen Gegensatz zwischen Kommodat und *mutuum* hervorbringt, ist, daß dort nicht verbrauchbare und nicht fungible Sachen, hier fungible Sachen zum Gebrauch hingegeben werden. Fungible Sachen sind nach römischer Auffassung solche, bei denen die geringfügige individuelle Verschiedenheit, welche die zu derselben Gattung und Sorte gehörigen Stücke schon von der Natur aus haben, von der allgemeinen Verkehrsanschauung ignoriert werden und die Rechtsordnung es anerkannt hat, daß die hingegebenen Spezies durch andere derselben Art und Güte völlig vertreten werden können. Die Rechtsordnung betrachtet aber als solche Sachen diejenigen, bei welchen das äußere Kriterium zutrifft, daß sie im Verkehr zugewogen, zugemessen, zugezählt zu werden pflegen. Ihrer allgemeinen Bestimmung gemäß können fungible Sachen nicht gebraucht werden, ohne verbraucht zu werden, oder doch, ohne die Fähigkeit zu verlieren, im Verkehr als den noch frischen, ungebrauchten Spezies dieser Sorte gleichartige Spezies zu gelten.[3] Hingeben zum Gebrauch kann hier also nicht durch bloße Überlassung der Detention, sondern nur durch eine Übertragung geschehen, welche dem Gebrauchsberechtigten eine Gebrauchsmöglichkeit in dem Umfange, wie sie dem Eigentümer zusteht, verschafft, also nur durch Eigentumsübertragung der betreffenden Spezies. Da aber die hingegebenen Spezies nur als Gattungsträger,

[1] Bechmann, Der Kauf I, S. 332. Knies, Das Geld S. 73.

[2] Vgl. Huschke, Die Lehre d. röm. Rechts vom Darlehn und die dort S. 2 f. angeführten Stellen.

[3] Vgl. über den Begriff der fungiblen Sachen meinen Aufsatz in Grünhuts Ztschr. f. d. Privat- u. öffentl. Recht der Gegenwart Bd. XVI, S. 406 ff.

als Vertreter dieser Gattung und Sorte hingegeben sind, so liegt in dem Verbrauch dieser Spezies doch nur ein Gebrauch derselben als Gattungsträger, und die Rückgabe einer gleichen Quantität von Vertretern derselben Gattung und Güte, welche durch die Rechtsordnung mit der Kraft, jene Spezies ersetzen zu können, augestattet sind, erscheint als ein Geben von *idem*, also als ein Rückgeben im strengen Sinne. Die Voraussetzungen des Zustandekommens der Darlehnsobligation sind nun aber, wenn wir von später erst eingetretenen Milderungen ursprünglich strengerer Auffassung absehen, folgende. Die Hingabe muß vermittelst *adnumerare, adpendere, admetiri* geschehen, d. h. durch unterschiedsloses Abzählen, Zuwägen, in der durch das Recht sanktionierten Weise also, welche deutlich erkennen läßt, daß die hingegebenen Spezies nicht als Individualsachen, sondern als Gattungsträger bei diesem Geschäft in Betracht kommen. Hingabe in einer die betreffenden Spezies als Individuen kenntlich machenden Weise, z. B. Hingabe von Geld in verschlossenen Beuteln, versiegelten Rollen, würde die reine Absicht des *nummos mutuos utendos dare* ausschließen oder doch zweifelhaft machen. — Es muß sodann unmittelbar durch jenes *adnumerare* etc. das Eigentum der zugezählten u. s. w. Fungibilien vom Geber dem Empfänger übertragen sein. Sind fremde, dem Geber nicht gehörige Fungibilien übertragen, so ist kein *mutuum* zustande gekommen.[1] Der Geber hat hier dem Empfänger wohl die faktische Möglichkeit, die empfangenen *species* zu verbrauchen, nicht aber die rechtliche Möglichkeit dazu verschafft. Darin liegt andererseits das das *credere* im engern Sinne, gegenüber dem auch beim *commodare, deponere, pignori dare* vorkommenden *credere* im weitern Sinn, Auszeichnende, daß der Darlehnsgeber sich des Eigentums an den hingegebenen *species*, um dem Empfänger die rechtliche Gebrauchsmöglichkeit zu verschaffen, entäußert und damit die Möglichkeit aufgiebt, jene *species* durch die *rei vindicatio* wieder an sich zu ziehen. Sofern er aber doch einen Anspruch auf ein Geben einer gleichen Quantität von Sachen gleicher Gattung und Güte, einen Anspruch auf Rückgabe von *idem* behält, erscheint doch die hingegebene Quantität als der Gattung nach in seinem Vermögen verblieben und als der Gattung nach dem Empfänger nicht gehörig: als *aes alienum*. Bekanntlich ist es die fast allgemeine Annahme der heutigen Juristen, daß, wenn an dem Gegebenen nicht sofort Eigentum verschafft ist, durch nachträglichen redlichen Verbrauch desselben von seiten des Empfängers der Mangel geheilt werde und das Darlehn zustande komme. Meines Erachtens ist das nie die Auffassung der römischen Juristen gewesen, auch nicht in der Kaiserzeit. Nie wird von ihnen gesagt, daß infolge solchen redlichen Verbrauchs ein *mutuum* oder eine *credita pecunia* zustande komme, sondern immer nur, daß für den Geber dadurch eine *condictio* entstehe, und zwar unter einer Begründung, welche es mir auszuschließen scheint, darunter die aus dem Darlehnskontrakt entspringende Klage zu verstehen. Julian sagt in l. 19 § 1 D. de reb. cr. 12, 1: — *consumpta pecunia condictionem habet — non alia ratione, quam quod facto eius intellegitur ad eum qui acceperit pervenisse.* Nicht also ein Rechtsgeschäft, sondern die durch das Faktum des Gebens bezw. die dadurch faktisch ermöglichte Konsumtion des Gegebenen bewirkte Bereicherung bringt die *condictio* hervor, welche danach nur als eine *condictio sine causa* aufgefaßt werden kann.[2] Es wird daher

[1] L. 2 §§ 2—4 D. de r. c. 12, 1.

[2] Auch wenn *solvendi causa* fremde Gelder gegeben und vom Empfänger *bona fide*

auch der Fall, in dem fremdes Geld gegeben ist, in l. 12 D. de reb. cr. 12, 1, l. 24 D. de obl. et act. 44, 7 völlig auf gleiche Linie gestellt mit dem, in welchem von einem *furiosus* ein Darlehn gegeben ist, welchen Falls auch durch redliche Konsumption von seiten des Empfängers dem *furiosus* dieselbe *condictio* erworben wird, welche hier noch deutlicher nicht als eine aus einem Darlehnsgeschäft entsprungene aufgefaßt werden kann. Auch l. 56 § 2 D. de fidejussorib. et mandat. 46, 1 bestätigt diese Auffassung, denn danach soll, wenn fremde Gelder zum Darlehn gegeben sind, der vom Empfänger gestellte *fideiussor* zunächst nicht, wohl aber für die durch Verbrauch der Gelder entstehende *condictio* haften: *in omnem enim causam acceptus videtur, quae ex ea numeratione nasci potest.* Käme nachträglich durch die Konsumtion der Gelder ein Darlehn, eine *pecunia credita* zustande, so wäre es ja selbstverständlich, daß der zunächst gerade dafür bestellte *fideiussor* haftete. Durch jene Worte deutet der Jurist aber an, daß es eine andere *causa* ist, aus welcher durch Verbrauch der Gelder die *condictio* entsteht, aber auch für diese andere aus der *numeratio* mittelbar hervorgehende *causa* soll der *fideiussor* haften. — Anders dürfte es sich verhalten, wenn der Empfänger der gegebenen fremden Gelder durch Usukapion oder durch Vermischung mit den seinigen nachträglich das Eigentum derselben erworben, hier dürfte nach der späteren Auffassung der römischen Juristen eine *credita pecunia* zustande gekommen sein, denn es ist hier, wenn auch nur mittelbar, dem Empfänger das Eigentum der Gelder verschafft. Ob aber schon in republikanischer Zeit irgend welche Milderung des strengen Erfordernisses der *pecunia credita,* daß unmittelbar durch meinen, des Darlehnsgebers, Akt *mei nummi tui* geworden sein müssen, eingetreten sei, muß dahingestellt bleiben. Da wir keine Anhaltspunkte dafür haben, so soll auf diese Milderungen, welche, zum Teil wenigstens, sicher erst in der Kaiserzeit eingetreten sind, erst bei der Darstellung des Rechts der Kaiserzeit eingegangen werden.

Daß Konsens der Parteien in Bezug auf die wesentlichen Punkte des Vertrages vorhanden sein muß, ist kein diesem Vertrage eigentümliches Erfordernis: ohne diesen Konsens entsteht jedenfalls keine *pecunia credita* unter den Personen, zwischen welchen die *numeratio* vorgekommen ist, wenn auch infolge derselben irgend eine *condictio* entstehen kann.

Schon an dieser Stelle kann es nicht umgangen werden, auf die aus dem Darlehn entspringenden Klagen einzugehen und damit auf das Gebiet des Prozesses überzugreifen, weil ohne dieses die Gestalt, welche die Darlehnsobligation angenommen hat, nicht genügend verständlich gemacht werden kann. Die gangbare Lehre geht dahin, daß aus dem Gelddarlehn die *condictio certi* oder *actio de pecunia certa credita,* welche für identisch erklärt werden, aus dem Darlehn anderer fungibler Sachen die *condictio triticaria* entspringe. Beide Klagen sollen historisch aus der alten *legis actio per condictionem,* die erstere aus der *legis actio e lege Silia,* die zweite aus der *legis actio e lege Calpurnia* hervorgegangen sein. Nach meinem Dafürhalten sind *actio de pecunia certa credita* und *condictio certi* nicht identisch, und ist die erstere nicht aus der *legis actio per condictionem e lege Silia* entstanden. Nach Gaius' Bericht IV, 19 bezog sich die *actio e lege Silia* auf *dare oportere*

---

verbraucht sind, kommt nicht etwa nachträglich das Rechtsgeschäft der *solutio* zustande, sondern es tritt nur infolge der durch die Konsumtion bewirkten Bereicherung der Effekt der Liberation ein.

von *certa pecunia* schlechthin, sowie später die *actio si certum petetur* dem zugesprochen wird, *qui certam pecuniam numeratam petit.* Dagegen die *actio de pecunia certa credita* findet nur Anwendung auf das *dare oportere* von *pecunia certa credita,* also auf ein engeres Gebiet. Daß ferner die bei der *actio de pecunia certa credita* vorkommende *sponsio tertiae partis* durch die *lex Silia* für ihre *actio certae pecuniae* eingeführt sei, wird nirgends berichtet und ist, was Baron[1] mit Recht geltend gemacht hat, eine grundlose Annahme. *Pecunia credita* definiert Gaius III, 124 mit Bezug auf die *lex Cornelia de satisdationibus* als *non solum eam, quam credendi causa damus, sed omnem quam tum cum contrahitur obligatio, certum est debitum iri, id est (quae) sine ulla condicione deducitur in obligationem.* Meines Erachtens soll mit dieser Definition nicht jede civilrechtliche Obligation auf *dare* einer *certa pecunia* umfaßt werden, sondern die Worte *contrahitur obligatio* sollen hier die *obligatio ex contractu* bezeichnen. *Certa credita pecunia* ist also nur die durch Stipulation, Litteralkontrakt, Darlehn begründete unbedingte oder unbedingt gewordene Obligation auf *dare* einer *certa pecunia* (nicht etwa auch z. B. die Obligation des Käufers auf den Kaufpreis, denn wenn auch das *pretium certum* ist, so kann doch die Obligation des Käufers noch auf mehr als das *pretium* gehen). Damit stimmt es, daß Cicero pro Roscio comoedo c. 4 §§ 10. 14 als Gründe der *actio de pecunia certa credita* nennt: *Haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit.* Ciceros Rede enthält nun Äußerungen, welche die Annahme ausschließen, daß unmittelbar auf Grund von Darlehn, Stipulation, Litteralkontrakt eine *condictio* mit der *intentio: si paret H—S XM dari oportere* und daneben nur eine Klage auf die *tertia pars* der Streitsumme gegeben wurde. Vielmehr war die Sponsion, welche der Beklagte mit dem Kläger eingehen mußte, eine präjudizielle und pönale, und erst aus der vollzogenen *sponsio* wurde die *formula sponsionis* erteilt. Das zeigen die Worte c. 4 § 12: *eundem in angustissimam formulam sponsionis concludebas,*[2] u. c. 5 § 14: *Hic ego si finem faciam dicendi, satis fidei et diligentiae meae, satis causae et controversiae, satis formulae et sponsioni, satis etiam iudici fecisse videar* etc. Es zeigen es auch die dann folgenden Worte: *Pecunia petita est certa: cum tertia parte sponsio facta est.* Die Worte *pecunia petita est certa* beziehen sich auf das *in iure* gestellte Verlangen des Klägers. Wenn man statt des handschriftlichen *„cum"* setzt *„cuius"*, so verbaut man sich die Einsicht in den Sinn der Worte. Das *„cum"* schließt den Gedanken an eine reine Pönalsponsion aus. Zunächst und hauptsächlich ist die Sponsion abgeschlossen, *ut per eam de re iudicetur*, sie ist aber *cum tertia parte* abgeschlossen, also damit der unterliegende Beklagte nicht bloß die Streitsumme, sondern mit ihr die *poena tertiae partis* erlegen müsse. Mit diesem sich aus Ciceros Äußerungen ergebenden Resultate, daß zu dessen Zeit über die auf eine *pecunia certa credita* gerichtete Forderung eine *sponsio (praeiudicialis et poenalis)* abgeschlossen werden mußte, aus welcher erst die *formula*

[1] Abhandlungen aus d. röm. Civilpr. I, S. 186 ff.

[2] Wlassak (Ztschr. d. Savignystift. IX, S. 383) will das *concludere* dahin verstehen, daß die Sponsio den Richter, der über die *actio c. c. p.* erkennen sollte, beim Namen genannt habe; aber indem die *formula sponsionis* als *angustissima* bezeichnet wird, ist doch klar kundgegeben, daß das *concludere in sponsionis formulam* nichts weiter besagen soll, als daß dem *iudex* dadurch *angusti, certi termini, quos non excedat* gesetzt sind. Wlassak irrt, wenn er sagt, Cicero habe korrekt nur das Sponsionsformular selbst, nicht eine *actio ex sponsione* als *formula sponsionis* bezeichnen können. So gut die Klage aus dem Kommodat als *commodati formula* bezeichnet werden kann (Gai. IV, 47), so gut kann die *formula, qua intendimus sponsionis summam nobis dari oportere* als *formula sponsionis* bezeichnet werden

erteilt wurde, stimmt nun überein, was in der *lex Rubria* über das Verfahren bei Forderungen von *pecunia certa credita* gesagt wird. Nach c. XXI derselben kann sich der, gegen welchen auf *pecunia certa credita* geklagt werden soll, dem Begehren des Klägers gegenüber *in iure* in dreifacher Weise pflichtwidrig verhalten,[1] nämlich entweder eine abgelegte *confessio in iure* nicht erfüllen bezw. nicht für die Erfüllung Sicherheit leisten, oder *in iure non respondere*, oder *se sponsione iudicioque non defendere*. Wenn er also *in iure* auf das Begehren des Klägers geantwortet, und zwar dasselbe nicht zugestanden, sondern bestritten hat, so muß er sich *sponsione iudicioque defendere*. Das zeigt klar, daß nicht unmittelbar eine Formel erteilt wurde, sondern zunächst eine *sponsio* abgeschlossen werden mußte,[2] welche nicht bloß pönal, sondern präjudicial gewesen sein muß, und erst aus der *sponsio* eine Formel erteilt wurde. Dieses Verfahren nun, wie es sich aus Ciceros Rede *pro Roscio comoedo* und der *lex Rubria* ergiebt, kann nicht aus der *legis actio per condictionem* erwachsen sein, denn bei dieser, jedenfalls der *e lege Calpurnia*, hatte der *iudex* ohne Vermittelung einer Sponsion über die auf *dare oportere* lautende Rechtsbehauptung des Klägers zu urteilen; zu der Annahme aber, daß die *legis actio per condictionem e lege Silia* in einem so wesentlichen Punkte von der *e lege Calpurnia* sich unterschieden habe, liegt gar keine Veranlassung vor. Nehmen wir an, daß zur Zeit der *legis actiones* keine Formel aus der Sponsion erteilt, sondern nur ein *iudex* erbeten und ernannt wurde, welcher über die *sponsio* zu urteilen hatte, so ergiebt sich, wie von selbst, die *legis actio per iudicis postulationem* als diejenige Prozeßform, in welcher eine Forderung auf *dare* einer *pecunia certa credita* geltend gemacht werden konnte. Es ist noch wie ein Anklang daran, wenn Cic. c. 4 § 10 sagt: *Pecunia certa, quae nunc petitur per iudicem.* Cicero bezeichnet an derselben Stelle die *sponsio tertiae partis* als eine *legitimae partis sponsio.* Dies zeigt, daß das Verfahren auf der Anordnung einer (uns nicht bekannten) *lex* beruhte. Wir sehen nun, daß Gaius mit Recht sagte, daß *de eo quod nobis dari oportet, — aut sacramento aut per iudicis postulationem* geklagt werden konnte. In der Übergangszeit gestaltete sich das Verfahren so, wie wir es aus Ciceros Rede *pro Roscio comoedo* und der *lex Rubria* kennen gelernt haben, aber es bleibt nicht so, ohne daß wir sagen könnten, wann bezw. durch welche Rechtsquelle die Veränderung vor sich gegangen ist. Als Gaius seine Institutionen schrieb, wurde schon für Forderungen von *pecunia certa credita* ohne Vermittelung einer Sponsion eine auf *dari oportere* lautende Klagformel gegeben, die *sponsio tertiae partis* (bezw. *restipulatio*) konnte noch abgeschlossen werden, aber es heißt doch nur (Gai. IV, 171): *sponsionem facere permittitur*, sie konnte auch wegbleiben, war also nicht präjudizial, sondern nur pönal. Somit war die *actio de pecunia certa credita* der *condictio certi (certae pecuniae)* bedeutend ähnlicher geworden, die Formel war wohl bei beiden gleichlautend, wenn man nicht annehmen soll, daß in der *intentio* der *actio de pecunia certa credita* zu *sestertium X millia* der Zusatz *credita* gemacht wurde. Jedenfalls unterschied die letztere Klage sich von der *condictio certi* durch verschiedene Punkte im Verfahren, infolge welcher jene die strengere war. Die eine dieser Abweichungen bestand in der *sponsio* und *restipulatio tertiae partis*, welche bei der *condictio certi* nicht vorkamen.

[1] Vgl. über die richtige Abteilung der Sätze Rudorff, De iurisd. ed. p. 184 sqq.: Karlowa, Der röm. Civilpr. z. Z. der Legisakt. S. 335 und Demelius, Die *confessio* S. 129 ff.

[2] Vgl. auch Kappeyne van de Copello, Abhandlungen S. 206 flg.

Über eine andere Abweichung unterrichtet uns die *lex Rubria*. Nach derselben soll, wer gegenüber der Klage auf *dare* von *pecunia certa credita in iure* nicht antwortet oder sich *sponsione iudicioque* nicht gehörig verteidigt, gleich als verurteilt gelten und der Municipalmagistrat zur Anordnung der *ductio* desselben innerhalb seiner Kompetenzgrenze befugt sein. Daß dies auch bei der *condictio certi* gegolten habe, ist ohne besondern Beweis nicht anzunehmen. Eine dritte Eigentümlichkeit der *actio de pecunia certa credita* besteht in dem dabei stattfindenden besondern Recht des Klägers auf den Eid des Beklagten. Diese Eigentümlichkeit muß aber erst nachgewiesen werden, sie scheint mir bisher nicht richtig erkannt zu sein. Es wird seit Rudorff[1] vielfach[2] angenommen, daß das *iusiurandum in iure delatum* zuerst durch die *lex Silia* für die *condictio certae pecuniae* eingeführt sei. Es führen aber die Indizien nur auf einen besondern Zusammenhang des Rechts des Klägers, dem Beklagten einen Eid zu deferieren, mit der *actio de pecunia certa credita*, nicht mit der *condictio certi*. Es ist nicht zweifelhaft, daß das prätorische Edikt zwei Hauptbestimmungen über die Eidesdelation enthielt: die eine bildete im unmittelbaren Anschluß an das *edictum de interrogationibus in iure faciendis* mit diesem den Anfang des großen Ediktsabschnitts *de iudiciis omnibus*, die andere stand in genauem Zusammenhang mit dem Titel *de rebus creditis*. Den Unterschied zwischen diesen beiden Ediktsabschnitten hat neuerlich Demelius in seiner Schrift „Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprozesse" in scharfsinniger und im ganzen überzeugender Weise dargelegt: er hat meines Erachtens bewiesen, daß jenes erste Edikt sich auf das *iusiurandum voluntarium*, das zweite auf das *iusiurandum necessarium in iure delatum* bezog. Dieser Unterschied tritt auch äußerlich darin hervor, daß nach dem ersten *condicione delata* geschworen wird, woraus hervorgeht, daß es Sache freien Wiliens war, auf solches *condicionem deferre* einzugehen, während nach dem zweiten ein *iusiurandum petere* seitens des Klägers stattfindet, woran ein *cogere* des Prätors sich anschließt. Demelius kennt aber keinen Unterschied zwischen *actio de pecunia certa credita* und *condictio certi*. Er will es zwar dahingestellt sein lassen, ob schon das Edikt die *certae res* in Bezug auf sein *iusiurandum* der *pecunia credita* gleichgestellt habe; jedenfalls aber wäre die Übertragung des Eideszwanges von letzterer auf erstere schon sehr früh, lange vor Ulpian geschehen. Für die Begründung meiner abweichenden Auffassung will ich auf folgende Umstände hinweisen. Das Edikt über das *iusiurandum (necessarium)* stand in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Titel *de rebus creditis*, nicht mit dem Titel *si certum petetur*. Die Digestenrubrik *„de rebus creditis si certum petetur et de condictione"* ist aus einer Zusammenschweißung entstanden, sie ist ein Fabrikat der Kompilatoren. Die Rubrik *de rebus creditis* umfaßte in der Julianischen Ediktsredaktion verschiedenartige Edikte und Klagen *(multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit)*. Mit der unter dieser Rubrik aufgestellten *actio de pecunia certa credita* stand das *edictum* über den Eid in unmittelbarem Zusammenhange. Daß die Rubrik *si certum petetur* erst eine folgende, von der *de rebus creditis* verschiedene war, und die unter derselben proponierte *condictio certi* nicht mit der *actio de pecunia certa credita* identisch war, zeigt die Reihenfolge der Rubriken im *Codex*, welcher hie und da die Anordnung des Edikts durch Vermittelung des ältern, uns nicht

[1] Rudorff zu Puchtas Institut. § 162; Rechtsgesch. II, § 23 S. 83, § 67 S. 219.
[2] Vgl. z. B. Bethmann-Hollweg, Der röm. Civilpr. I, § 44, S. 152.

erhaltenen Kodex treuer bewahrt hat, als die Digesten: IV, 1 führt die Rubrik *de rebus creditis et de iureiurando*, IV, 2 die Rubrik *si certum petetur*. Nach dieser Anordnung bezog sich also das *iusiurandum* (*necessarium*) nicht auf die *condictio certi*. Allerdings ist schon vor Ulpian, ja Marcellus das Eidesrecht jenes Edikts weiter ausgedehnt worden, aber es ist fraglich, wie weit. Demelius[1] meint, der Eid finde statt bei *actio pecuniae certae creditae* (für ihn identisch mit *condictio certae pecuniae*), *actio triticaria* und bei der letzterer ganz gleichartigen *actio operarum*. Die letztere können wir hier wohl beiseite lassen, wir werden auf ihre besondere Natur in späterem Zusammenhang eingehen müssen. Aus l. 34 pr. D. de iureiurando 12, 2, worauf sich Demelius für seine Ansicht beruft, geht auch wohl unstreitig eine Ausdehnung des Eidesrechts von *pecunia* auf *certae res* hervor, aber zweifelhaft ist es, ob für Ulpians Zeit bezw. die Zeit der Julianischen Ediktsredaktion in dem Umfange, welchen Demelius annimmt. Wie die letzten §§ der l. 34, so zeigt auch das Pr. derselben Spuren der Interpolation. *Iusiurandum locum habet ad* entspricht nicht der Latinität Ulpians, wohl aber der der Kompilatoren. Mir ist glaublich, daß man in der Ausdehnung des Eidesrechts vorsichtiger vorgegangen sein wird, und wohl, wie bei der *lex Cornelia*, den Begriff der *pecunia* erweitert, aber an der *pecunia credita* im Sinne der *actio de pecunia certa credita* festgehalten hat, so daß der Eid z. B. nicht bei *condictio indebiti* etc. zulässig war. So behielt das Eidesrecht immer noch den Zusammenhang mit dem Titel *de rebus creditis*, welcher dann aber wohl schon vor Justinian durch die Praxis, vielleicht auch durch Kaiserkonstitutionen beseitigt ist, eine Frage, auf welche in diesem Zusammenhange nicht weiter eingegangen werden kann.

Das bei der Klage auf *pecunia certa credita* geltende Eidesrecht ist nun nicht erst durch das prätorische Edikt eingeführt, vielmehr weisen die bei Plautus und sonst vorkommenden Erwähnungen des *abiurare in iure* gerade beim *creditum* deutlich darauf hin, daß dies Eidesrecht schon bei der alten *legis actio per iudicis postulationem* wohl nach dem dieses Verfahren für die *pecunia certa credita* einführenden unbekannten Gesetze stattfand.[2]

Die Frage liegt nahe, ob, wenn ein Darlehn nicht in Geld, sondern in einer Quantität anderer fungibler Sachen bestand, oder eine Stipulation auf eine solche lautete (denn der Litteralkontrakt kommt dafür nicht in Betracht), nicht auch eine besondere Klage zur Geltendmachung solcher Obligation gegeben war, denn, wie die mit der *actio de pecunia certa credita* in nahem Zusammenhang stehende *actio de pecunia constituta* beweist, ist auch das *constitutum* von Geld auf fungible Sachen ausgedehnt. Sollte diese Ausdehnung nicht schon ein älteres Vorbild haben? Von einer andern Seite werden wir auch auf diese Frage hingeleitet. Nach Gaius IV, 19 ist die *legis actio per condictionem* nicht etwa erst für Forderungen auf ein *dare* einer bestimmten Quantität fungibler Sachen eingeführt, sondern gleich *de omni certa re* festgestellt. Die Klage nun auf *dare* von *aliae res* wird in l. 1 pr. D. de condictione triticaria 13, 3 mit

---

[1] A. a. O. S. 37 flg.

[2] Plaut. Curc. 4, 2, 10: *abiurant si quid creditum est.* Rud. prol. 14: *quique in iure abiurant pecuniam.* Pers. IV, 3, 9: *nec metuo quibus credidi hodie ne quis abiurassit mihi.* Sallust. Cat. c. 25: *sed ea saepe antehac fidem prodiderat, creditum abiuraverat.* Isidor orig. V, 26: *abiuratio id est rei creditae abnegatio.* Serv. in Aen. VIII, 263: *abiurare est rem creditam negare periurio.* Auch die Lücke in der *lex Iulia municip.* v. 113: *queive in iure [ ] abiuraverit* dürfte wohl durch *pecuniam creditam abiuravit* zu ergänzen sein.

dem Namen *triticaria condictio* bezeichnet. Dabei ist auffallend, daß dieser Name nur in der Rubrik dieses Titels und in l. 1 pr. desselben vorkommt, noch mehr aber, daß der ein beschränkteres Anwendungsgebiet andeutende Name für eine Klage, welche von vornherein *de omni certa re* aufgestellt war, gewählt sein sollte, besonders da die entsprechende Klagformel ein noch weiteres Anwendungsgebiet erhalten hat. Huschke[1] äußert zur Erklärung des Namens die Vermutung, die *lex Calpurnia* werde unter dem, was vielleicht erst die deren Inhalt angebende Theorie *omnis certa res* nannte, zuerst bestimmte Quantitäten, und da obenan geschuldetes *triticum* (*oleum* etc.) vor einem bestimmten *fundus* und ähnlichen bestimmten individuellen körperlichen oder unkörperlichen Sachen erwähnt haben. Das heißt aber nichts weiter, als ein bestimmtes historisches Zeugnis sich nach Belieben zurechtlegen, nur um der vermeintlichen Herstammung der *condictio triticaria* aus der *lex Calpurnia* eine Stütze zu verschaffen. Nach Bethmann-Hollweg[2] soll *condictio triticaria* ein alter vom Marktverkehr herrührender Name sein, welchen man der Klage gelassen habe, da sie wegen ihrer Zwitternatur weder *condictio certi* noch *incerti* habe genannt werden können. Selbst wenn das letztere richtig wäre, so würde es immer noch nicht erklären, wie der Name im Marktverkehr für eine Klage, welche von vornherein nicht auf Quantitäten fungibler Sachen beschränkt war, aufkommen konnte. Nach meiner Vermutung hat es neben der *actio de pecunia certa credita* eine von der *condictio de omni certa re* verschiedene *actio* über eine bestimmte Quantität fungibler Sachen, *quam tum, cum contrahitur obligatio, certum est, debitum iri, id est quae sine ulla condicione deducitur in obligationem* gegeben. Warum gerade für das Geben fungibler Sachen eine solche besondere Klage aufgestellt sein soll, ergiebt sich aus dem Wesen derselben. Die Abschätzung zu Gelde ist bei ihnen am einfachsten zu bewerkstelligen, nicht bloß deshalb, weil sie marktgängige Güter sind (denn auch viele nichtfungible Sachen sind solche), sondern deshalb, weil bei der Abschätzung nur die betreffende Gattungsqualität berücksichtigt zu werden braucht, etwaige verschiedene Beschaffenheit von Spezies innerhalb der Gattung nicht in Betracht kommt, während bei Abschätzung von generisch geschuldeten Nichtfungibilien der Wert der schlechtesten Spezies der betreffenden Art, durch deren Leistung der Schuldner sich hätte befreien können, in Anschlag gebracht werden muß, was viel weniger leicht und schnell zu bewerkstelligen ist. Es wurde daher das *dare* einer bestimmten Quantität fungibler Sachen mehr als etwas dem Geben von *certa credita pecunia* sich Annäherndes betrachtet, als das Geben irgend einer andern *certa res*. Daß eine besondere Klage für diesen Fall bestand, zeigt noch eine besondere Spur. Wurde auf das Geben einer bestimmten Quantität von *vinum, oleum, frumentum* geklagt, so stand es ganz fest, daß bei der Schätzung zu Geld auf den Zeitpunkt der Litiskontestation zn sehen war.[3] Dagegen bei Klagen auf *dare* irgend einer *certa res* waren die Meinungen geteilt. Nach der einen Ansicht sollte auch hier, wie bei allen *stricti iuris actiones*, die Schätzung nach dem Zeitpunkt der Litiskontestation erfolgen;[4] es gab aber auch eine andere Ansicht, welche den Zeitpunkt des Urteils der Schätzung zu Grunde legen wollte (l. 3 D. de cond. trit. 13, 3: *In hac actione si quaeratur, res quae petita est*

[1] A. a. O. S. 204. [2] A. a. O. II, S. 267.
[3] L. 4 D. de cond. trit. 13, 3. L. 22 D. de rel. cred. 12, 1.
[4] L. 4 D. cit. L. 37 D. mandati 17, 1.

cuius temporis aestimationem recipiat, verius est, quod Servius ait, condemnationis tempus spectandum). Hat es eine besondere *actio triticaria* gegeben, so wird dafür früher wohl auch ein Sponsionsverfahren angeordnet gewesen sein. Wie weit sie aber sonst an den Privilegien der *actio de pecunia certa credita* Anteil gehabt, muß dahingestellt bleiben. Daß das *iusiurandum (necessarium)* auch auf sie, vielleicht von Beginn ihrer Existenz an, angewandt wurde, ist wahrscheinlich. Über den Begriff der *pecunia* im ursprünglichen Sinne wurde damit nur wenig, der *credita* gar nicht hinausgegangen. Wie das die *actio de pecunia certa credita* vor der *condictio certi* auszeichnende Verfahren zur justinianischen Zeit weggefallen war oder, was etwa noch davon bestand, beseitigt wurde, so werden auch die Eigentümlichkeiten der *actio triticaria* gegenüber der auf die *lex Calpurnia* als ihre Wurzel zurückgehenden *condictio* zu Justinians Zeit geschwunden gewesen sein. Die Kompilatoren haben daher die Spuren dieser Klage, welche in den Schriften der excerpierten Juristen nicht gefehlt haben werden, ausgemerzt, doch haben sie in der Bezeichnung *condictio triticaria* durch den Zusatz *triticaria* zu *condictio* das Andenken der alten *actio triticaria* erhalten. Der hier angenommenen Entwickelung widerspricht nicht die Äußerung des Stephanus ad Basilica XXIV, 8, 7 (Heimbach III, p. 43): ἐπειδὴ ἐν τῇ κατὰ τὸ πάλαι πολιτευόμενον αὐτοῦ φορμούλᾳ τρίτικι ἐνέκειτο μνήμη, denn daraus geht nur hervor, daß es eine besondere auf *dare* einer Quantität fungibler Sachen gehende Formel in früherer Zeit gegeben hat.

Nach Erörterung der *actiones*, durch welche der für den Darleiher aus dem *mutuum* entspringende Anspruch geltend gemacht werden konnte, kann nun die Frage ins Auge gefaßt werden, warum das Darlehn mit rücksichtsloser Konsequenz als ein *stricti iuris negotium* organisiert ist. Daß es eine striktere Natur erhielt, als die übrigen Realkontrakte, war eine notwendige Folge davon, daß die Obligation hier durch Geben fungibler Sachen begründet und auf Rückgabe solcher gerichtet war. Wo die Obligation auf Rückgabe derselben *species* gerichtet ist, nimmt dieselbe schon dadurch einen individuelleren Charakter an, während, wenn der Inhalt derselben im Geben bloßer Gattungsträger besteht, also ein abstrakterer ist, dadurch die ganze Obligation einen abstraktern Charakter bekommt. So erklärt sich auch, daß, wenn auch das *mutuum* ein Kausalkontrakt ist, doch das Kausalmoment wegen des abstrakten Inhalts der Obligation hinter das andere zum Zustandekommen des Geschäfts erforderliche Moment, die ausführende *res*, etwas zurücktritt. Immerhin hätte der abstrakte Inhalt der Darlehnsobligation es doch nicht ganz ausgeschlossen, das Darlehn in einem gewissen Maß als *bonae fidei negotium* zu organisieren, z. B. also Begründung einer Zinsobligation durch *pactum in continenti adiectum* und Befugnis des *iudex*, auf Verzugszinsen zu erkennen, zuzulassen. Hat man doch bei dem Darlehn anderer fungibler Sachen später zugelassen, daß durch *nudum pactum* eine Zinsverbindlichkeit begründet werde. Aber bei dem Geld-darlehn nahm man absolute Bestimmtheit des Inhalts und völlig strikte Natur desselben an, um die Forderung daraus eines besonders strengen prozessualischen Zwangs fähig zu machen. Das Nexum und die daraus sich ergebende *manus iniectio* gegen den beim Eintritt des Fälligkeitstermins in den Zustand des *damnas esse* geratenen Darlehnsschuldner hatte man zwar aufgeben müssen. dadurch war aber die den Römern nun einmal in Fleisch und Blut übergegangene Vorstellung nicht verschwunden, daß die Darlehnsforderung eine besonders strenge und mit besonderem prozessualischen Zwangsapparat aus-

gerüstete sein müsse, welches gleiche Erfordernis man für Geldschulden aus Stipulation und Litteralkontrakt geltend machte. So stellte man denn das Sponsionsverfahren wegen *pecunia certa credita* auf, wie es im frühern von uns dargelegt ist. Andererseits nötigte das, auch später, als das *mutuum* durchaus nicht mehr bloß als Freundesdarlehn diente, sondern nach Wegfall des *nexum* auch das des eigentlichen Geschäftsverkehrs geworden war, daran festzuhalten, daß durch eine dem Darlehn selbst beigefügte Beredung keine Zinsverbindlichkeit begründet werden könne. Die Hinzufügung der Zinsberedung würde den Inhalt der Obligation zu einem *incertum* gemacht und damit die Möglichkeit eines so strengen Rechtsverfolgungsmittels, wie es die *actio pecuniae certae creditae* war, ausgeschlossen haben. Sollte also eine Zinsverbindlichkeit begründet werden, so mußte es durch eine neben dem *mutuum* hergehende Stipulation geschehen.

Res utenda data. Res servanda data. Res pignori data.

§ 57. Bei der Erörterung des Edikts *„Quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo,“* sagt Ulpian in l. 1 § 1 D. commodati 13, 6: *unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit commodati fecit mentionem, cum Paconius utendi fecit mentionem.* Weiter wird dann bemerkt, daß überhaupt frühere Juristen, insbesondere Labeo, sich mit dem etwaigen Unterschiede zwischen *commodatum* und *utendum datum* beschäftigt hätten. Wer der Paconius oder Pacunius gewesen sei, können wir hier dahingestellt sein lassen. Nur darauf möge aufmerksam gemacht werden, daß aus der Gegenüberstellung dessen, *qui edictum concepit,* und des Paconius hervorzugehen scheint, daß mit dem letztern ein Ediktskommentator gemeint sei, und da liegt denn die Vermutung gar nicht so fern, daß in Paconius eine Korruptel vorliegt, unter welcher Pomponius, der bekannte Ediktskommentator, welchen Ulpian so viel benutzt hat, verborgen ist. Man hat gesagt, die Gegenüberstellung könne keinen andern Sinn haben, als daß Pacunius in seinem Ediktskommentar oder sonstwo das Wort *utendum dare* als aus dem Edikt stammend erwähnt habe: *utendum dare* habe sicher seiner Zeit im Edikt gestanden. Ich finde in jener Gegenüberstellung gar keine Nötigung, den Ausdruck *utendum dare* aus dem Edikt herzuleiten; im Gegenteil ist es wahrscheinlicher, daß dem ediktsmäßigen Ausdruck *commodare* der Ausdruck *rem utendam dare* als der des alten Civilrechts gegenübergestellt wurde. Dann lag auch die von Labeo erörterte Frage nahe, ob zwischen dem *utendum dare* des Civilrechts und dem *commodare* des Edikts ein Unterschied bestehe. Daß *utendum dare* juristisch der ältere Ausdruck ist, zeigt der Gebrauch desselben gerade von seiten der republikanischen Juristen. So sagt Cato de agricultura V, 7 in Bezug auf die Pflichten des *vilicus: duas aut tres familias habeto, unde utenda roget et quibus det, praeterea nemini.* Gellius ferner VI (VII), 15 berichtet von Brutus: *Brutum solitum dicere, et furti damnatum esse, qui iumentum aliorsum duxerat, quam quo utendum acceperat.* Und derselbe Gellius sagt: *Itaque Q. Scaevola in librorum, quos de iure civili composuit, XVI verba haec posuit: Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive quod utendum accepit, ad aliam rem atque accepit, usus est, furti se obligavit.* Dazu stimmt es, daß von Plautus[1] für das Leihen von Sachen fast immer

[1] Vgl. die von Demelius in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. II, S. 222, A. 119 beigebrachten Stellen.

utendum dare von seiten des Gebers und *utendum rogare* von seiten des Empfängers gebraucht wird. Eine ähnliche Erscheinung begegnet uns beim Depositum. Neben *deponere*, dem ediktsmäßigen Ausdruck, findet sich der andere dem *rem utendam dare* ganz entsprechend gebildete Ausdruck *rem servandam dare.*[1] Ihn gebraucht Q. Mucius in der vorher citierten Stelle, und wie die Gegenüberstellung des *deponere* und *servandum dare* zu der gleichen Frage, ob ein Unterschied zwischen beiden bestehe, führte, zeigt die Stelle des Paulus in den Sent. II, 12, § 2: *Depositum est quasi diu positum; servandum est, quod ad breve tempus custodiendum datur.* Auch in den Digesten[2] begegnet, wenngleich nicht häufig, der Ausdruck *servandum dare.* Auch hier werden wir in *servandum dare* den ältern civilrechtlichen Ausdruck zu sehen haben. Sehr wahrscheinlich ist, daß auch die im Edikt proponierten *formulae in ius conceptae* ursprünglich lauteten: *Quod A^us^ A^us^ N° N° equum utendum dedit* bezw. *Quod A^us^ A^us^ N° N° mensam argenteam servandam dedit;* aber die neueren im Edikt gebrauchten Ausdrücke *commodare* und *deponere* haben auch in jenen Formeln die alten Ausdrücke verdrängt, wie die Namen der Klagen: *actio commodati* und *actio depositi* zeigen. Jene Ausdrücke *rem utendam* bezw. *servandam dare* und *accipere* sind nun entschieden juristischen Gepräges, es sind keine naiven Ausdrücke des Lebensverkehrs, es werden in ihnen scharf die beiden für das rechtliche Zustandekommen der betreffenden Kontrakte erforderlichen Momente herausgehoben: das Kausalmoment in dem zur Bezeichnung des Zwecks der Handlung dienenden Gerundiv, die Ausführung des Kausalmoments in dem *dare.* Da diese juristisch geprägten, die beiden später für das Zustandekommen der betreffenden Verträge erforderlichen Momente scharf hervorhebenden Ausdrücke bei den alten republikanischen Juristen begegnen und bei nicht juristischen Schriftstellern derselben Zeit, bei welchen häufig juristische Ausdrücke vorkommen, so dürfen wir annehmen, daß schon zur Zeit des Cato, ja schon früher aus dem *utendum dare* bezw. *servandum dare* eine *actio* entsprang. Man hat es als auffallend bezeichnet, daß von Cicero in verschiedenen Stellen bei Aufführung von *bonae fidei actiones*[3] weder *commodatum* noch *depositum* noch *pignus* genannt würden, und daraus schließen wollen, daß jene Geschäfte damals noch nicht klagbar, oder doch die daraus hervorgehenden *actiones* noch nicht *bonae fidei* gewesen sein, wofür man eine weitere Bestätigung darin fand, daß bei Aufzählung der infamierenden Klagen in der *lex Iulia municipalis* c. 8 das *iudicium depositi* nicht mit aufgeführt werde; denn es sei wohl nicht daran zu zweifeln, daß, sobald es überhaupt *contractus famosi* und zugleich den *contractus depositi* gab, dieser in die Reihe jener gehört habe. Gleich dieses letztere kann nicht zugestanden werden. Nicht jeder Treubruch, auch nicht jeder als strafbar behandelte, war ein solcher, welcher eine *actio famosa* hervorbrachte: es sind besondere Gründe, welche bei Mandat, Tutel, Societät und *fiducia* bewirkt haben, daß der Treubruch als infamierend angesehen wurde. Das Depositum trägt den Charakter des Kommodats und *pignus,* wenngleich bei ihm der Gedanke, den Treubruch noch besonders zu bestrafen, zuerst hervorgetreten ist. Als aber die *fiducia* später hauptsächlich nur noch zum Zweck der Verpfändung vorgenommen wurde, und das gewöhnliche Depositum im Verkehr

[1] Vgl. Demelius, a. a. O. S. 223, A. 123.
[2] L. 1 § 8 D. depositi 16, 3. L. 22 D. eod. tit.
[3] De nat. deor. III, 30, § 74, de off. III, 17, § 70, top. 10 § 42.

mehr und mehr auch da eintreten mußte, wo früher eine *fiducia cum amico* eingegangen war, hat man die *actio depositi (in ius concepta)* unter die *actiones famosae* aufgenommen. Vielleicht hat dabei mitgewirkt, daß die alte *in duplum actio*, welche nach dem Zwölftafelgesetze *ex causa depositi* gegeben wurde, in Wegfall kam, es mochte deshalb ein weiterer an die Verurteilung wegen *fides rupta* beim Depositum geknüpfter Nachteil als gerecht erscheinen. Die Nichterwähnung aber von Kommodat, Depositum, Pignus bei der Anführung von *bonae fidei actiones* in Äußerungen Ciceros kann keinen Beweis abgeben dafür, daß damals diese Geschäfte noch nicht klagbar gewesen oder doch noch keine *in ius* konzipierten *actiones bonae fidei* hervorgebracht hätten. Was giebt die Gewähr, ja nur die Wahrscheinlichkeit, daß Cicero an jenen Stellen eine erschöpfende Aufzählung beabsichtigt habe. Es enthält im Gegenteil Cic. de off. III, 17, § 70: *Q. quidem Scaevola pontifex maximus summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur: ex fide bona; fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emtis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur: in his magni esse iudicis, statuere (praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria) quid quemque cuique praestare oporteret,* eine Äußerung, welche zeigt, daß seine Aufzählung keine vollständige war. Man hat wohl gesagt, Cicero gebrauche hier den Ausdruck *iudicia contraria* im weitern Sinne, für die Klage auf Gegenleistung bei allen *bonae fidei negotiis,* da unter den Rechtsverhältnissen, bei denen die *iudicia contraria* vorkommen sollten, auch die *societas, res emtae, venditae, conductae, locatae* erwähnt würden.[1] Diese Erklärung ist durchaus hinfällig, denn, sagt Liebe mit Recht, welche Klage sollte z. B. beim Kauf das *iudicium contrarium* sein, Cicero nenne noch dazu beides: *in rebus emtis, venditis.* Auch ist solche weitere Bedeutung von *iudicium contrarium* völlig unerweislich. Die Äußerung über die *iudicia contraria* ist vielmehr ein Beweis dafür, daß Cicero (bezw. Quintus Mucius) nicht alle ihm bekannten *arbitria in quibus adderetur ex fide bona* nannte, sondern daß ihm noch andere, bei welchen *iudicia contraria* vorkamen, vorschwebten. Unter den von ihm genannten kommen nur bei Tutel, *fiducia,* Mandat *iudicia contraria* vor. Sollen nun *in plerisque iudicia contraria* vorkommen, so müssen ihm dabei unsere Realkontrakte mit vorgeschwebt haben. Und so zeigt denn auch eine Entscheidung gerade des Quintus Mucius in Bezug auf das Kommodat in l. 5 § 3 D. commodati 13, 6: — *et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandam ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit,* daß er die *actio commodati* (oder wie er sie nennen mochte) als *bonae fidei iudicium* behandelte. Auch sonst werden die *veteres* bei Erörterung von Fragen erwähnt, welche auf die *bonae fidei*-Natur der Klage aus dem Kommodat schließen lassen (l. 5 § 6, §§ 10 u. 11 D. commod. 13, 6). Nach der ihnen innewohnenden besondern Kausalberedung waren in der That das *rem utendam dare, rem servandam dare, rem pignori dare* von vornherein dazu veranlagt, ein *arbitrium* oder eine *bonae fidei actio* hervorzubringen. Man darf nur nicht, bemerkt Girtanner[2] treffend, bei jenen drei Geschäften lediglich die Rückgabe der hingegebenen *species* als den alleinigen Gegenstand der Obligation denken. Das Vertrauen ist ebensowohl auch gerichtet auf das persönliche Verhalten und das Verwalten der hingegebenen *species.* Aus der Natur

[1] Vgl. Liebe, Die Stipulation S. 257, A. 1. [2] Die Stipulation S. 448.

der Kausalberedung, insbesondere je nachdem dabei eine *utilitas* des einen oder des andern Kontrahenten *versatur,* wurden die Verpflichtungen derselben beurteilt. Fragt man nun, ob es rein Sache des Zufalls gewesen sei, daß in den betreffenden Edikten bezw. dann zunächst in den *formulae in factum conceptae* nicht die dem Civilrecht angehörenden Ausdrücke *utendum dare, servandum dare.* sondern andere gebraucht sind, so möchte ich das verneinen. Ohne hier schon näher auf das Wesen der im Edikt für Kommodat, Depositum, Pignus aufgestellten *formulae in factum conceptae* einzugehen, kann doch bemerkt werden, daß der damit geltend zu machende Anspruch kein kontraktlicher, sondern ein deliktischer sein sollte. Wären in der Formel jene civilrechtlichen Ausdrücke *utendum dare, servandum dare* gebraucht, so hätte das den *iudex* zu dem Mißverständnis verleiten können, als ob alle für die betreffenden Kontraktsverhältnisse im Civilrecht angenommenen Sätze, z. B. in Bezug auf Handlungsfähigkeit der *impuberes infantia maiores,* den Übergang der Verpflichtung auf die Erben u. dgl., auch für den mit der *formula in factum concepta* zu verfolgenden Anspruch gelten sollten. Diese Rücksicht wird die Prätoren bewogen haben, nicht dieselben Ausdrücke, aber ihnen nah verwandte, welche zu Gebote standen, zu verwenden, damit der der neuen Klage zu Grunde liegende Anspruch nicht völlig nach den civilrechtlichen Sätzen, sondern nach seiner eigenen innern Natur beurteilt werde. Nachdem dann in Theorie und Praxis die Sätze, welche für die *formulae in factum conceptae* zur Anwendung zu kommen hatten, fest entwickelt waren, hatte die Auseinanderhaltung der Terminologie kein Interesse mehr, und es ist begreiflich, daß die neueren kürzeren und handlicheren Ausdrücke *commodare* und *deponere* die älteren präzisen, aber unbehilflichen *utendum dare* und *servandum dare* mehr zurückdrängten, obwohl gerade da, wo die aus dem Kommodatkontrakte selbst entspringende *obligatio* und deren einzelne Konsequenzen erörtert werden, wie von Gaius in l. 1 § 4 D. de obl. et act. 44, 7, der Ausdruck *utendum accipere* auch später noch gebraucht wird. Nicht eine etwaige kondiktionenartige Natur der Klagen, weil sie, wie die Kondiktionen, auf ein schlechthiniges *rem repetere* gerichtet gewesen wären, hat die Stellung derselben unter dem Titel *de rebus creditis* veranlaßt, sondern *ideo praetor et de commodato et de pignore sub hoc titulo edixit,* weil *cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimur.* Das einfache *rem repetere* der Kondiktionen fällt, wenn wir vom *mutuum* absehen, gar nicht unter den Ediktstitel *de rebus creditis.* Die *actio si certum petatur* oder *condictio certi* und die auf die *lex Calpurnia* zurückgehende *condictio,* mit welchen jene Repetitionen geltend zn machen waren, folgten, wie früher gezeigt wurde, erst auf den Titel *de rebus creditis.* Die festen, technischen, gerade von Juristen gebrauchten Ausdrücke *rem utendam, servandam, pignori dare,* welche auf formulare Verwendung in einer *demonstratio* schließen lassen, sind ein Indicium dafür, daß, seitdem sie nachweisbar auftreten und wohl schon früher, eine Klagbarkeit dieser Geschäfte bestand. Kamen diese Geschäfte, wie wir nicht zweifeln können, schon zur Zeit des Legisaktionenprozesses häufig im römischen Leben vor, so konnte man gewiß den Kommodanten, Deponenten, Verpfänder die Garantie für die Rückgabe der Sache nach völliger Erreichung des Zwecks der Hingabe nicht allein in der Solidität und Treue des Empfängers finden lassen. Gewiß sichern sich in nicht geringem Maße Verkehr und Kredit durch sich selbst, das ist heute ebenso der Fall, wie in alter Zeit. Aber wo solche Geschäfte häufig im Leben vorkommen, da stellt

sich auch eine nicht geringe Zahl von Fällen ein, in welchen diese Sicherung den Dienst versagt und die Klage sich als notwendig herausstellt. Man hat eine zu ideale Vorstellung von den Verkehrsverhältnissen im alten Rom, wenn man annimmt, daß jene Sicherung bis in die letzten Jahrhunderte der Republik genügt habe, da für Fälle wirklicher Treulosigkeit Strafklagen vorhanden gewesen seien. Es handelt sich bei Kontraktswidrigkeiten nicht immer um Treulosigkeit: der Depositar oder Kommodatar will vielleicht die Sache nicht sofort zurückgeben, weil er Verwendungen auf dieselbe gemacht, deren Ersatz verlangen zu können er überzeugt ist. Den Kommodanten in solchen Fällen auf die *rei vindicatio* zu verweisen, entspricht den Interessen beider Teile nicht: er selbst müßte bei Anstellung derselben sein Eigentum, wenn es geleugnet würde, nachweisen; dem Beklagten wäre es unmöglich gewesen, *compensando* seine etwaigen Gegenforderungen geltend zu machen. Die Natur dieser Verhältnisse spricht, meine ich, dafür, daß bei entstehenden Differenzen auf Antrag des Kommodanten u. s. w. den Parteien vom Magistrat ein *arbiter* gewährt wurde, um durch dessen billige Entscheidung jene Differenz schlichten zu lassen. Es sind Geschäfte, welche zwar im Verkehr mit Peregrinen anwendbar waren, aber in dem kleinbürgerlichen Leben der Römer selbst ihren Ursprung gehabt haben: Geschäfte, welche aus Gefälligkeit und zum Zweck der Aushilfe unter Freunden und Nachbarn abgeschlossen wurden. Der Kommodant erhält für die Gebrauchsüberlassung keine Vergeltung; es heißt daher in l. 17 § 3 D. commodati vel contr. 13, 16: *Sicut — voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit;* ferner bei Agroetius de Orthogr. (ap. Putsch. p. 2274): *Inter commodatum et mutuo datum nonnihil distat: commodamus amico pro tempore animal, servum, vestem, hanc ipsam rem, quam dedimus, recepturi.* Bei Cato de agricultura V, 3 endlich findet sich für den *vilicus* die Vorschrift: *duas aut tres familias habeat, unde utenda roget et quibus det, praeterea nemini.* Auch das *rem servandam dare* schließt eine Vergeltung für die Aufbewahrung der übergebenen Sache aus. Daß es schon früh im Leben der Römer eine Rolle spielte, zeigt das Vorkommen einer Bestimmung darüber in den XII Tafeln. Windscheid[1] bestimmt den Begriff der Hinterlegung als zum Zweck des Bewahrtseins der Sache seinen Raum gewähren. Diese Bestimmung ist zu eng, denn man kann jemand, welcher gar keinen Raum hat, eine Sache zur Bewahrung übergeben, wenn nicht etwa auch das Halten in der Hand als Gewährung eines Raumes aufgefaßt werden soll. Scheinbar kann sich jene Begriffsbestimmung auf das Wort *deponere* gründen, aber der Ausdruck *rem servandam dare* gewährt dafür keinen Anhalt: er bezeichnet als Zweck der Übergabe das *servare,* das Halten der Sache in Verwahrung. Dieses in Verwahrung halten ist aber nichts weiter als in seiner Detention halten, wobei der Depositar, da er keine Vergeltung erhält, nur für *dolus* und *lata culpa* haftet. Von dem *mandatum ad custodiendum* unterscheidet sich das Depositum dadurch, daß bei dem erstern der Empfänger der Sache die Bewachung derselben in Vertretung des Mandanten übernimmt und dabei wegen dieser übernommenen Vertretung für die *diligentia* eines *bonus paterfamilias* einzustehen hat. Das Depositum war nach der ursprünglichen Auffassung der Römer ein gewöhnliches *bonae fidei negotium,* die Klage gehörte nicht zu den *iudicia de mala fide,* wie sie Cicero bezeichnet, bei welchen die Verurteilung

[1] Lehrb. d. Pandektenrs. II, § 377, A. 1.

Infamie des Verurteilten mit sich führte. Immerhin schien doloses Verweigern der Rückgabe der Sache bezw. dolose Beschädigung derselben bei der *res servanda data* mehr, wie bei den anderen Realkontrakten, ein einer Bestrafung würdiger Vertrauensbruch, daher „*ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur*“ (Collat. X, 7, § 11). Der Grund der Strafwürdigkeit jenes Verhaltens liegt darin, daß der Depositar die Sache lediglich im fremden Interesse inne hat, gar nicht in einem eigenen Interesse, so daß jenes Verhalten lediglich als eine bewußte Verletzung des fremden Interesses, nicht etwa nur als eine egoistische Ausdehnung des eigenen Interesses erscheinen muß. Ob diese Klage aufs Doppelte eine reine Strafklage war, darauf wird erst in der Darstellung des *ius honorarium* bei der Erörterung der *formula depositi in factum concepta* einzugehen sein.

Ein besonderer Fall des *deponere* ist das *in sequestro* oder *in sequestre deponere*. Nach der Annahme Muthers[1] wurde gegen den Sequester die einfache *actio depositi*, die gewöhnliche (*in ius* konzipierte) Formel der *actio depositi* gebraucht. Dagegen haben sich stillschweigend Rudorff[2] und ausdrücklich Lenel[3] mit Recht erklärt. Unter der ein paar Mal genannten[4] *sequestraria depositi actio* kann nur eine besondere Formel verstanden werden. Noch mehr aber fällt ins Gewicht, daß das mit dem Sequester abgeschlossene Geschäft doch so eigentümlich ist, daß für dessen klageweise Geltendmachung die gewöhnliche Formel nicht ausreicht. Lenel hält eine *in factum* konzipierte Formel für wahrscheinlich, weil er aus l. 7 pr. D. depositi 16, 3 folgern will, daß in der Formel des *dolus* des Beklagten Erwähnung geschehen sei. Aber daß in der Stelle ein gewisses Verhalten des *sequester* in dem konkreten Fall als *dolo proximum* bezeichnet wird, giebt gewiß keinen Anhalt für eine Annahme der *mentio doli mali* in der Formel, denn der Depositar, also auch der Sequester haftet stets für *dolus* und *culpa lata*, das *dolo proximum* kann ebensowohl bei der *formula in ius concepta* als bei der *in factum concepta* zur Sprache kommen. Das *in sequestre deponere* ist ein schon dem alten Civilrecht bekanntes Geschäft, es hindert meines Erachtens nichts, mit Rudorff eine *formula in ius concepta* anzunehmen. Der Name „*depositi sequestraria actio*“ paßt gut zu der Annahme, daß die Formel eine jenen Namen begründende *demonstratio* hatte, welche kurz das mit dem *sequester* abgeschlossene Geschäft bezeichnete; gerade in dem Unterschied dieser *demonstratio* von der der gewöhnlichen *actio depositi in ius concepta* dürfte die Eigentümlichkeit der *sequestraria actio* gelegen haben. Schon in verschiedenen Stellen des Plautus (Rudens IV, 3, 62 sqq., Mercator IV, 3, 20 sqq., Fr. Vidulariae), auch in ein paar durch mittelbare Überlieferung erhaltenen Fragmenten des Cato[5] kommt das *sequestro dare* oder *ponere* vor. Nach der ganzen Art, wie in den Plautinischen Stellen das *apud sequestrum ponere* erwähnt wird, darf man unbedenklich annehmen, daß es sich dabei um ein Rechtsgeschäft handelt, aus welchem eventuell auf das *reddere* der übergebenen Sache geklagt werden kann. In den Plautinischen Stellen wird unmittelbar neben dem *sequestro ponere* das *ad arbitrum redire* erwähnt, auch der *sequester* ist als ein Schiedsrichter gedacht, bei welchem aber zur Wahl als Schiedsrichter durch die streitenden Parteien noch die Deposition der streitigen

[1] Sequestration u. Arrest S. 46 flg. [2] De iurisd. Ed. p. p. 119.
[3] Ed. p. S. 231. [4] L. 12 § 2 D. depositi 16, 3. L. 9 § 3 D. de dolo m. 4, 3.
[5] Vgl. Muther, a. a. O. S. 12 ff.

Sache hinzukommt. Noch in den Digesten, l. 11 § 2 D. de recept. 4, 8, wird der Fall erwähnt: *si res apud arbitrum depositae sunt eo pacto, ut ei daret, qui vicerit,* ohne daß dabei das Wort *sequester* gebraucht wird. Man braucht nicht mit Muther[1] anzunehmen, daß die Kompilatoren statt des von Ulpian geschriebenen „*sequestrum*" eingesetzt hätten: „*arbitrum*". Schon zu Ulpians Zeit kann es selten gewesen sein, die Eigenschaften des *arbiter* und *sequester* miteinander zu verbinden, und mag er es daher, da er nur von der Eigenschaft des Mittelsmanns als *arbiter* handeln wollte, für passend gehalten haben, diesen Ausdruck zu gebrauchen.[2] — Die *sequestratio voluntaria* unterscheidet sich nun aber von dem gewöhnlichen Depositum in folgenden Punkten. Auch beim gewöhnlichen Depositum können mehrere Personen dieselbe Sache deponieren, die Sequestration verlangt mehrere Deponenten,[3] wenn auch vielleicht nur der eine den Depositionsakt vornimmt, der andere dazu seine Vollmacht erteilt. Bei dem gewöhnlichen Depositum ist aber das Interesse der mehreren Deponenten an der Verwahrung ein gemeinschaftliches. Der *sequester* dagegen ist immer ein *medius inter duos,* d. h. jeder der Deponenten will durch die *custodia* des Sequester bezüglich seines besondern Interesses an der Sache gegenüber dem andern Deponenten geschützt sein, es deponiert daher ein jeder von ihnen *in solidum.* Zu weit geht die Behauptung J. Voigts, die Sequestration setze stets eine *controversia* unter den Deponenten voraus, d. h. gleichzeitige, einander entgegenstehende Rechtsansprüche bezüglich der deponierten Sache, und dieses Merkmal der Sequestration sei bereits in der Deposition derselben Sache seitens mehrerer *in solidum* enthalten. An der Unversehrtheit und Zugänglichkeit von Erbschafts- oder anderen Urkunden können mehrere Personen, zwischen welchen das Recht an den Urkunden gar nicht streitig ist, einander gegenüber ein Interesse haben, die *custodia* des Sequester soll dieses Interesse den anderen Deponenten gegenüber sichern. Mehr als ein solches besonderes Interesse den anderen Deponenten gegenüber, welches Deposition *in solidum* erheischt, setzt die Sequestration nicht voraus, wenn auch der gewöhnlichste Fall der Sequestration dann vorliegt, wenn jeder auf die Sache Anspruch erhebt. In diesem Hauptfall genügt vielfach auch, daß dem Sequester die *custodia,* die Detention der Sache eingeräumt wird. Es können aber Fälle vorkommen, in welchen dadurch der Zweck der Sequestration nicht genügend erreicht wird, sondern dem Sequester die *possessio,* der juristische Besitz der Sache eingeräumt werden muß. Es handelt sich bei dieser Frage um die Erklärung von l. 39 D. de acq. v. a. p. 41, 2 (Iulianus libro II ex Minicio): *Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res. nam si omittendae posses-*

[1] A. a. O. S. 65.

[2] Neuerdings hat J. Voigt, Vom Besitz des Sequester nach d. röm. R. zur Zeit der klassischen Jurisprudenz, (1885) S. 2 ff., aus der Verschiedenheit, welche zwischen der Bedeutung des Worts Sequester im Vulgär-Sprachgebrauche und der technischen Bedeutung bestand, schließen wollen, daß das alte Institut der Sequestration verschwunden, in Vergessenheit geraten sei, dann aber nach fast zwei Jahrhunderten dem gesteigerten Verkehrsleben seine Auferstehung zu danken gehabt habe: die juristische Wissenschaft habe sich der neuern Erscheinung bemächtigt und nominell dieselbe an das ehedem vorhandene ähnliche Rechtsinstitut angeknüpft. Das ist Phantasie, nichts weiter. Richtig mag sein, daß später der *sequester* nur selten noch zugleich mit der Stellung eines *arbiter* betraut wurde. Das Institut hat sich aber ununterbrochen seit den Zeiten des Plautus bis in die Kaiserzeiten fortgepflanzt: von einer Wiederauferstehung kann nicht die Rede sein.

[3] Vgl. namentl. l. 6 u. 17 pr. D. depositi 16, 3. L. 110 D. de verb. s. 50, 16.

sionis causa, et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio eius partibus non procederet: at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat. Danach kann die Deposition bei einem *sequester*, auch wenn die Sache unter den Parteien streitig ist, in verschiedener Absicht erfolgen: entweder (und das ist das Regelmäßige) *custodiae causa* oder (was klar bewiesen sein muß) *omittendae possessionis gratia.* Neuerlich[1] ist die Stelle so erklärt worden: der Sequester habe stets juristischen Besitz, die Beteiligten hätten aber vereinbaren können, daß dem bisherigen Usukapienten die Zeit der Sequestration nicht eingerechnet werden sollte. Allein daß die *possessio eius* (nämlich des Sequester) den Parteien nicht *ad usucapionem procedere* solle, wird als Folge des *deponere omittendae possessionis causa*, nicht als Inhalt dieses *deponere* angegeben: wenn das *deponere* in der Absicht geschieht, den Besitz aufzugeben bezw. ihn auf den Sequester zu übertragen, dann wird der Besitz des Sequester nicht in die Usukapionszeit einer der Parteien eingerechnet werden. Der Gegensatz des *custodiae causa* und des *omittendae possessionis causa deponere* kann nicht wohl einen andern Sinn haben, als daß mit *custodia* die bloße Detention, mit *possessio* der juristische Besitz, wie in l. 3 § 23 D. de ac. vel a. p. 41, 2; l. 12 D. quibus ex c. 42, 4; l. 5 pr. D. ut in poss. 36, 4, bezeichnet sein soll. Dazu stimmt es, daß im Fall der Übertragung der *possessio* die *possessio eius*, nämlich des Sequester, nicht zur Usukapionszeit einer der Parteien, im Fall des *deponere custodiae causa ea possessio* (nicht *possessio eius*) der Usukapion des Siegers zu gute kommen soll.[2] Mit dem aus l. 39 cit. gewonnenen Resultat stimmt l. 17 § 1 D. depositi 16, 3 überein: *Rei depositae proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est: nam tum demum sequester possidet; id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.* Auf diese Stelle wird die Meinung gestützt, daß der Sequester stets juristischen Besitz habe, indem man zu *deposita est* ergänzt *res.* Dadurch wird man dann genötigt, das *tum demum* mit Muther[3] fälschlich „dann freilich" zu übersetzen, und wäre es doch auch viel natürlicher gewesen, solchen Gedanken einfach durch: *nam sequester possidet* auszudrücken. Hat nun aber *tum demum* hier, wie in manchen anderen, durch die Lexika nachgewiesenen Stellen die Bedeutung „dann erst", so muß zu dem vorhergehenden *deposita est*, wie es auch näher liegt, *possessio* ergänzt werden. Verstärkt wird diese Erklärung der Stelle dadurch, daß sie danach denselben Gedanken ausspricht,

[1] Dernburg, Pandekten I, § 173, A. 5.

[2] Mir ist zweifelhaft, ob die Stelle in ihrer ursprünglichen Fassung nur von den Wirkungen des *deponere apud sequestrem* für die Usukapion gehandelt habe. Vielleicht wurden von Julian auch die Wirkungen für das *utrubi* in Betracht gezogen, denn die Parteien konnten gewiß auch einem Sequester deponieren, damit die Zeit der Sequestration keiner für das unter ihnen bevorstehende *utrubi* nütze. Für dieses konnte es nichts ausmachen, ob *possessionis omittendae causa* oder *custodiae causa* deponiert war: auch wenn nur *custodiae causa* deponiert war, konnte die Zeit der Sequestration keiner der Parteien gegen einander für das *utrubi* nützen, denn der Sequester hatte die Sache sowohl für die eine, als für die andere inne. Wohl aber konnte bei Deposition *custodiae causa* die Zeit der Sequestration dem Sieger für die Usukapion nützen, denn, nachdem das Urteil zu seinen Gunsten ausgefallen, wurde es so angesehen, als habe der Sequester für ihn besessen. Sollte Julian etwa nach *fuerit approbatum* geschrieben haben: *neque ad interdictum neque ad usucapionem possessio eius partibus* (zu beachten ist, daß er hier *partibus* nicht *victori* schreibt) *procedet? possessio procedit*, z. B. *heredi* wird auch in Bezug auf die *accessio possessionis* beim *utrubi* gesagt, wie l. 13 § 5 D. de acq. v. a. p. 41, 2 zeigt.

[3] A. a. O. S. 229.

wie l. 39 cit.: der Sequester wird regelmäßig nicht Besitzer, sondern nur, wenn der Wille der Deponenten gerade darauf gerichtet ist; das *deponere possessionem* soll nichts Anderes bedeuten, als *rem omittendae possessionis causa deponere.* Und als Zweck dieser Art des *deponere apud sequestrem* wird in dem Schlußsatz auch angegeben, daß die Zeit der Sequestration zu dem Besitz keines der beiden Deponenten hinzugerechnet werden soll. Wir werden also an dem Resultat festhalten müssen, daß in der Regel, auch wenn eine streitige Sache bei einem Sequester deponiert wird, auf den letztern nur die Detention übergeht, und dieser nur dann, wenn der Wille der Deponenten nachweisbar auf diese Wirkung gerichtet ist, den juristischen Besitz erhält.

Fragen wir nun noch, wie etwa die Formel der *sequestraria depositi actio* gestaltet gewesen sei, so geht man meines Erachtens mit der Annahme nicht fehl, daß in einer *demonstratio* das Sequestrationsgeschäft zu bezeichnen war, also die mehreren Deponenten angegeben wurden und der Depositar als *sequester* zu charakterisieren war. Da aber das dem Sequester Anzuvertrauende ihm *„certa condicione custodiendum reddendumque traditur"*, so dürfte die *demonstratio* neben dem festen einen beweglichen Bestandteil gehabt haben, in welchem die *certa condicio* ausgedrückt wurde. Diese *certa condicio* ist ein wesentliches Moment des Sequestrationsgeschäfts, dessen Nichtberücksichtigung in der von Rudorff konstruierten Formel als ein Mangel zu bezeichnen ist.

Neben dem *utendum dare* und *servandum dare* steht als eine verwandte Zweckgabe das *pignori dare.* Während nach Bachofen[1] sich die Ursprünge dieses Kontrakts im höchsten Altertum verlieren, wäre Keller[2] eher geneigt, anzunehmen, daß eine geraume Zeit hindurch der Verpfänder nach bezahlter Schuld sich mit der Vindikation habe behelfen müssen. Auch Dernburg[3] hält die *actio pigneraticia in personam* für viel spätern Datums, und im Anschluß an diese Schriftsteller spricht sich Demelius[4] noch bestimmter dahin aus, daß zu Plautus' Zeiten das *pignus* als ein individuelles, durch besondere Klage geschütztes Geschäft noch nicht bestand. Dieser Auffassung vermag ich nicht beizustimmen. Aus denselben Gründen, wie bei Kommodat und Depositum, kann auch hier die Zulässigkeit der *rei vindicatio* nach gezahlter Schuld schwerlich geraume Zeit den Interessen der Parteien genügt haben. Ohne hier auf unserer Kenntnis nicht zugängliche älteste Zeiten einzugehen, glaube ich, auf Grund der Anwendungen des *pignus,* welche in den Catonischen Vertragsformularen uns vorliegen, annehmen zu dürfen, daß zu Catos Zeiten bereits eine *actio pigneraticia in personam* bestand, ja es scheint sogar eine Hindeutung darauf vorzukommen. Nach Cato de agric. c. 146 soll der Käufer der *olea pendens* sich dem Verkäufer nach folgendem Formular verpflichten: *recte haec dari fierique satisque dari domino, aut cui iusserit, promittito satisque dato arbitratu domini. donicum solutum erit aut ita satisdatum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneri sunto. ne quid eorum de fundo deportato. si quid deportaverit, domini esto.* Sodann: *emptor domino debeto et id satisdato, proque ea re ita uti s. s. e. item pigneri sunto.* Ferner heißt es in dem Formular für den Verkauf der Winterweide c. 149: *donicum pecuniam satisfecerit aut delegarit, pecus et familia, quae illic erit, pigneri sunto. si quid de iis rebus controversiae erit, Romae iudicium fiat.* Endlich wird in dem Formular für die Verpflichtungen des Schäfereipächters c. 150 gesagt: *Conductor duos menses*

[1] Das röm. Pfandrecht S. 5 flg.
[2] Krit. Jahrbücher f. deutsche Rsw. XI, S. 961 flg.
[3] Pfandrecht I, § 4.
[4] Ztschr. f. Rechtsgeschichte II, S. 227.

pastorem praebeat. donec domino satisfecerit aut solverit, pignori esto. Bachofen[1] und Keller[2] erklären die in diesen Stellen erwähnte Verpfändung der *illata* oder einzelner Gegenstände daraus für eine durch bloßen Vertrag, meines Erachtens mit Unrecht; denn es handelt sich in jenen Fällen nicht um eine Verpachtung des Grundstücks, infolge deren der Pächter Detentor des Grundstücks würde, sondern um einen Verkauf der *olea pendens*, des *pabulum hibernum*, der *fructus ovium;* der *dominus* bleibt also Detentor des Grundstücks, durch die Abmachung, daß die *illata pignori* sein sollen, wird er zum Besitzer derselben gemacht, es liegt ein wahres *pignus*, kein bloßes Vertragspfand vor. Der Gläubiger hatte als Besitzer keinen andern Schutz, als den durch das *interdictum utrubi*. Daß ihm ein *interdictum adipiscendae possessionis* zugestanden, davon findet sich keine Andeutung, wohl aber eine andere Bestimmung, welche zum Schutz des Gläubigers dienen sollte: der Verpfänder soll nichts von den verpfändeten *illata* vom Grundstück fortschaffen; hat er eine darunter fallende Sache fortgeschafft, so soll sie an den *dominus* zu Eigentum verfallen sein. Dieser Bestimmung hätte es nicht bedurft, wenn der Gläubiger ein *interdictum adipiscendae possessionis* gehabt hätte. Diese Catonischen Fälle des *pignori dare* bieten nun folgende nicht unbemerkt gebliebene Eigentümlichkeit. Das *pignus* erscheint als Vorläufer der *satisdatio*. „Bis man einen Sponsor, einen Reus ermitteln würde, gab man dem Gläubiger einstweilen die *naturalis possessio.*“ Mit der Satisdation schon sollte es dem Verpfänder zurückgegeben werden. Wie erklärt sich diese provisorische Verwendung des *pignus?* Rudorff[3] meint sie daraus erklären zu können, daß die Possessio *ad tempus* gegeben werden könne, diese Vergänglichkeit habe folglich auch das *pignus*, die *satisdatio* oder *satisfactio* erscheine als Endtermin der *causa pignoris*. Meines Erachtens liegt der wahre Erklärungsgrund für jene Erscheinung in dem ursprünglich verschiedenen Zweck von *pignus* und Bürgschaft. Es ist nicht richtig, daß beide Kautionsmittel ursprünglich ganz denselben Zweck haben. Die Bürgschaft hat den Zweck der *satisfactio*, der Befriedigung des Gläubigers: er soll, wie vom Hauptschuldner, vom Bürgen Befriedigung erlangen können. Die Stellung eines zahlungsfähigen Bürgen ist also selbst schon eine Art Befriedigung: wenn auch keine *solutio*, doch eine *satisfactio*, und natürlich auch eine Sicherung des Gläubigers bezüglich der eventuellen *solutio*. Ganz anders steht die Sache beim *pignus*. Dasselbe gewährte ja ursprünglich keine Verkaufsbefugnis, es enthielt keine Art der Befriedigung, der *satisfactio*, sondern nur eine Sicherung des Gläubigers bezüglich eventuellen Eintritts der *solutio* oder *satisfactio*, sofern der Verpfänder vor Verschaffung der *satisfactio* nicht wieder in den Besitz des Pfandes gelangen konnte. Erst durch die Ausbildung der Verkaufsbefugnis des Pfandgläubigers hat sich dieser wesentliche Unterschied des Zwecks von *pignus* und Bürgschaft ausgeglichen. Hält man ihn fest, so erklärt sich von selbst jene provisorische Verwendung des *pignus:* der Zweck desselben ist erreicht, sowie auch nur eine *satisdatio*, wie Stellung eines Bürgen oder *expromissio*, eingetreten ist. Die Rechtsquellen, insbesondere die Digesten, haben von dieser provisorischen Verwendung des *pignus* keine Spuren, mit Ausnahme einer Stelle des Labeo, aus der hervorgeht, daß sie noch möglich war, nämlich l. 14 D. quibus modis 20, 6: *Cum*

[1] Das römische Pfandrecht S. 9 f.
[2] Richters krit. Jahrbüch. 11. Jahrg., Bd. XXII, S. 964; Institut. S. 70.
[3] Ztschr. f. geschichtl. Rechtswissensch. XIII, S. 186.

colono tibi convenit, ut invecta importata pignori essent, donec merces tibi soluta aut satisfactum esset: deinde mercedis nomine fideiussorem a colono accepisti. satisfactum tibi videri existimo et ideo illata pignori esse desisse. Das Vorkommen nun der Übereinkunft über das *pignori esse* der *in fundum illata* für bestimmte Schulden in den Catonischen Formularen, welche im ganzen einen entschieden juristischen Charakter haben, läßt schon an sich annehmen, daß nach Erlöschung des *pignus* durch *satisdatio* oder *solutio* dem Verpfänder eine *pignoraticia actio* gegen den Gläubiger auf Rückgabe zustand. Ein direktes Indicium dafür haben wir in dem im cap. 149 auf die Worte *„donicum pecuniam satisfecerit aut delegarit, pecus et familia, quae illic erit, pigneri sunto"* folgenden Satz: *si quid de iis rebus controversiae erit, Romae iudicium fiat.* Daß die hier als möglich ins Auge gefaßte *controversia* bezw. das daraus hervorgehende *iudicium* sich vor allem auf das gerade vorher erwähnte Pfandverhältnis beziehen, namentlich auf die Verpflichtung des Gläubigers, nach Erlöschung des *pignus* die Sache zurückzugeben, liegt wohl nahe genug.

c. Die entgeltlichen Verträge.

α. Der Kauf.

§ 58. Das römische Recht hat obligatorische Verträge ausgebildet, in deren Wesen es liegt, daß beide Kontrahenten einander zu Leistungen verpflichtet werden. Unter diesen wieder nehmen die erste Stelle ein die Verträge, in deren Wesen es liegt, daß durch die beiderseitigen verschiedenartigen Leistungen verschiedenartige Bedürfnisse bezw. Interessen der Kontrahenten befriedigt werden sollen, bei welchen jeder Kontrahent sein von dem des andern verschiedenes Sonderinteresse bei der ihm zu machenden Leistung im Auge hat und dafür eine Leistung giebt, welche das Sonderinteresse des andern befriedigen soll, welche also auf einen Austausch dieser verschiedenartigen Leistungen gerichtet sind. Die Einigung erfolgt dadurch, daß jeder sich entschließt, das Sonderinteresse des andern zu befriedigen, weil er dafür von diesem Befriedigung seines Sonderinteresses erhält. Nicht aber jedes auf Austausch von Leistungen gerichtete Geschäft ist in dem alten Civilrecht, dem Civilrecht der republikanischen Zeit, mit der Sanktion des Rechts versehen, sondern zunächst nur die entgeltlichen Verträge, d. h. die Verträge, welche auf definitive Abtretung von Vermögensstücken oder auf irgend welche Überlassung des Gebrauchs von Vermögenswerten für eine Geldsumme gerichtet sind, also Kauf und Miete in ihren verschiedenen Gestalten. Was solchem Vertrage das individuelle Gepräge giebt, ist die Leistung des Verkäufers, des Vermieters, welcher ein individuelles Vermögensstück abtritt oder doch den Gebrauch desselben überläßt; nicht die Leistung des Käufers, des Mieters, welche nur in einer Summe des allgemeinen, abstrakten Wertrepräsentanten besteht, in welchem auch der Wert beliebiger anderer Verkehrsgüter oder der Wert des Gebrauchs desselben ausgedrückt werden kann. Der Verkäufer tritt ab, der Vermieter überläßt zum Gebrauch um so viel, als das Vermögensstück bezw. dessen Gebrauch ihm wert ist: der Käufer, der Mieter nehmen für so viel, als das Betreffende ihnen wert ist. Der Wert also der Leistung des Verkäufers oder Vermieters ist das bestimmende Moment des Kontrakts, auf dieser Leistung liegt das Hauptgewicht. Daraus erklärt es sich, daß, wenn wir vom Staatsvermögensrecht, in welchem andere Rücksichten entscheiden, absehen, der die Sache Abtretende

oder den Gebrauch Überlassende, also der *venditor*, der *locator* es ist, welcher die *leges* des Kontrakts, die einzelnen Modalitäten desselben festzusetzen hat (natürlich in Übereinstimmung mit der andern Partei). Daß von allen auf Austausch gerichteten Geschäften gerade diese zunächst die Sanktion der Rechtsordnung erlangt haben, erklärt sich aus der Bedeutung der Geldgeschäfte überhaupt und vor allem aus der fundamentalen Bedeutung gerade dieser Geschäfte für den Lebensverkehr, infolge deren sie auch an Häufigkeit des Vorkommens die anderen tauschartigen Geschäfte weit überragten. —

Was zunächst den Kauf angeht, so ist man mit Recht darüber einverstanden, daß er nicht von vornherein als Konsensualkontrakt im römischen Recht aufgetreten ist. Der Kauf als *causa* des Erwerbs einer Sache ist bei weitem älter, als der Kauf als Konsensualkontrakt. In der Mancipation erscheint der Kauf ursprünglich als reelle, später als imaginäre *causa* des Erwerbs, sie war ursprünglich ein reell vollzogener Kauf, ein Erwerben der Sache für reell, später für imaginär zugewogenes *aes*. Als sie nach dem Aufkommen des gemünzten Geldes eine *imaginaria venditio* geworden, fiel die reelle, dem Erwerb zu Grunde liegende Kausalberedung, also, falls es Kauf war, auch die Kaufberedung, außerhalb des Mancipationsakts. Der Kauf hatte zunächst keine andere Bedeutung, als daß er als *causa* der Mancipation oder Tradition, bei *res nec mancipi* der Tradition unter lag. Eine selbständige rechtliche Existenz für sich hatte damals die *causa emtionis* nicht, so wenig wie z. B. die *causa donationis* oder *causa solvendi:* rechtliche Existenz erlangte sie nur vermöge der sie zur Ausführung bringenden Mancipation oder Tradition. Verschiedene Sätze, die später noch, als der Kauf Konsensualkontrakt geworden war, gelten, sind in der Periode aufgekommen, wo der Kauf nur für sich nicht selbständige *causa* des Erwerbs war: so der Satz, daß der Eigentumstradition bezw. der *usucapio* ein wirklicher, nicht bloß ein irrtümlich angenommener Kauf unter liegen muß: daß die *bona fides* auch zur Zeit des Abschlusses des Kaufkontrakts vorhanden sein muß; daß das *periculum* und das *commodum* den Käufer einer *species* vom Moment des Kaufkontrakts trifft. Hätten von vornherein rechtlich bindender Abschluß des Kaufkontrakts und die Vollziehung desselben durch Tradition auseinander fallen können, so hätten sich die angeführten Sätze vielleicht nicht in dieser Weise gebildet. Die Kaufberedung ist aber auch später, als sie für sich als rechtlich bindend, eine klagbare *obligatio* erzeugend anerkannt war, nicht zu einer bloßen *obligatio* geworden, sie hat zugleich ihre frühere Bedeutung als *causa* des Sacherwerbs beibehalten, sie ist später eine rechtlich selbständig gewordene, eine *obligatio* erzeugende Erwerbs-*causa*. Diese Veränderung ist aber nicht gleich eingetreten: zunächst konnte *ex causa emtionis* eine Sache tradiert oder mancipiert werden, ohne daß für den Empfänger eine klagbare *obligatio* zur Leistung des verabredeten *pretium* begründet wäre. Daß durch Übergabe der Waare eine Klage auf den Preis begründet wäre, darauf führt keine Spur. Gesichert war bei *res mancipi* der *ex causa emtionis* Tradierende dadurch, daß er die Mancipation, also die Eigentumsübertragung bis zur Preiszahlung unterlassen konnte. Wie aber bei *res nec mancipi*, bei welchen die Eigentumsübertragung schon vermittelst Tradition bewerkstelligt wurde? Hier greift der Satz ein, der nicht bloß auf die XII Tafeln zurückgeführt wird, daß das Eigentum der *res vendita* nicht anders durch Tradition auf den Käufer übergehen soll, als wenn der Preis bezahlt oder die Zahlung durch *satisdatio* sichergestellt ist. Schwerlich wäre dieser Satz in seiner von dem Willen der

Parteien ganz unabhängigen Geltung aufgekommen, wenn bereits durch die Kaufberedung oder auch nur durch Übergabe der Ware eine Klage auf Zahlung des *pretium* begründet wäre. Aus welchen Gründen der Kauf zum Konsensualkontrakt geworden, läßt sich mit einiger Sicherheit, wann, höchstens vermutungsweise und nicht nach engeren Grenzen beantworten. Es ist ein unvollkommener Zustand, wenn der Kauf nur in seiner Vollziehung, stückweise in die rechtliche Erscheinung tritt. Ist auch der Verkäufer, welcher die Ware der Beredung gemäß dem Käufer tradiert, durch den vorher angeführten Satz gesichert, so ist es doch ein Mangel, daß er keine Klage auf das *pretium* hat. Erkennt das Recht die Möglichkeit der Scheidung der Beredung und der Vollziehung des Kaufs an, d. h. sanktioniert es schon die Beredung des Kaufs und gewährt dieser dadurch rechtliche Selbständigkeit, läßt sie dieselbe eine Obligation hervorbringen, so tritt der Kauf wenigstens in seinem Abschluß in einheitlich rechtlicher Gestalt hervor: als ein einheitliches Rechtsgeschäft, welches eine einzige Obligation hervorbringt. Der Verkäufer will die Sache nicht schlechthin geben, sondern als *merx* für die bestimmte Geldsumme; ebenso will der Käufer nicht die Geldsumme schlechthin, sondern als *pretium* für die Sache geben. Diese synallagmatische Intention des Kaufs wird am vollkommensten erreicht, wenn man das Kaufgeschäft schon durch die Beredung des Gebens von Sache für Geld, von Geld für Sache rechtliche Existenz gewinnen läßt; daraus entspringt eine Obligation auf Geben von Sache für Geld, von Geld für Sache, also auf Leistungen synallagmatischen Inhalts (jede des Umgekehrten von dem der andern), welche es ermöglicht, auch in der Vollziehung des Kaufs der synallagmatischen Intention desselben gerecht zu werden. Jeder der Kontrahenten hat *actio* nicht auf Leistung schlechthin, sondern auf Leistung für Gegenleistung. Daß die Stipulationsform nicht ausreicht, um jenen synallagmatischen Inhalt des Geschäfts in sich aufzunehmen, liegt auf der Hand. Am besten konnte sie erreicht werden, wenn man den Parteien bezüglich der Art, wie sie ihren Willen kundgeben wollten, völlig freie Hand ließ: der *nudus consensus*, die Freiheit von jeder Formfessel ist in der That am geeignetsten, solchen synallagmatischen Geschäftsinhalt voll und ungehindert zur Erscheinung zu bringen. Das römische Verkehrsleben selbst wird das Bedürfnis, den Kauf als Konsensualkontrakt zu gestalten, schon dringend genug haben hervortreten lassen: einer Einwirkung des Verkehrs mit den Peregrinen bedurfte es wahrscheinlich nicht erst, wenngleich dieser zur Umgestaltung der rechtlichen Gestalt des Kaufgeschäfts beigetragen haben mag. Fragen wir nach dem Zeitpunkte, in welchem diese wichtige Änderung eingetreten sein kann, so nötigt uns meines Erachtens nichts, anzunehmen, daß schon zur Zeit der XII Tafeln der Kauf als Konsensualkontrakt bestanden habe; vielmehr spräche, wenn wirklich, wie Aristo sagt, die XII Tafeln *emtio* im Sinne von *alienatio* gebraucht haben, dies dafür, daß sie den Kauf als Konsensualkontrakt noch nicht kannten. Andererseits dürfen wir ohne Bedenken annehmen, daß zur Zeit des Sextus Aelius, des Cato, des Plautus die Klagbarkeit des Kaufs als Konsensualkontrakts feststand.[1] Cato führt *qua lege venire oportet* für verschiedene Sachen an, und zwar gerade für zukünftige, noch nicht existierende Sachen: die *olea pendens*, das *pabulum hibernum*, die *fructus ovium*. Ein Kauf künftiger

[1] Vgl. Demelius in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. II, namentl. S. 201 ff. Karlowa, Der röm. Civilpr. z. Z. d. Legisakt. S. 182 ff.

Sachen ist nicht als unmittelbar vollzogener, sondern nur als im voraus beredeter denkbar. Nimmt man, wie es notwendig ist, an, daß Cato von wirklichen *legis contractus*, von rechtlich erzwingbaren Verabredungen handelt, so kann man den Kaufkontrakt, den er voraussetzt, nur als Konsensualkontrakt betrachten. Was Cato und Plautus als fest eingebürgert voraussetzen, muß schon längere Zeit gegolten haben. Es wird nicht zu gewagt sein, die Ausbildung des Kaufs als Konsensualkontrakts bis ins 5. Jahrhundert der Stadt herabzurücken; er mag noch älter sein, aber unsere Spuren reichen nicht weiter.

Seitdem die Scheidung zwischen Beredung des Kaufs und Vollziehung desselben eingetreten war, wurde nicht etwa die letztere lediglich als *solutio* der vorher begründeten Kaufsobligation angesehen: die Vollziehung des Kaufs durch Tradition der Sache ist auch *vendere* bezw. *emere* und wird so genannt, es ist die Vollendung der *emtio*, welche mit der Beredung begonnen hat. Hätte man aber von vornherein zwischen dem Kontraktsabschluß und der Vollziehung desselben unterschieden, so würde man wahrscheinlich *bona fides* für die Ersitzung nur im Moment der Vollziehung des Kaufs durch Tradition verlangt haben und das *periculum* auch erst in diesem Moment auf den Käufer haben übergehen lassen. Hatte man aber einmal in der Zeit, wo der Kauf erst mit der Tradition der Ware zustande zu kommen begann, jene Sätze an dieses erste Zustandekommen geknüpft, so war es begreiflich, daß man sie von dem Moment desselben nicht ablöste, seitdem Kontraktsschluß und Vollziehung auseinander traten. Der Kontraktsschluß hat also neben seiner Bedeutung als eine Obligation begründender Akt die einer *causa traditionis* behalten, welche sich nun aber von anderen *causae traditionis*, wie der *donationis causa* u. s. w. dadurch unterscheidet, daß sie eine selbständige, nicht erst durch die Tradition vermittelte rechtliche Existenz hat. — Es ist denkbar, daß, als der Kauf zuerst als Konsensualkontrakt anerkannt wurde, zum Zustandekommen desselben dieselbe Bestimmtheit des Inhalts der beiderseitigen Leistungen verlangt wurde, wie sie zur Vollziehung des Kaufs erforderlich war: dieselbe Bestimmtheit, also auch der Ware, welche auch später noch vorhanden sein mußte, damit die *emtio* in Bezug auf den Gefahrsübergang *perfecta* sei. Aber damit, daß die Möglichkeit des Abschlusses des Kaufs *nudo consensu* anerkannt war, hatte der Kaufsbegriff namentlich in Bezug auf den Inhalt der Leistung des Verkäufers eine Entwickelungsfähigkeit, eine Dehnbarkeit gewonnen, welche sich, wie es auch anfänglich gehalten sein mag, im Verlauf der Zeit geltend machen mußte, um den sich steigernden Anforderungen des Verkehrs zu genügen. Während beim Realkauf nur bestimmte schon existierende Sachen oder sonstige Vermögensstücke Gegenstand des Kaufs sein konnten, können zum Objekt des Konsensualkontrakts auch zukünftige Sachen gemacht werden. Schon Cato kennt z. B. einen Verkauf der *olea pendens*: er teilt dafür feste Formulare mit, es waren solche Käufe offenbar etwas schon lange Eingebürgertes. Fraglich ist, ob die Anerkennung der Zulässigkeit einer *emtio spei* in die republikanische Zeit zurückreicht. Man wird wenigstens sagen dürfen, daß die Zulassung der *spes*, der *alea* als Gegenstand eines Kaufs einer der letzten Schritte in der Erweiterung der Kaufobjekte gewesen sein wird. Um das zu erhärten, bedarf es eines kurzen Eingehens auf die römische Auffassung der *emtio spei*. Es war ein alter Satz, daß *„nec emtio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi"*. Schien es dem nun nicht zu widersprechen, den Kauf des ungewissen Erfolgs eines Fischzugs

oder dgl. zuzulassen? Ist hier die *res,* das Kaufobjekt vorhanden, ohne welches weder *emtio* noch *venditio* soll gedacht werden können? Und wenn man die Zulässigkeit bejahte, wie fand man sich mit jenem Erfordernis ab? Auch bei dem Kauf von zukünftigen Sachen, wie *fructus futuri,* soll doch sonst der Kauf immer nur zur Perfektion kommen, wenn die im Moment des Kontraktsabschlusses noch nicht existierende Sache demnächst zur Existenz kommt. Hier aber soll der Preis gezahlt werden, auch wenn nichts gefangen wird, der Käufer also gar nichts erhält. Es ist neuerlich mehrfach die Auffassung vertreten, daß bei der *emtio spei* nicht etwa die *spes* Gegenstand des Kaufs sei. Nach Bechmann[1] ist auch hier in Wahrheit die im Hintergrund stehende Sache gekauft. Nach Windscheid[2] ist damit, daß die *spes* als Gegenstand des Kaufs genannt werde, nur der wirtschaftliche Gesichtspunkt bezeichnet. Das rechtliche Verhältnis sei, daß die Leistung des Verkäufers nicht in der Verschaffung der Sache, sondern in der von ihm abgegebenen Willenserklärung bestehe und der Käufer damit zufrieden sei. Meines Erachtens wird in diesen Äußerungen die römische Auffassung verkannt.[3] Nach dieser ist allerdings die *spes* Gegenstand des Kaufs. Diese ist keineswegs ein reines Garnichts, wie ja auch die *spes debitum iri,* die bedingte Obligation, als etwas angesehen wird, was vererbt wird. Unter der *spes* verstehen die Römer nicht jede vage, sondern eine konkret begründete Hoffnung; die *emtio* des *captus missilium* würde also nicht zur Perfektion kommen, wenn ein Auswurf von *missilia* gar nicht stattfände. Auch muß der Verkäufer das Seinige thun, um die Hoffnung zu realisieren: wer einen *captus missilium* verkauft, muß sich angemessen anstrengen, um wirklich etwas zu erhaschen; der Fischer muß in der gehörigen Weise die Netze auswerfen, um einen Fang zu machen. Wenn der Fischer, welcher einen *iactus retium* verkauft hat, sich weigert, die Netze auszuwerfen, so wird die *spes* zu Geld abgeschätzt.[4] Diese wird nicht als ein Garnichts, sondern als ein *incertum* behandelt, welches einer Abschätzung den Umständen nach fähig ist. Daß dieses *incertum* in nichts zerfließen kann, hindert nicht, sie als ein etwas, als ein Kaufobjekt zu behandeln; sie kann sich andererseits auch in eine reichliche Ausbeute verwandeln. Immerhin ist aber ein *incertum,* welches sich möglicherweise in nichts auflösen kann, hier Kaufobjekt. Nicht überall wird solches *incertum* berücksichtigt; bei der *actio legis Aquiliae* in Bezug auf schuldhafterweise beschädigte Netze, welche zum Zweck des Fischfangs ausgeworfen waren, wurde es nicht berücksichtigt.[5] Die Zulassung desselben als Kaufobjekts war, wie gesagt, wohl einer der letzten Schritte, welche man in der Erweiterung der Kaufobjekte gethan hat.

Neuerlich gewinnt die Ansicht an Anhängern, welche leugnet oder doch als sehr zweifelhaft bezeichnet, daß das römische Recht auch den reinen Genuskauf (im Gegensatz einer aus einem individuellen Ganzen auszuwählenden Sache oder Quantität) gekannt habe.[6] Als Realkauf ist natürlich ein Genuskauf undenkbar, es habe sich nun „allem Anscheine nach diese

---

[1] Der Kauf II, S. 142 f. F. Endemann in Grünhuts Ztsch. XII, S. 357.

[2] Lehrb. d. Pandektenrs. II, § 385, A. 8c.

[3] Vgl. auch Dernburg, Pandekten II, § 94, A. 13. [4] L. 12 D. de a. e. v. 19, 1.

[5] L. 29 § 3 D. ad L. Aq. 9, 2.

[6] Fick im Archiv f. Wechselrecht VIII, S. 85, IX, S. 372. Goldschmidt, Handb. des Handelsr. II (2. Aufl.), § 61, A. 21a. Bechmann, Kauf II, S. 331, A. 4, S. 335. Windscheid, a. a. O. II, § 386, A. 5. Dernburg, a. a. O. II, § 94, A. 17.

Beschränktheit des Realkaufs auf den Konsensualkontrakt vererbt, trotzdem von ihm aus ein Genuskauf (als Versprechen eines *homo* oder von so und so viel Maßen Weines etc.) mit sofortiger Perfektion möglich war".[1] Es ist richtig, daß in den Quellen des römischen Rechts mit Sicherheit kein Beispiel eines reinen Genuskaufs nachgewiesen werden kann; aber immer wird der Zweifel zurückbleiben, so lange der Grund nicht klargelegt ist, warum das römische Recht den Genuskauf auch als Konsensualkontrakt nicht kannte. Keine Erklärung liegt in der Äußerung von Brinz, in dem Satze *nulla emtio — sine re quae veneat* sei die konkrete Sachexistenz, wie sie zum Realkauf naturnotwendig sei, für den Kauf überhaupt gefordert. Man hat doch den Kauf einer zukünftigen Sache zugelassen, dabei hat man doch auch das Erfordernis der konkreten Sachexistenz im Moment des Kontrakts nicht festgehalten; ebenso hat man eine *emtio spei* zugelassen. Faßt man den Kaufkontrakt bloß als Obligation, so wird man nie über das Bedenken Bekkers hinauskommen, daß im römischen Recht doch Stipulationen mit generisch bestimmtem Inhalt zulässig gewesen seien und kein Grund ersichtlich, warum man bei einem Konsensualkontrakt und *bonae fidei negotium* ängstlicher und bedenklicher gewesen sein sollte, als bei einem Formalgeschäft, das unter dem *ius strictum* stand. Aber der Kauf auch als Konsensualkontrakt ist nicht bloß Obligierung: er ist, wie das ja aus manchen früher bezeichneten Sätzen hervorgeht, auch Erwerbskausa, was die Stipulation nie ist. Schon als Erwerbskausa setzt er Richtung des Willens auf etwas Spezialisiertes voraus. Auch der Kauf einer zukünftigen *species* ist ein Spezieskauf, auch der Kauf dieser oder jener speziell bestimmten Sache ist ein Spezieskauf (die alternative Obligation kann einen spezifisch oder generisch bestimmten Inhalt haben). Die Möglichkeit der richtigen Erkenntnis verschließt man sich freilich, wenn man, wie Bekker,[2] sagt, daß auch aus der generischen Obligation eine spezielle Leistung geschuldet werde. Geschuldet werde bei der generischen Obligation die Leistung einer Sache, das *dare* oder *facere*, geleistet werden könne nur die *species*, also könne auch nur die Leistung der *species* geschuldet werden. Hier wird verwechselt, was allerdings so vielfach geschieht: Leistung (als Inhalt einer Obligation) und Zahlung, Erfüllung. Die Leistung kann noch irgend welche Unbestimmtheit haben, welche die Erfüllung abstreifen muß, bei der generischen Obligation ist die Leistung nur nach Gattungsmerkmalen bestimmt, die Erfüllung muß allerdings in etwas spezifisch Bestimmtem erfolgen. Der Kaufwille als Erwerbskausa kann nicht auf etwas bloß generisch Bestimmtes gerichtet sein: es giebt also nach römischem Recht keinen Genuskauf, mag das *genus* noch so eng bestimmt sein, es kann z. B. nicht verkauft werden ein Pferd aus meinem Stall (vorausgesetzt, daß man solchen Kauf als generischen, nicht als alternativen ansieht). Nur von einer konkreten Quantität fungibler Sachen, wie Wein, Öl, Getreide u. s. w., kann ein bestimmter, durch Abwägen, Abmessen, Zuzählen auszuscheidender Teil verkauft werden. Dies ist aber in Wahrheit kein generischer Kauf, sondern Kauf eines abzusondernden und zu verselbständigenden Teils einer *species* (5 Liter Wein aus diesem bestimmten Faß, bei welchem, da, wie jede fungible Sache die andere zu derselben Art gehörige vertreten kann, so auch jeder gleich große Teil einer fungiblen Sache einem andern Teil

[1] Brinz, Lehrb. d. Pand. II (2. Aufl.), S. 696.
[2] Jahrb. des gem. deutsch. Rs. V, S. 352 f.

derselben rechtlich völlig identisch ist, die Aussonderung des Teils einfach durch Abmessen u. s. w. geschehen kann).[1]

Zum Zustandekommen des Kaufs als Konsensualkontrakts gehört außer dem Übereinkommen über die *merx* zwar nicht die *numeratio pretii*, aber die *conventio* über dasselbe. Das *pretium* muß in Geld im strengen Sinne bestehen, also in einer Summe der Sachenart, welche von der römischen Rechtsordnung als allgemeiner Wertmesser und Repräsentant des Wertes der Verkehrsgüter anerkannt war. Das ist aber nur die *materia forma publica (populi Romani) percussa* oder *signata*. Der *peregrinus nummus* ist kein Geld im Rechtssinne, keine Währung, wie ausdrücklich bezeugt ist von Volusius Maecianus, ass. distr. 45: — *Victoriatus enim nunc tantundem valet quantum quinarius, olim ut peregrinus nummus loco mercis, ut nunc tetradrachmum et drachma, habebatur.* Das *pretium* muß aber *certum*, eine *certa pecunia* sein. Über die Frage, wie dieses Erfordernis zu verstehen sei, bestand schon unter den Juristen im ersten Beginn der Kaiserzeit eine Kontroverse, über welche Gaius III, 140 berichtet. In Anknüpfung an die Worte: *Pretium certum esse debet* fährt er fort: *nam alioquim si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empta, Labeo negavit, ullam vim hoc negotium habere, cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et venditionem; cuius opinionem Proculus secutus est.* Dem Labeo und Cassius erschien also das *pretium*, welches erst durch die *aestimatio* eines Dritten festgestellt werden sollte, nicht als *certum*, und daß sie darin der alten Auffassung folgten, die entgegengesetzte Ansicht aber eine Neuerung enthielt, darf wohl nicht bezweifelt werden. In den Zeiten, wo es nur einen Realkauf gab, also die *conventio* über das *pretium* noch gar nicht klagbar war, erschien in der allein rechtlich in Betracht kommenden *numeratio pretii* dasselbe als eine fest bestimmte und als solche von den Parteien gewußte Summe. Seitdem schon die *conventio* über Ware und *pretium* klagbar sein sollte, wird man verlangt haben, daß die *conventio* das *pretium* in derselben Bestimmtheit festsetzen mußte, in welcher es bisher in der *numeratio* erschien: als *certum* wird hier also auch nur das angesehen sein, *quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit*, d. h. die Parteien mußten das *pretium* im Kontrakt fest bestimmen, in einer Weise, daß ihnen im Moment der *conventio* die Ziffer desselben bewußt war oder durch eine einfache Rechenoperation zum Bewußtsein gebracht werden konnte. Bei Käufen fungibler Sachen hat es, seitdem der Kauf als Konsensualkontrakt anerkannt war, vielleicht schon für das Zustandekommen des Vertrags genügt, daß ein *pretium certum* für eine Maßeinheit verabredet war, so daß der Betrag des Gesamtpreises erst durch Abwägen, Abmessen, Abzählen der verkauften Quantität bestimmt werden mußte. Wenigstens zeigen schon die Catonischen Vertragsformulare, daß *vinum in doliis* in dieser Weise verkauft wurde. Aber weil hier die Gesamtquantität des Verkauften und somit der Gesamtbetrag des *pretium* noch erst durch Abwägen, Abmessen, Abzählen festgestellt werden muß, so geht die Gefahr des Untergangs erst mit dem Zumessen an den Käufer, bezw. bei *mora* desselben mit dem einseitigen Abmessen von seiten des Verkäufers auf den Käufer über.[2] Der Charakter des Kaufs als

[1] In meiner Abhandlung in Grünhuts Ztschr. „Über den Begriff der fungiblen Sachen etc." habe ich diesen Fall noch als einen generischen Kauf angesehen.

[2] Auch Goldschmidt spricht schon in der ersten Auflage seines Handbuchs des Handelsr. I, 2, S. 602, A. 64 (1868) von dem im römischen Recht begonnenen Entwickelungsgang von dem starren *pretium certum* im Sinne einer von vornherein genau bestimmten

eines *bonae fidei negotium* mußte aber im Laufe der Zeiten dahin führen, das Erfordernis des *certum pretium* nicht mehr in der alten Strenge aufzufassen. Man ließ es genügen, daß im Moment des Kontraktsabschlusses das *pretium* nur objektiv fest bestimmt war, wenn die Parteien die Ziffer auch nicht wußten, z. B. *erit tibi emtus tanti, quanti a testatore emtus est* oder *quantum pretii in arca habeo;*[1] man begnügte sich da mit der Begründung: *magis enim ignoratur, quanti emtus sit, quam in rei veritate incertum est.* Daß aber neben der bestimmten Summe noch irgend eine andere Leistung von noch erst abzuschätzendem Geldwerte oder ein anderer noch unbestimmter Geldbetrag zugelassen wurde,[2] war erst spätere Neuerung, welche man kaum in die Zeit der Republik setzen darf, denn in Wahrheit ist hier der Preis nur bezüglich eines *minimum* ein *certum*, darüber hinaus ist er von ungewissem Betrage. Auch der Gedanke, daß der Betrag des *pretium* von der Schätzung eines Dritten abhängig gemacht werden könne, dürfte erst am Schluß der Republik (etwa zur Zeit des Ofilius und Labeo, vgl. Gai. III, 140) aufgetaucht sein. Das aber kam schon zu Catos Zeiten vor, daß neben dem Hauptpreis eine gleichfalls ihrem Betrage nach bestimmte *accessio* verabredet werden konnte. So wurde beim Verkauf der *olea pendens* nach dem dafür mitgeteilten Formular verabredet: *amplius quam quanti emerit omnis pecuniae centesima accedet* (als Ausrufergebühr).

Daß der Kauf auch als Konsensualkontrakt erst später die Hinzufügung einer Suspensivbedingung zugelassen habe, wird von Einigen namentlich auf Grund einer Äußerung des Gaius behauptet, III, 146: *iam enim non dubitatur, quin sub condicione res veniri aut locari possit.* Meines Erachtens ist dabei Gaius' Meinung unrichtig aufgefaßt. Daß der Kauf, daß die Miete unter einer Bedingung abgeschlossen werden könne, bezeichnet er nicht als Gegenstand frühern Zweifels, sondern, ob dieselbe hingegebene Sache unter einer Bedingung als vermietet, unter einer andern als verkauft gelten könne, so daß, wenn die eine Bedingung einträte, eine *locatio conductio*, wenn die andere, eine *venditio* als zustande gekommen gölte. Das scheint von Früheren bezweifelt zu sein, welche wahrscheinlich in solchem Falle immer nur eine *actio praescriptis verbis* geben wollten. Schon bei Plautus kommen Äußerungen vor, welche zeigen, daß Käufe unter Suspensivbedingung sowohl als mit Resolutivbedingung abgeschlossen werden konnten. So ist wohl auf einen Kauf auf Probe zu beziehen Merc. III, 3, 83 ff.: *Char. Quid, si igitur reddatur illi unde emptast? Dem. minume gentium. Litigare ego nolo vos qua, tuam autem accusari fidem. Char. Dixit se redhibere, si non placeat.* Von einem andern Kauf unter einer Suspensivbedingung ist in den Capt. II, 2, 90 ff., II, 3, 18 ff. die Rede. Hier wird ein Sklave unter Festsetzung einer *aestimatio* gegeben, um ihn für eine Sendung zu benutzen, mit der Verabredung, daß die *aestimatio*, das *pretium* geleistet werden solle, wenn er nicht zurückkehren werde: *Nunc ita convenit inter me atque hunc, Tyndare, Ut te aestimatum in Alidem mittam ad patrem: Si non rebitas, huic ut viginti minas dem pro te.* Und ganz klar findet sich eine Hindeutung auf die *in diem*

---

und gewußten, ja ursprünglich auch wohl gegenwärtigen (zugewogenen) Geldsumme bis zu dem *pretium certum* im Sinne einer nur überhaupt bestimmbaren Geldsumme. Vgl. auch G. Fels, Das *pretium certum* des röm. Rechts (1878), S. 3 ff. Dernburg, Preuß. P.-R. II, § 135 (1878); Derselbe, Pandekten § 94, A. 20 (1886). Goldschmidt, Handb. des Handelsrs. II (2. Aufl., 1883), § 64b, S. 120. A. A.: Bechmann, Der Kauf II, S. 340.

[1] L. 7 § 1, l. 37 D. de c. e. 18, 1.

[2] L. 6 § 1 u. 2, l. 21 § 4 D. de a. e. v. 19, 1. L. 79 D. de c. e. 18, 1.

addictio beim Verkauf, also eine Resolutivbedingung in denselben Capt. I, 2, 76 ff.: *He. Age sis roga. Ev. Emptum, nisi qui meliorem adferet Quae mi atque amicis placeat conditio magis: Quasi fundum vendam, meis me addicam legibus.* Die Resolutivbedingung ist also nicht so ganz jungen Datums. Da die hier von Plautus gebrauchten Ausdrücke mit denen des Paulus in l. 1 D. de in diem add. 18, 2 vortrefflich übereinstimmen, so ist anzunehmen, daß die *in diem addictio* schon zu Plautus' Zeiten dieselben Wirkungen hatte, wie später, daß also der Eintritt der Bedingung *ipso iure* den Rückfall des Eigentums der Sache an den Verkäufer bewirkte. Dieser *ipso iure* Rückfall erklärt sich daraus, daß der Eintritt der Bedingung dem Kauf nicht bloß als *obligatio,* sondern auch als *causa* des Erwerbs des Käufers und somit dessen Eigentum oder doch dessen Usukapionsbesitz ein Ende machte. Wenn aber der zum Konsensualkontrakt ausgebildete Kauf sehr bald Hinzufügung von Suspensivbedingungen zuließ, so muß vom *dies a quo* dasselbe gelten. Auch dafür gewähren die Catonischen Formulare über den Verkauf der *olea pendens,* des *vinum in doliis,* des *pabulum hibernum* verschiedene Belege, ebenso einzelne Stellen in den Plautinischen Komödien.

Gehen wir nun auf die aus dem Kauf sich für die Parteien ergebenden Verpflichtungen, und zwar zunächst die des Verkäufers, ein, so bedarf vor allem die Frage der Erwägung, ob der Kauf als solcher von vornherein eine Haftung des Verkäufers für das *rem emtori habere licere* eingeschlossen habe. Man hat das in neuerer Zeit mehrfach geleugnet:[1] weder der formlose Realkauf noch auch der Konsensualkontrakt erzeuge ursprünglich eine Garantiepflicht, auch der Konsensualkontrakt begründe ursprünglich nur eine Verpflichtung zur Tradition, zur Begründung der Garantiepflicht bedürfe es eines selbständigen Geschäfts, der Stipulation. Die Tradition sei ein bloßes Privatgeschäft: seine rechtliche Wirkung erstrecke sich daher nicht weiter als seine thatsächliche Wirkung. Aber es handelt sich hier um die *causa traditionis,* um die Frage, was in dem Kauf als Erwerbskausa enthalten ist. Die verschiedenen *causae* des Vermögensverkehrs können durch verschiedenartige Mittel realisiert werden: so werden die *causa* des Kommodats und des Depositum durch Übertragung der bloßen Detention, die *causa pigneris* durch Übertragung des juristischen Besitzes realisiert. Genügt nun zur Realisierung des *causa emtionis* die bloße Tradition? Von jeher war auch beim formlosen Kauf der Wille dessen, der sein Geld für die Sache gab, nicht auf ein vorübergehendes *habere,* ein *tenere,* sondern auf ein *habere cum effectu,* auf ein bleibendes Haben gerichtet. Seine Zustimmung zum Kauf giebt daher bei Plaut. Epid. III, 4, 35 der Verkäufer auf die Frage: *Estne emta mihi haec?* mit den Worten: *Istis legibus habeas liceat.* Durch den Abschluß des Kaufs sagt er dem Käufer das *rem habere licere* zu. Dem Einwand, der Realkauf habe keine Klage erzeugt, womit diese im Kauf liegende Zusage habe geltend gemacht werden können, kann nur eingeräumt werden, daß die bloße Übergabe der Ware eine solche damals noch nicht erzeugt haben wird; aber es steht der Annahme nichts entgegen, daß der beiderseitig, also durch Tradition der Ware und Zahlung des Preises (welcher die *satisfactio* gleichstand) vollzogene Kauf eine Klage erzeugt haben werde. Nicht erst der Konsensualkontrakt war ein klagbarer Kauf, die Klagbarkeit trat nur früher in einem

[1] Pernice, Labeo I, S. 455; Eck, Verpflicht. d. Verkäuf. zur Gewährung des Eigent. S. 16; Bechmann, Der Kauf I, S. 318 ff.

andern Moment ein, und die Klage gegen den Verkäufer hatte recht eigentlich das *habere licere* bezw. den Ersatz des Interesses zum Inhalt. — Man hat sich ferner für die Behauptung, daß es eher eine *actio emti* auf Tradition, als auf Eviktionsleistung gegeben habe, auf Varro de r. r. II, 2, § 5 f. berufen. Hier sonderten sich ganz deutlich der Kaufsabschluß und die Gewährleistungsstipulation, und das dann Folgende zeige, daß die *actio ex emto vendito* nur auf Tradition gehe. Varro giebt die Vorgänge beim Kaufgeschäft an. Zunächst erfolgt der Abschluß des Konsensualkontrakts, dann das *expromittere nummos* und die *stipulatio habere licere*. Aus dem Konsensualkontrakt kann dann der Käufer auf Tradition der Sache, der Verkäufer auf das *pretium* klagen. Ebenso wie das *expromittere nummos* ist die *stipulatio habere licere* nur eine Vollzugsstipulation: sowie die Verpflichtung zum Zahlen des *pretium*, folgt auch die Verpflichtung zum *praestare rem emtori habere* aus dem Kauf selbst, aber sie tritt natürlich erst eventuell in Wirksamkeit, und daher erwähnt Varro nur, daß der Käufer *ex emto vendito* auf Tradition klagen könne, ohne damit irgend leugnen zu wollen, daß er im Fall der Eviktion auch auf das Interesse, *rem sibi habere licere*, klagen könne.

Über die Geschichte der Eviktionsstipulation ist in neuerer Zeit folgende Theorie aufgestellt worden.[1] Sie habe sich entwickelt bei den Verkäufen, welche ohne *mancipatio* vollzogen worden seien, vorzugsweise sei sie bei Käufen von *res nec mancipi* in Gebrauch gewesen. Der Inhalt der Stipulation sei aber keineswegs von vornherein auf den Fall der Eviktion besonders berechnet oder auch nur ausdrücklich darauf gerichtet gewesen, sondern er habe anfangs ganz allgemein auf *habere licere* gelautet. Später aber, nach Ausbildung des Kaufs als Konsensualkontrakts, habe die Gewährleistungsstipulation eine weitere Ausbildung in der doppelten Richtung auf die Voraussetzungen und auf das Ziel des Regresses, nach dem Vorbild der *auctoritas* (bei der Mancipation), erfahren: der Inhalt der Stipulation sei nun gewesen, im Falle der Eviktion dem Käufer ein gewisses Vielfaches der Kaufsumme zu erstatten. Es werden hier also die *stipulatio* auf *habere licere* und die *stipulatio*, wegen Eviktion die *dupla* zu leisten, als identisch, nur als verschiedene zeitliche Entwickelungsphasen derselben Stipulation erklärt, und mit dieser Identifizierung ist nur der herrschenden Auffassung Ausdruck gegeben: nirgends wird *stipulatio habere licere* und Eviktionsstipulation unterschieden. Nun erwähnt aber Varro die *stipulatio duplae* und die *stipulatio rem habere licere* nebeneinander, die erste beim Verkauf von Sklaven (hier soll sie für den Fall, daß nicht mancipiert wird, eintreten[2]), die zweite nirgends beim Verkauf von *res mancipi* (de r. r. II, 5, § 11; 6, § 3; 7, § 6; 8 § 3), sondern beim Verkauf von Schafen, Ziegen, Schweinen, also von *res nec mancipi* (II, 2, § 6; 3, § 5; 4, § 5). Man hat gemeint, der Beweiskraft dieser Thatsache, daß die *stipulatio habere licere* nur in Beziehung auf *res nec mancipi* erwähnt sei, werde dadurch die Spitze abgebrochen, daß jene *stipulatio* auch beim Kauf von Hunden, also *res nec mancipi*, fehle. Während aber beim Verkauf der übrigen *res nec mancipi* (Schafe, Ziegen, Schweine) das Stipulationsformular wörtlich angeführt wird, heißt es beim Verkauf von Hunden II, 9, § 7 nur: *de sanitate et noxia stipulationes fiunt eaedem, quae in pecore, nisi quod hic utiliter exceptum est.* Das Stipulationsformular wird also nicht wörtlich angeführt, da aber *stipulationes eaedem fiunt, quae in pecore* und auch bei diesem

[1] Eck, a. a. O. S. 14 flg. [2] De r. r. II, 10, § 5.

das Garantieversprechen wegen der Fehler mit dem Versprechen *habere licere* verbunden ist, so dürfen wir ruhig annehmen, daß auch die Stipulation beim Hundeverkauf nicht bloß die Abwesenheit der betreffenden Fehler, sondern auch das *habere licere* erwähnte, da gar kein Grund ersichtlich ist, warum das letztere hier gefehlt haben sollte. Auch in den Digesten kommt nicht bloß die *stipulatio duplae*, sondern auch die auf *habere licere* lautende vor, ohne daß hier noch der bei Varro hervortretende Unterschied erkenntlich wäre. Zu beachten ist aber, daß in den Siebenbürgener Urkunden aus dem 2. Jahrhundert n. Chr. über Käufe von Sklaven und Häusern, also *res mancipi*, ebenso wie bei Varro, die *stipulatio duplae* mit der Voraussetzung *si quis eam rem — evicerit* u. s. w. vorkommt, nur daß sie hier zu der Mancipation hinzutritt. Man muß also in Bezug auf die Garantiepflicht beim Kauf zwischen *res mancipi* und *nec mancipi* unterscheiden. Über die aus der an die *mancipatio* sich anschließenden *nuncupatio* des Mancipanten sich ergebende Garantiepflicht ist schon an anderen Stellen gehandelt. Sie ging zunächst dahin, dem *mancipio accipiens* in einem Eviktionsprozeß mit einem Dritten als *auctor* zur Seite zu treten. Varro de l. l. VI, 74 berichtet bei der Erklärung des Wortes *vas: Consuetudo erat, cum reus parum esset idoneus inceptis rebus, ut pro se alium daret, a quo caveri postea lege coeptum est ab his, qui praedia venderent, vadem ne darent; ab eo adscribi coeptum in lege mancipiorum: „Vadem ne poscerent, nec dabitur"*. Die *vades* sind bekanntlich Bürgen für das Erscheinen dessen, der sie stellt, in einem Prozesse vor dem Magistrat. Stellte der Verkäufer eines Grundstücks sie dem Käufer, so können sie sich nur auf das Erscheinen des erstern in einem Termin des Prozesses, in welchem dem Käufer das Grundstück evinciert werden sollte, bezogen haben. Da die *vades* auch nach der Stelle des Varro erst *inceptis rebus* d. h. nach Beginn des betreffenden Prozesses gestellt wurden, so können sie vom Verkäufer dem Käufer nicht schon bei der Mancipation gestellt sein (was auch deshalb unmöglich wäre, da *vades* das Erscheinen des Verbürgten immer zu einem bestimmten Termin, nicht aufs ganz Ungewisse hin zusagen), sondern erst nach Beginn des Eviktionsprozesses, wahrscheinlich nach der an den Verkäufer vom Käufer gerichteten *litis denuntiatio*. Es muß in alter Zeit beim Verkauf von Grundstücken (vielleicht von *res mancipi* überhaupt) mindestens Verkehrssitte gewesen sein, daß der Mancipant, welcher in der *nuncupatio* die *auctoritas* übernommen, dem Käufer demnächst solche *vades* stellte. Nur unter dieser Voraussetzung erklärt es sich, daß demnächst sowohl schon bei dem Kaufkontrakt selbst als in der *lex mancipi* die Klausel hinzugefügt wurde: *Vadem ne poscerent nec dabitur*. Auch das *vadem ne poscerent* beweist, daß früher die *vades* nicht etwa bei der Mancipation gestellt, sondern demnächst, nämlich nach Erhebung des Eviktionsprozesses, verlangt wurden. Es trat nun das Bedürfnis ein, daß der Käufer auf andere Weise gegen das *auctoritatem defugere* des Verkäufers, die Nichterfüllung der Obligation aus der übernommenen *auctoritas* gesichert werde. So scheint die *satisdatio secundum mancipium* an die Stelle der *vades* getreten zu sein.[1] Diese wird erwähnt Cic. ad Att. V, 1, § 2 ebenso, wie die *vades*, bei der Mancipation von Grundstücken: *Et sunt aliquot satisdationes secundum mancipium, in his et Memmianorum praediorum vel Atilianorum*. Sodann wird die LINDENBROGsche Note *S. S. M.* als *satis secundum man-*

[1] Das habe ich schon früher, der röm. Civilpr. z. Z. der Legisaktionen S. 76, Anm., hervorgehoben. Vgl. auch LENEL, D. ed. perpetuum S. 430, A. 3.

cipium erklärt. Endlich aber kommen in dem *pactum conventum* der in Spanien aufgefundenen *mancipatio fiduciae causa* die Worte vor: *Mancipio pluris HS n(ummo) I invitus ne daret, neve satis secundum mancipium daret, neve ut in ea verba, quae in verba satis s(ecundum) m(ancipium) dari solet, repromitteret neve simplam neve [duplam] ...* Also auch hier erscheint die *satisdatio secundum mancipium* bei der Mancipation von Grundstücken. Beim Verkauf sonstiger Sachen war eine Satisdation für die Garantiepflicht des Verkäufers nicht notwendig, wenn dieselbe nicht ausdrücklich verabredet war.[1] Es ist unter *satisdatio secundum mancipium* die Stellung der Bürgschaft zu verstehen, welche zu Gunsten des, für das *mancipium*, d. h. die durch die *nuncupatio* desselben begründete Garantiepflicht eingegangen wurde. Als später die altertümliche *nuncupatio* bei der Mancipation in Abgang kam, übernahm auch der Mancipant die Eviktionshaftung in der Form der *stipulatio duplae*, welche früher vom Verkäufer einer *res mancipi* nur dann eingegangen wurde, falls die Mancipation unterlassen wurde. Infolge besonderer Beredung konnte statt der *dupla* auch, wie schon Varro bemerkt, die *simpla* versprochen werden. Daß die *stipulatio duplae* bezw. *simplae* im Fall der Unterlassung der Mancipation, also des Wegfalls der *satisdatio secundum mancipium* eintrat, zeigt auch die Art, in welcher sie in der spanischen Mancipationsurkunde neben der *satisdatio secundum mancipium* genannt wird. Fraglich ist, inwiefern die *satisdatio secundum mancipium* bezw. die *stipulatio* eine prozessuale Beistandspflicht begründete. In den Digesten kommen einzelne Stellen[2] vor, in welchen einer Pflicht der Verkäufer bezw. ihrer Erben zum *subsistere liti* auf erfolgte Denuntiation Erwähnung geschieht und die Verabsäumung derselben als ein *defugere* bezeichnet wird. Bechmann[3] bezieht dieselben nur auf die *satisdatio secundum mancipium*, leugnet dagegen jede solche prozessuale Beistandspflicht für die *stipulatio duplae*. Es bedarf zunächst einer Verständigung darüber, in welchem Sinne von einer Defensionspflicht die Rede sein könne. Wenn der *auctor* dem Käufer in dem Eviktionsprozeß nicht zur Seite tritt, dieser aber doch siegt, so kann von keinem Anspruch gegen den *auctor* bezw. aus der *satisdatio secundum mancipium* die Rede sein: der Anspruch gegen den *auctor* bezw. den Bürgen ist immer an die Bedingung geknüpft, daß *res — iudicio evicta est*, ebenso wie bei der *stipulatio duplae*. Doch scheint, daß der Verkäufer einer *res mancipi* bezw. dessen Bürgen auch zur Zeit des Formularprozesses verlangen konnten, als *defensores* in den Prozeß einzutreten, und daß ihnen dazu die Gelegenheit durch eine vor der *litis contestatio* durch den Käufer vorzunehmende Denuntiation gegeben werden mußte. Ob die *stipulatio duplae* sich darin von der *satisdatio secundum mancipium* unterschieden habe, ist zweifelhaft. Nach der spanischen Urkunde soll sie *in ea verba* abgefaßt werden, *quae in verba satisdari secundum mancipium solet*, wonach wesentliche Abweichungen nicht gerade wahrscheinlich sind. In den Siebenbürgener Kaufurkunden ist die Verpflichtung zur Leistung der *dupla* einfach an das *si quis — evicerit* u. s. w. geknüpft, aber sie enthalten überhaupt nicht die wörtliche Angabe der Stipulationen, sondern nur ein Referat über ihren Inhalt. Nach l. 29 § 2 D. de evict. 21, 2 *(Pomponius libro undecimo ad Sabinum): Quolibet tempore venditori renuntiari potest, ut de ea re agenda adsit, quia non praefinitur certum tempus in ea stipulatione, dum tamen ne prope ipsam condemnationem id fiat* sollte man doch

[1] L. 4 pr., l. 37 pr., l. 56 pr. D. de evict. 21, 2.
[2] L. 139, l. 85 § 5 D. de v. o. 45, 1. L. 62 § 1, l. 74 § 2 D. de evict. 21, 2.
[3] A. a. O. S. 371 flg.

annehmen, daß in der Stipulation die Denuntiation als Bedingung der Verpflichtung des Verkäufers bezeichnet und nur kein *certum tempus* für dieselbe angegeben war. Daß man zu Pomponius' Zeiten in der Auslegung der Stipulation aber schon laxer war, als zu denen Labeos, kann nicht auffallen.[1]

Ganz anders stand nun die Sache bei der *stipulatio habere licere*, welche nach dem früher Dargelegten nur beim Verkauf von *res nec mancipi* vorkam. Sie nahm die schon aus dem Verkauf folgende Verpflichtung zur Prästation des *rem emtori habere licere* in sich auf; nur war das für den Verbalkontrakt geltende Recht doch strenger, als das für das formlose *bonae fidei negotium*. Aus dem letztern haftete der *venditor* dafür, *ut emtori habere liceat*, und zwar nicht bloß *per se*, sondern *per omnes*. Auch die *stipulatio „habere licere spondes?"* wurde nach l. 38 pr. D. de verb. obl. 45, 1 so ausgelegt, als habe der *reus* versprochen *per omnes futurum, ut tibi habere liceat*, und soweit er also ein *alienum factum* versprochen zu haben schien, brachte die Stipulation keine *obligatio* hervor: es entsprang vielmehr aus jener Stipulation nur eine Verpflichtung, *ne ipse faciat, quo minus habere liceat* und *ne heres suus faciat vel quis ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat*. Die aus dem Kaufkontrakt selbst sich ergebende Verpflichtung, dem Käufer das *habere licere* zu gewähren, war nur dann eine in jener Weise beschränkte, wenn das Versprechen des Verkäufers ausdrücklich nur dahin ging, *per se venientesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat;*[2] doch war auch dann nur die Haftung fürs volle Interesse ausgeschlossen, wenn ein anderer dem Käufer die Sache evincierte. Durch keine Beredung aber konnte ausgeschlossen werden, daß, wenn dem Käufer die Sache evinciert bezw. das *habere licere* nicht gewährt wurde, der Kaufpreis zurückzugeben war.[3]

Wollen wir die Bestimmungen des römischen Rechts über den Inhalt der Obligation des Verkäufers aus dem Kauf richtig verstehen, so müssen wir nicht außer acht lassen, daß der Kauf ursprünglich eine Erwerbskausa war, welche erst, wenn der Kauf von beiden Seiten durch Tradition und Zahlung des Preises oder durch *satisdatio* bezüglich des Preises vollzogen war, eine Garantiehaftung des Verkäufers hervorbringen konnte. Diese *causa emtionis* war, wenn der Verkäufer Eigentümer der Kaufsache war, allerdings eine *iusta causa dominii transferendi*, aber es war dieser *causa* auch durch weniger genügt: durch die Verschaffung des *habere cum effectu*, des dauernden, ungestörten faktischen Habens und Genusses der Sache. Daran änderte sich nichts durch die Ausbildung des Kaufs zum Konsensualkontrakt. Betraf der Kauf eine *res mancipi*, so war der Verkäufer allerdings verpflichtet, dem Käufer der Sache zu mancipieren,[4] aber daß dieser Akt den Erfolg der Eigentumsübertragung hatte, dafür haftete er nicht. Nur mußte er frei von *dolus* sein: hatte er wissentlich eine fremde Sache verkauft, als sei sie die seine, so konnte ihn der Käufer schon vor erfolgter Eviktion auf das Interesse belangen, welches er daran hatte, daß die Sache sein geworden sei.[5] Sonst aber wird häufig mit größter Bestimmtheit gesagt, daß der Verkäufer dem Käufer nicht zum *dare*, zur Eigentumsverschaffung verpflichtet sei, sondern nur zum Verschaffen dauernden unge-

[1] Vgl. Huschke, Nexum S. 185, A. 278. [2] L. 11 § 18 D. de act. emti 19, 1.
[3] L. 11 § 18 D. de a. e. v. 19, 1.
[4] Verkaufte jemand eine *res mancipi*, z. B. einen Sklaven, als fremde, ihm nicht gehörige, so war er nicht zur Vornahme der Mancipation verpflichtet, aber zur Gewährung des *rem habere licere*.
[5] L. 45 § 1 D. de a. e. v. 19, 1.

störten Habens und Genießens.[1] Daß der Käufer auch ohne geschehene Eviktion auf das Interesse habe klagen können, wenn die Unkenntnis des Verkäufers über das fremde Eigentum auf *lata culpa* beruhte oder wenn er *bona fide* ausdrücklich versichert hatte, Eigentümer zu sein, ist völlig unbegründet. Richtig ist, daß die *actio emti* nicht bloß in Fällen wirklicher Eviktion stattfand. Darin ist aber keine spätere Erweiterung der Rechte des Käufers über das Eviktionsprinzip hinaus zu sehen. Nur die Haftung des Mancipanten aus der *nuncupatio*, die aus der *satisdatio secundum mancipium*, die aus der *stipulatio duplae* bezw. *simplae* war darauf beschränkt, daß die Entziehung des *habere licere* durch *iudicio evincere* geschehen war. Die Haftung des Verkäufers dagegen aus dem Kaufe selbst bezw. aus der *stipulatio habere licere* war nie darauf beschränkt: sie griff vielmehr Platz, auch wenn dieses *habere licere* in anderer Weise nicht gewährt wurde. Wenn z. B. eine Frau[2] ein von einem Nichteigentümer gekauftes Grundstück dem Eigentümer desselben, den sie geheiratet, *in dotem* gegeben hat, so ist eine *dos* nicht zustande gekommen, und es ist also der Frau, welche weder das Grundstück noch durch dasselbe eine *dos* hat, das *habere licere* nicht prästiert, obwohl ihr das Grundstück nicht evinciert ist. Die *actio ex emto* gegen den Verkäufer ist somit begründet. Nach l. 35 § 4 D. de contr. emt. 18, 1 ist der Verkäufer, welchem die verkaufte Sache durch ein *furtum* abhanden gekommen, wenigstens verpflichtet, die *rei vindicatio* und *condictio* dem Käufer abzutreten. Wenn er dazu, weil er kein Eigentum hat, außer stande ist, *ob id ipsum damnandus est, quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emptorem transferre.* Ist hier wirklich, wie Eck[3] sagt, die Verpflichtung des Verkäufers über das *habere licere* hinaus und auf Gewährung des Eigentums erstreckt? Keineswegs. Der Verkäufer kann ihm weder tradieren noch ihm die Mittel gewähren, wodurch er sich das *habere licere* verschaffen könnte; der Kläger hat auch nicht etwa, wie im Fall des *dolus* des Verkäufers, eine Klage auf das Interesse, *rem meam factam esse*, sondern auf das Interesse, welches er daran hat, *rem venditoris fuisse.* Auch dem Käufer, welcher nachträglich die Sache vom wahren Eigentümer *ex causa lucrativa* erworben und sie in Zukunft auf Grund dieser hat, ist das *habere licere*, das dauernde Haben vom Verkäufer nicht gewährt:[4] er kann also mit *actio emti* auf Rückgabe des Preises klagen. In allen diesen Fällen kann von einem *rem iudicio evictam esse* nicht die Rede sein, die Klage aus der *stipulatio duplae* bezw. *simplae* ist also nicht begründet. Die Voraussetzung der *actio emti* ist aber nur, daß das *rem habere licere* nicht prästiert sei. Übrigens muß der Käufer, auch um seinen Entschädigungsanspruch mit der *actio emti* geltend machen zu können, dem Verkäufer den etwa gegen ihn anhängig gemachten Prozeß verkünden, um diesem Gelegenheit zu geben, ihm zum Siege zu verhelfen: es hat aber wohl immer genügt, daß diese *denuntiatio* zeitig genug geschah, um dem Verkäufer Gelegenheit zu wirksamer Hilfe zu gewähren.

Recht im Gegensatz zu dem Inhalt der Obligation des Verkäufers wird von der des Käufers in l. 1 pr. D. de permut. 19, 4 gesagt, daß er dem Verkäufer das Eigentum an den *nummis*, welche er ihm zur Zahlung des Kauf-

[1] L. 25 § 1 D. de c. e. 18, 1. L. 11 § 2, l. 30 § 1 D. de a. e. v. 19, 1. L. 1 pr. D. de rer. perm. 19, 4. L. 16 D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4. L. 3 C. de evict. 8, 44 (45).

[2] L. 24 D. de evict. 21, 2. [3] A. a. O. S. 31.

[4] Paul. S. R. II, 17 § 8. L. 13 § 15, l. 29 D. de a. e. v. 19, 1. L. 9, l. 41 § 1 D. de evict. 21, 2. L. 84 § 5 D. de leg. I (30). L. 19 D. de o. e. a. 44, 7.

preises gegeben, verschaffen müsse.[1] Der Grund davon scheint mir darin zu liegen, daß der Preis eine Summe des rechtlich anerkannten allgemeinen Wertrepräsentanten ist, welche hier als Wert der Ware zunächst vertragsmäßig festgestellt, demnächst gegeben wird. Nicht etwa bloß faktisches Haben, sondern nur das volle Recht an der hinzugebenden Geldsumme kann als Wert der Ware gelten: das Geld ist dazu da, um veräußert zu werden, zu vollständiger Veräußerung ist aber nur der Eigentümer desselben imstande.

Nach Betrachtung der Verpflichtung des Verkäufers zum Gewähren des *rem emtori habere licere* wird gefragt werden müssen, wie es nach altem Civilrecht mit der Haftung desselben für Fehler und Mängel der verkauften Sache stand. Auszugehen ist dabei von der Stelle Ciceros de officiis III, 16 § 65: *Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori, nam cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset dupli poenam subiret, a iurisconsultis etiam reticentiae poena est constituta; quidquid enim esset in praedio vitii, id statuerent, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset praestari oportere.* Redet hier Cicero auch nur von Grundstücken, so darf doch nicht bezweifelt werden, daß zunächst auch bei anderen *res mancipi* dasselbe galt: das Angeben von Eigenschaften der veräußerten Sache in der an die Mancipation sich anschließenden *nuncupatio* mußte dieselben Folgen haben, wie in Bezug auf Grundstücke. Dieselbe Bedeutung aber, welche dem *lingua nuncupare* bei der Mancipation zukam, hatte das einfache, unförmliche *dicere* beim Kauf (realem oder konsensualem), nur daß die fälschliche *nuncupatio* die Verpflichtung zum Ersatz des Doppelten des Minderwerts, das fälschliche *dicere* nur Ersatz des einfachen Minderwerts nach sich zog. Ein Unterschied aber bestand zwischen Eviktionshaftung und Haftung für Fehler und Mängel. Die erstere mußte der Verkäufer einer *res mancipi* auf Verlangen des Käufers entweder durch Mancipation mit *nuncupatio* oder durch *stipulatio duplae* übernehmen; die Haftung wegen Fehler brauchte er nicht zu übernehmen, nur durfte er Fehler, welche ihm bekannt waren, nicht beim Verkauf verschweigen. Da infolgedessen der Verkäufer Abwesenheit von Fehlern und Krankheit nicht in der *nuncupatio* zuzusagen pflegte, sondern nur durch formloses *dicere* beim Verkauf oder in einer *stipulatio*, um nicht der *poena dupli* zu verfallen, so kam dieselbe in Bezug auf Fehler ab. So erklärt sich die Stelle des Varro de r. r. II, 10, 5, nach welcher beim Verkauf von Sklaven in jedem Falle Stipulation wegen der Eigenschaften und Mängel, *stipulatio duplae* wegen Eviktion aber nur dann stattfindet, wenn die Mancipation unterbleibt. Daraus folgt keineswegs, daß die *nuncupatio* bei der Mancipation nichts bezüglich der Fehler und Eigenschaften habe enthalten können, sondern nur, daß eine solche *nuncupatio* unterblieb und statt dessen immer jene Stipulation abgeschlossen wurde, weil der Verkäufer zur Versicherung der Abwesenheit von Fehlern in der *nuncupatio* nicht verpflichtet war und sich begreiflicherweise regelmäßig der Gefahr der *poena dupli* nicht aussetzen wollte. Dem entspricht denn auch, daß in der *stipulatio duplae* nach den Siebenbürgischen Urkunden zwar das Versprechen der Abwesenheit bestimmter Fehler und das Eviktionsversprechen verbunden sind, aber nur für den Fall der Eviktion die *dupla* versprochen wird.

Weiter fragt sich, ob es, wie es nach der Stelle des Cicero scheinen könnte,

[1] L. 1 pr. D. de rer. permut. 19, 4. L. 11 § 2 D. de act. emti 19, 1.

nach Civilrecht dabei sein Bewenden behielt, daß der Verkäufer ihm bekannte Fehler der Sache beim Verkauf nicht verschweigen durfte. In l. 13 pr. § 1 D. de act. emti 19, 1 gewähren Julian und Ulpian dem Käufer gegen den *venditor ignorans* eines *pecus morbosum* und eines *servus fugitivus* die *actio emti* auf *„quanti minoris essem empturus* (ich der Käufer)". Die Mehrzahl der Juristen nimmt heute an, daß ädilitische Sätze (durch Vermittelung der Jurisprudenz) Bestandteile des Civilrechts geworden seien und die *actio emti* gegen den *ignorans venditor* gänzlich der ädilitischen *actio quanti minoris* nachgebildet sei. Auf einen solchen Entwickelungsgang deuten Julian und Ulpian selbst mit keinem Worte hin. Meines Erachtens ist die Zulassung der *actio emti* gegen den *ignorans venditor* wegen der Mängel der Ware in anderer Weise zu erklären. Die von Varro in seinem Werk *de re rustica* erhaltenen Formulare von Stipulationen beim Kauf von Schafen, Ziegen, Schweinen, Rindern u. s. w., Sklaven, welche nach ausdrücklicher Angabe Varros auf alte Vorlagen zurückgehen, enthalten sämtlich ausdrückliche Versprechen, wie *„sanas recte esse — neque de pecore morboso esse", „noxisque praestari", „sanum eum esse, furtis noxisque solutum".* Wie in den Vollzugsstipulationen, so werden schon beim Kaufsabschluß selbst dieselben Zusagen erfolgt sein. Wir dürfen danach nicht zweifeln, daß ganz regelmäßig beim Verkauf je nach der Art des Kaufsgegenstandes Abwesenheit von Krankheit und bestimmten Mängeln zugesagt wurde. Was ursprünglich nur accidenteller Inhalt des Kaufgeschäfts gewesen war, wurde infolge der ständigen Wiederholung im Verkehr zum *naturale negotii;* man stieß sich nicht mehr daran, wenn im einzelnen Fall einmal die ausdrückliche Zusage unterlassen wurde, und ließ daher die *actio emti* wegen solcher Mängel, deren Abwesenheit ganz regelmäßig im Verkehr bei Verkäufen solcher Sachen ausdrücklich zugesagt wurde, gegen den *ignorans venditor* auch zu, wenn diese Zusage unterlassen war, nur daß natürlich diese Haftung beim Kaufabschluß ausdrücklich wegbedungen werden konnte. Schon Labeo spricht dies nach l. 6 § 4 D. de act. emti 19, 1 aus. — Fassen wir das Ziel der *actio emti* gegen den *ignorans venditor* ins Auge, so zeigt sich, meine ich, auch da, daß sie nicht Trägerin ädilitischen Rechts war. Fragen wir zunächst, welches der Inhalt der Verpflichtung des Verkäufers war, wenn er ausdrücklich Abwesenheit bestimmter Fehler zugesagt hatte, und sich nun zeigte, daß solche der Sache dennoch anhafteten. Nach l. 32 § 1 D. de evict. 21, 2 kann in solchem Fall aus der Stipulation auf soviel geklagt werden, *quanti minoris esset empturus:* hat jemand z. B. einen *servus,* bezüglich dessen zugesagt wurde, daß er nicht *fugitivus* sei, für 10 gekauft, und würde er ihn um 2 weniger gekauft haben, falls er diesen Fehler gekannt hätte, so konnte er 2 zurückverlangen. Auch die *actio emti* gegen den *ignorans venditor* geht bei solchen Fehlern, deren Abwesenheit zugesagt zu werden pflegt, nach l. 13 pr. § 1 D. de act. emti 19, 1 auf *quanti minoris emturus esset.* Die im Edikt der Ädilen proponierte *actio quanti minoris* aber geht auf *quanto (ob id vitium) id mancipium, cum veniret, minoris fuit.*[1] Der Anspruch geht hier also auch auf Minderung des verabredeten Kaufpreises, aber der Minderwert infolge der Krankheit oder des Fehlers wird hier absolut geschätzt: es wird gefragt, um was die Sache infolge des Fehlers überhaupt, für jeden zur Zeit des Verkaufs weniger wert gewesen sein würde, als den verabredeten Preis. Bei der *actio emti* gegen den *ignorans*

[1] L. 25 § 1 D. de exc. r. i. 44, 2. Gell. N. A. IV, 2, 5.

venditor wurde aber der Fehler nicht absolut geschätzt, sondern es wurde gefragt, um welchen Betrag die Sache für den Käufer nach den besonderen Verhältnissen weniger wert gewesen sein würde, als den verabredeten Preis. Die gewöhnliche Auslegung nimmt die Ausdrücke *„quanti minoris emturus esset"* und *„quanti minoris res, cum veniret, fuit"* als sachlich gleichbedeutend, was sie nicht sind. Nicht außer acht zu lassen ist, daß die Römer sich des ersten bei der *actio emti* bezw. der *actio ex stipulatu* (l. 13 pr. § 1 D. de act. emti 19, 1. L. 32 § 1 D. de evict. 21, 2), des zweiten bei der ädilitischen *actio quanti minoris* bedienen (l. 38 pr. § 13 D. de aed. ed. 21, 1. L. 25 § 1 D. de except. r. i. 44, 2).[1] Der Grund des verschiedenartigen Ziels der beiden Klagen liegt wohl darin, daß die Ädilen mit der Aufstellung ihrer *actio quanti minoris* einen allgemeinen polizeilichen Zweck verfolgten, welcher der *actio emti* ganz fern liegt. Jenem allgemeinen polizeilichen Zweck entsprach es aber, der *actio quanti minoris* den absoluten Wertanschlag des Fehlers, die *rei aestimatio* (wie ihn Julian auch hier in l. 31 § 16 D. de aed. ed. 21, 1 bezeichnet) zu Grunde zu legen. Um kein Mißverständnis aufkommen zu lassen, mag noch bemerkt werden, daß die relative Schätzung des *vitium* im konkreten Fall vielleicht zu keinem andern Resultat führt, als die absolute *aestimatio,* weil keine besonderen Verhältnisse vorliegen; daß sie aber zu einem andern Resultate führen kann. Mit dem polizeilichen Zweck der ädilitischen Klagen hängen auch die kurzen Verjährungsfristen derselben zusammen. Auch diese nimmt man für die *actio emti,* soweit sie Trägerin ädilitischen Rechts gewesen sei, in Anspruch. Was hätte aber wohl den Prätor bewogen, eine Verjährungsfrist, welche er in seinem Edikt nicht angeordnet, für die von ihm proponierte und zu gewährende *actio* anzuwenden? Und vollends, wie hätte es Sache des *iudex* sein können, wenn der Prätor die *actio in iure* nicht denegiert hatte, für die vom Prätor gewährte *actio* die ädilitischen Fristen zu berücksichtigen? Auch wenn anzunehmen ist, daß die ädilitische *actio quanti minoris* älter ist, als die Zulassung der *actio emti* gegen den *ignorans venditor,* wird man hier von einer Reception ädilitischen Rechts ins Civilrecht nicht reden dürfen.

Eine besondere Erwähnung verdient noch das Recht der *degustatio* des Käufers bei verkauftem Wein. Seit alter Zeit wurde beim Verkauf von Wein in der *lex venditionis* die Abwesenheit bestimmter Fehler zugesagt, die Abwesenheit von *acor* und *mucor.* Zugleich wurde festgesetzt, daß der Käufer das Recht der *degustatio,* des Probierens *boni viri arbitratu* haben solle, in der Regel wohl mit Festsetzung einer Frist für die *degustatio.* Es fragt sich, wie juristisch ein solcher Probevorbehalt aufzufassen war. Zunächst war gewiß zu fragen, *quid actum sit:* Die Parteien können vielleicht erweislicherweise den Vorbehalt als eine Suspensivbedingung verstanden haben. Wie aber ist der Vorbehalt aufzufassen, wenn eine solche besondere Willensmeinung der Parteien nicht er-

[1] Von Mommsen, Beiträge zum Obligationenr. II, S. 282, A. 9, u. Hanausek, Haftung d. Verkäufers I, S. 58, A. 4, wird gegen die oben (mit Herrmann, Ztschr. f. Civil- u. Pr. N. F. VIII, S. 109 ff.) verteidigte Unterscheidung die l. 25 § 1 D. de exc. r. i. 44, 2 geltend gemacht, in welcher von der ädilitischen *aestimatoria* gesagt werde: *„etiam redhibitionem continet; si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor emturus non fuerit".* Aber wenn der gekaufte Sklave wegen des Fehlers nichts wert ist *(nullius pretii,* wie l. 43 § 6 D. de aed. ed. 21, 1 sagt), dann kann allerdings absolute und relative Schätzung zu keinem verschiedenen Ergebnis führen: es haben dann sowohl die *actio quanti minoris* als die *actio empti* die Redhibition des Sklaven zur Folge.

weislich ist? Goldschmidt[1] hat, unter Zustimmung namentlich von Fitting[2], behauptet, daß der Weinverkauf mit Vorbehalt der *degustatio* als ein resolutiv-bedingter angesehen wurde, wogegen sich meines Erachtens mit Recht Kohler[3] erklärt hat. Aber der Kauf mit Vorbehalt der *degustatio* ist auch kein Kauf mit Redhibitionsrecht, wie Kohler annimmt: es ist ein Kauf, bei dessen Abschluß der Verkäufer das *periculum* in einer bestimmten Richtung, nämlich das *periculum acoris et mucoris* noch bis zur *degustatio* des Käufers übernimmt, nach dieser Richtung ist der Kauf bis zur *degustatio* noch nicht perfekt und wird nicht perfekt, wenn die Probe *boni viri arbitratu* ungünstig ausfällt; erst mit erfolgter billigender *degustatio plenissime venit* (l. 1 pr. D. de p. et c. 18, 6). Wäre der Kauf ein resolutiv-bedingter, so müßte schon vor der *degustatio* von beiden Seiten Erfüllung verlangt werden können, was gewiß nicht der Eall ist. Es würde auch der Probevorbehalt äußerlich die Fassung einer Resolutivbedingung erhalten haben und in demselben für den Fall des *improbare* die Auflösung des Kaufs irgendwie ausgesprochen sein. Im Catonischen Formular hat er aber nur die imperativische Fassung, wie andere Klauseln der *lex venditionis (in triduo proximo viri boni arbitratu degustato* c. 148). — Eine andere Frage ist, ob beim Weinhandel der Vorbehalt des Kostens subintelligiert werde. Goldschmidt will den Äußerungen der Quellen über die *degustatio* den Satz entnehmen, beim Weinhandel gelte die Probe als so selbstverständlich, daß dem Käufer auch ohne jeden Vorbehalt die Anstellung derselben nach perfektem Kaufe zustehe. Fitting dagegen, obwohl er einräumt, daß der Probevorbehalt beim Weinhandel durchaus üblich war, will doch die Selbstverständlichkeit desselben keineswegs zugestehen. Prüft man die Quellen, so scheint sich mir, obwohl die Sache nicht ohne Zweifel ist, die Wage zu Gunsten der Goldschmidtschen Auffassung zu neigen. Goldschmidt betont nämlich ausdrücklich (S. 108), was, soviel ich sehe, von Fitting bei unserer Frage nicht berücksichtigt ist, daß das ganze Institut der *degustatio* sich nur auf den Verkauf von Faßwein *(vinum doliare, in doliis)* bezogen habe und wahrscheinlich beim Detailverkauf in Flaschen und Krügen *(amphorae, cadi)* nicht stattgefunden habe. Die Stellen also, welche aussprechen, daß nach abgeschlossenem Kauf auch die Gefahr der Verschlechterung den Käufer treffe (wie l. 1 pr. D. de p. et c. 18, 6; l. 2 § 1 C. de p. et c. 4, 48) sind nicht auf den Verkauf von Faßwein zu beziehen. Die von der *degustatio* redenden Stellen machen aber den Eindruck, als ob ein ausdrücklicher Vorbehalt (beim Verkauf von Faßwein) nur als nötig angesehen wurde, wenn ein *certus dies,* bis zu welchem der Käufer das Recht der *degustatio* habe, festgesetzt werden sollte. Sollte das nicht geschehen, so hatte er später (seit wann, bleibt ganz unsicher) auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt das Recht der *degustatio,*[4] mußte dieselbe aber, sobald er konnte, d. h. also, sobald sich der Verkäufer für dieselbe bereit erklärte, vornehmen.[5] Wenn der Käufer die Probe nicht innerhalb der verabredeten Frist,

---

[1] Ztschr. f. d. gesamte Handelsr. I, S. 73—110.

[2] Ztschr. f. d. gesamte Handelsr. II, S. 205—222.

[3] Iherings Jahrbüch. f. Dogmatik XVII, S. 356, A. 1.

[4] Die Worte des l. 4 § 1 D. de p. et c. 18, 6: *Difficile autem est, ut quisquam sic emat, ut ne degustet* scheinen so verstanden werden zu müssen, daß das Proberecht des Käufers (von Faßwein) durch ausdrückliche Beredung ausgeschlossen werden mußte.

[5] Die Worte *quandoque degustare emtor poterit* haben der Auslegung Schwierigkeiten bereitet. Meines Erachtens sind die Worte in ihrer jetzigen Fassung (infolge Ausfallens

oder, wo eine solche nicht festgesetzt war, nicht, sobald er konnte, vornahm, so galt der Wein als gebilligt *(vinum pro degustato erit)*. Lag es am Verkäufer, daß die Probe nicht vorgenommen wurde, so trug er das *periculum acoris et mucoris* auch über den verabredeten *dies* hinaus.

Verschiedenes, was das Kaufgeschäft und die daraus entspringende Obligation mit anderen Geschäften und Obligationen gemeinsam hat, wie die Nebenberedungen überhaupt, die daraus sich entwickelnden *naturalia negotii*, die *bonae fidei*-Natur, soll erst an späterer Stelle betrachtet werden. An dieser Stelle soll aber noch eine Art der Eingehung der Geschäfte, welche namentlich beim Kauf vorkam, ins Auge gefaßt werden: die Versteigerung.[1] Es ist bekannt, welche große Rolle im römischen Geschäftsverkehr seit früher Zeit die Auktion gespielt hat. Cato de r. r. c. II giebt die Anweisung: *patremfamilias vendacem, non emacem esse oportet*, und er giebt damit wohl nur einer allgemeinen römischen Neigung und Gewohnheit Ausdruck. Daher soll der Gutsherr, der sein Landgut besichtigt, bei den einzelnen Sachgattungen untersuchen: — *quid reliquum sit, quid sit quod veneat*. Und um Käufer zu finden und Konkurrenz hervorzurufen, den möglichst hohen Preis zu erzielen, schlug man den Weg der Auktion ein. Cato giebt an derselben Stelle den Rat: *quae supersint, uti veneant* — — *auctionem uti faciat: vendat oleum, si pretium habeat, vinum, frumentum quod supersit vendat: boves vetulos, armenta delicula* etc. Früchte also, Getreide, soweit man es entbehren kann, Tierjunge, schlechte, alte und kranke Sachen, altes Gerät soll man verauktionieren. Namentlich häufig gab Anfall von Erbschaften Gelegenheit, Erbschaftssachen, deren man sich entledigen wollte, oder, um die Verteilung unter den Miterben zur Ausführung zu bringen, zu versteigern.[2] Wer sich der Verlegung des Domizils halber seiner Sachen entledigen, wer Geld in Geschäften anlegen wollte, wer mit Schulden überladen war, wer sonst aus irgend einem Grunde Geld brauchte, etwa zum Ankauf eines Grundstücks oder zur Rückgabe der *dos* nach Scheidung von der Frau, ließ Versteigerungen vornehmen.[3] Da, wer Sachen versteigern wollte, ein Interesse daran hatte, daß seine Absicht möglichst vielen bekannt werde, so ließ er entweder diese seine Absicht durch einen *praeco* ausrufen (*auctionem praedicare*) oder durch öffentliche Anschläge (*tabula*) bekanntmachen (*auctionem proscribere*).[4] Die Abhaltung wird angekündigt auf einen bestimmten Termin und auf einen bestimmten Ort (*auctionem constituere*).[5] In diesem Anschlage wurde auch angegeben, wer die Auktion halten wollte, und es wurden die zu verauktionierenden Gegenstände zusammenfassend bezeichnet (Cic. ad Quint. fr. II ep. 6: *et tabulam proscripsit, se familiam Catonianam venditurum*). Auch werden vielfach schon die näheren Bedingungen, *leges*, unter denen verkauft werden sollte, angegeben sein. Das zeigt recht deutlich Cato de r. r. c. 146, wo die *lex* für den Verkauf der *olea*

---

eines Worts und späterer falscher Änderung) verdorben, Ulpian schrieb wohl: *quando emtor poterit, degustare debet* oder *quando emtor degustare poterit, degustare debet.*

[1] Vgl. Schirmer, *De volunt. privator. auctionibus apud vet. Romanos commentatio* und Mommsen im Hermes XII, S. 88 ff.

[2] Cic. pro Caec. § 13. Phil. 2, 29, 73. ad fam. XIV, 5, 2. ad Att. XIII, ep. 12, 4, ep. 14, 1. Plin. ep. 7, 11, 1 u. a. St.

[3] Plaut. Stich. II, 1, v. 49. Poen. I, 3, v. 2; V, 6, v. 27. Cic. pro Quinct. 4, 5. Liv. VI, 14 u. a. St.

[4] Plaut. Stich. I, 3, 41. 55. 90. Menaechm. V, 9, 94. Cic. pro Quinctio § 15 de leg. agrar. I, § 2. 4. ad Att. XIII, ep. 37. Petron. Sat. c. 38, § 16.

[5] Cic. pro Rosc. Amer. § 23. pro Caec. § 13. 15.

pendens einfach aus der Ankündigung der Versteigerung der *olea pendens* entnommen ist: *Olea pendens in fundo Venafro venibit.* Der Auktionshalter legt im voraus dem zukünftigen Käufer eine *accessio* zum Kaufpreis als sofort zu entrichtende Gebühr für den *praeco* auf: *qui oleam emerit, amplius quam quanti emerit omnis pecuniae centesima accedet, praeconium praesens.* Auch bei Abhaltung der Auktion selbst wurde die *tabula,* in welcher die Gegenstände der Auktion und die *leges,* unter welchen verkauft werden solle, angegeben waren, ausgestellt, was Äußerungen, wie die Cic. pro Caec. c. 5 § 16: *Adest ad tabulam. licetur Aebutius,* Cic. ad Att. XII, 40: *De hortis Scapulanis hoc videtur effici posse — — ut praeconi subiiciantur. id nisi fit, excludemur. sin ad tabulam venimus, vincemus facultates Othonis nostra cupiditate).* Wer die Auktion hält, bedient sich dabei als Werkzeugs des *praeco,* durch dessen Mund er die Verkäufe abschließt *(per praeconem vendere).*[1] Der *praeco* ruft irgend einen Preis der zu verkaufenden Sache aus.[2] Derjenige von den Umstehenden, dem die ausgerufene Summe genehm ist, giebt durch Wort oder Wink *(nutu)* zu erkennen, daß er die Sache zu diesem Preise haben wolle.[3] Der *praeco* steigert dann, ruft eine höhere Summe aus.[4] Findet sich zu der zuletzt ausgerufenen Summe kein Bieter, so wird zu der letztvorher ausgerufenen Summe, zu welcher sich noch ein Bieter fand, die betreffende Sache diesem, welchem das höchste Gebot geblieben, addiciert: zu diesem Bieter *pretium redit.*[5] Durch die *addictio* seitens des *praeco* kommt der Kaufkontrakt zustande.[6] Bis zu dieser *addictio* ist weder wer die Auktion hält noch der Bieter gebunden, der letztere kann bis dahin zurücktreten.[7] Das ganze Verfahren zeigt, daß der die Summe ausrufende *praeco* damit nicht etwa einen Vertragsantrag *in incertam personam* macht, welcher durch das Gebot acceptiert werde. Es liegt darin vielmehr nur eine Einladung an das Publikum, dem Auktionshalter ein Angebot zu dieser Summe zu machen: in dem Gebot des einzelnen Bieters liegt ein Vertragsangebot an den Auktionshalter, welches durch die *addictio* acceptiert wird. — Eine hervorragende Rolle bei der Auktion spielt der *argentarius.* Mommsen[8] hat die Ansicht geäußert, statt des eigentlichen Geschäftsherrn sei der *argentarius* als Verkäufer aufgetreten, die aus dem Kaufgeschäft entspringenden Klagen, also zunächst die Klagen *ex empto* und *ex vendito,* hätten zwischen dem Mittelsmann und dem Käufer stattgefunden. Die Richtigkeit dieser Auffassung kann nicht zugegeben werden.[9] Der, dessen Sachen verauktioniert werden sollen, wird als derjenige bezeichnet, *qui auctionem facit.* In der *proscriptio* wird die zu haltende Auktion als die seinige angekündigt, z. B. *Auctio fiet Menaechmi* (Plaut. Menaechm. V, 9 v. 95 ff.), *Iulius Proculus auctionem faciet rerum supervacuarum* (Petron. Satir. cap. 38 § 16). Wer *ex auctione* kauft, wird als vom *dominus* kaufend, dieser also als der Verkäufer angesehen, nach l. 2 § 8 u. 9 D. pro

[1] Plaut. Stich. II, 1, v. 68. Cic. de off. III, § 55. Liv. 40, 42. Cic. de natura deor. III, § 84. pro dom. § 52. Phil. II, § 64 u. a. St.

[2] Plaut. Stich. II, 1, 68 sqq. [3] Plaut. l. c. [4] Suet. Calig. c. 38.

[5] Cic. in Verr. III, § 77.

[6] Cic. pro Caec. § 16. Plin. H. N. 29, 4, 30. L. 2 § 8 D. pro emt. 41, 4.

[7] Martial. Epigr. VI, ep. 66.

[8] Hermes XII, S. 94 ff. Ihm folgen Bechmann, Kauf II, S. 292. Pernice, Labeo II, S. 216. M. Rümelin, Selbstkontrahieren des Stellvertreters S. 185, bezweifelt nur die Thatsache, daß eine Zuziehung von Auktionatoren ganz regelmäßig stattgefunden habe.

[9] Schon in Grünhuts Ztsch. f. d. Privatr. u. öff. R. d. G. IV, S. 504 f. habe ich mich dagegen ausgesprochen.

emtore 41, 4. Die Bestimmung des *argentarius* bei der Auktion war, die abgeschlossenen Verkäufe zum Vollzug zu bringen und den Erlös derselben einzuziehen. Dies geschah, wenn nicht gegen Barzahlung, *pecunia praesenti*, verkauft wurde, so, daß der *argentarius* auf Delegation des Auktionsherrn sich die *pretia* von den Käufern durch Stipulation versprechen ließ oder durch *expensilatio* in seinen Geschäftsbüchern die Forderung auf sich übertrug,[1] während er die eingezogenen Summen, natürlich mit Abzug für seine Mühewaltung, dem *dominus* durch Stipulation versprach[2] oder in seinen Büchern diese Summe dem Konto des Auktionsherrn gutschrieb. Zu diesem Behufe wurden während der Auktion die Preise der zustande gekommenen Verkäufe und die Namen der Käufer von dem *argentarius* bezw. dessen Personal schriftlich verzeichnet. Durch den Mund des *praeco* verkauft also der Auktionsherr, nicht der die Auktion leitende *argentarius*, welchem nur der Vollzug der Geschäfte zufiel. Für diese Annahme spricht auch der für die Stellung des *argentarius* zur Auktion gebräuchliche Ausdruck: *coactor*, der Einzieher der Auktionsforderungen. Auch in der Kaiserzeit verhält es sich nach der *lex Metalli Vipascensis* nicht anders: der, welcher die *res sub praecone habuerit, subiecerit*, ist der, welcher die Sache addiciert, also der Verkäufer: er, nicht der *argentarius* ist es, welcher *sub praecone vendit*. Wenn nicht in der *lex venditionis* Barzahlung ausbedungen war, so scheint in alter Zeit ein Kredit von einem Jahr zu 10 Monaten gewährt zu sein. Kurz und prägnant ist das in den Worten ausgedrückt, welche in der Catonischen *lex* für den Verkauf des *fructus ovium* c. 150 vorkommen: *die lanam et agnos vendat menses X, ab coactore releget.* Mit Rudorff ist hier wohl statt *menses X* zu lesen *mensum X*, und sind die Worte mit Schirmer dahin zu erklären, daß die Wolle und Lämmer von dem *conductor* verkauft werden sollen mit einer dem Käufer zu gewährenden Frist von 10 Monaten. Er selbst soll sich den Erlös vom *argentarius coactor* zuschreiben, zuweisen. Der *dominus* hat ein Interesse an der Beobachtung des von ihm selbst sonst einzuhaltenden Verfahrens auch von seiten des *conductor:* ein anderes, etwa strengeres vom *conductor* beobachtetes Verfahren könnte dem *dominus* für die Zukunft, wenn er selbst unmittelbar die *fructus ovium* im einzelnen verauktionieren wollte, die Kundschaft verderben. Der *coactor*, der schon hier auftritt, erscheint dabei auch nur als Vermittler der Einziehung der Auktionsgelder: dem nicht besonders erwähnten *delegare* des Kaufpreisschuldners an den *coactor* entspricht das *relegare ab coactore.*

Als Bestärkungsmittel des Kaufs treten schon bei Plautus Eid[3] und *arra* auf. Der Eid, der wohl vom Verkäufer geschworen wird, ist ein promissorischer: er hat aber nur die Bedeutung, daß der ihn Leistende in seinem Gewissen stärker gebunden werden soll. Von größerem Interesse ist die Anwendung der *arrabo* bei Kaufgeschäften, welche namentlich bei Plautus vielfach erwähnt wird. Sie wird beim Abschluß des Vertrags vom Käufer dem Verkäufer gegeben und besteht in der Regel in einem nicht unbedeutenden Teile ($^1/_4$, $^3/_4$) des Kaufpreises.[4] Demnach hat man gesagt, daß diese alte *arrhabo* gar nichts weiter sei, als eine Anzahlung des Kaufpreises. Andererseits wird mit Recht hervorgehoben, daß *arra* und Anzahlung doch ganz verschiedene Dinge sind.

---

[1] Cic. pro Caec. 5. [2] Quintilian. inst. 11, 2, 24. Senec. Controv. prooem. § 19.
[3] Vgl. Bechmann, Der Kauf I, S. 520.
[4] Plaut. Mostellaria III, 1, 107 sqq.; IV, 2, 61 sqq.; IV, 3, 18 sqq.

Die bloße Anzahlung ist teilweise Erfüllung der Obligation des Käufers, welche dem Kontraktsabschluß erst folgen kann; sie erfolgt regelmäßig bei Übergabe der Sache und ist mit Kreditierung des Restes des Kaufpreises verbunden. Dagegen die als *arra* gemeinte Anzahlung kann nur bei Abschluß des Kontraktes erfolgen: sie ist, wie die in etwas Anderem bestehende *arra*, ein Zeichen, ein Beweis des bindend abgeschlossenen Kontrakts; weiter ist sie aber auch für den Verkäufer eine Sicherung in Bezug auf die Zahlung des Restes des Kaufpreises, denn zurückfordern kann der Käufer den geleisteten Teil des Kaufpreises nicht, und die Waare kann er nur fordern gegen die Zahlung des Restes des Kaufpreises. Es wird daher bei Plautus die *arrhabo* auch als *pignus* bezeichnet. Von dieser Vorstellung aus, daß die *arra* ein Sicherungsmittel für die Zahlung des Restes des Kaufpreises sei, definiert Varro de l. l. V, 175 M.: *Arrhabo sic data, ut reliquom reddatur; hoc verbum item a Graeco ἀρραβών. Reliquom, quod ex eo quod debitum reliquum.* Ganz in derselben Weise wird die *arra* in verschiedenen schon von Muther[1] benutzten Stellen des Augustin aufgefaßt, in welchen dieser den Unterschied von *pignus* und *arra* erläutert. A. Augustini Ep. Sermo XXIII De XXXIIII v. Psalmi LXXII cap. 8. 9: — *Aliquando enim pretium, verbi gratia, praeparas dare pro ea re quam tenes bonae fidei contractu, de ipso pretio das aliquid; et erit arra, non pignus; quod sit complendum, non auferendum.* Id. Sermo CLVII De verb. Ap. Rom. VIII c. 15: — *Arra autem de ipsa re datur, quae danda promittitur; ut res quando redditur, impleatur quod datum est, non mutetur.* Id. Sermo CCCLXXVIII. In die Pentecostes: — — *arra autem quando datur, non recipitur, sed superadditur ut impleatur.* Und auch bei Isidor kehrt derselbe Gedankengang wieder, Etymol. l. V c. 25 N. 20: — *Arra vero est, quae primum ex parte datur et postea completur.* 21. *Est enim arra complenda, non auferenda, unde qui habet arram non reddit, sicut pignus, sed desiderat plenitudinem et dicta arra pro re pro qua traditur.*

Immerhin ist die Leistung eines Teiles des Preises *arrae nomine* eine teilweise Vollziehung des Kaufes, was das Geben von etwas Anderem als *arra*, z. B. eines Ringes, nicht ist, und es kann daher im ersten Falle der Kauf nicht mehr durch bloßen *contrarius consensus* rückgängig werden, was im letzteren Falle möglich ist (l. 2 C. quando liceat 4, 45).

β. Locatio conductio.

§ 59. Die *locatio conductio* teilt in ihrem ganzen Bau bemerkenswerte Eigentümlichkeiten mit der *emtio venditio*. Auch sie ist ein Kontrakt, welcher auf den Austausch von Leistungen gerichtet ist, durch welche je ein Sonderinteresse des einen Kontrahenten, welches von dem des andern verschieden ist, befriedigt werden soll: ein jeder darf nach der ganzen Anlage des Geschäfts bei dem Abschluß desselben nur sein von dem des andern verschiedenes Interesse im Auge haben und dieses selbst auf Kosten des Interesses des andern, wenn auch nicht mit unerlaubten Mitteln, in möglichst hohem Grade zu erreichen suchen. Ausdrücklich wird hervorgehoben, daß, wie dies vom Kauf, so auch von der Miete gelte; l. 22 § 3 D. locati 19, 2: *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et con-*

[1] Sequestration u. Arrest S. 373 f.

ductionibus iuris est. Auch darin stimmt *locatio conductio* mit der *emtio venditio* überein, daß die Leistung des einen Kontrahenten in einem Geldäquivalent bestehen muß, bezw. daß, wie hier das *pretium* ein *certum*, dort die *merces* eine *certa* sein muß. Ob an diesem Erfordernis bei der *locatio conductio* in gleicher Strenge festgehalten ist, wie bei der *emtio venditio*, wird später zu prüfen sein. Endlich wird auch die *locatio conductio*, wie die *emtio venditio*, *nudo consensu*, durch in beliebiger Weise kundgegebene Willensübereinkunft abgeschlossen. So ist es nicht wunderbar, wenn die römischen Juristen sagen, die *locatio conductio* sei *proxima emptioni venditioni*, es bestehe eine nahe *familiaritas* zwischen ihnen. Dennoch hat die *locatio conductio* Eigentümliches, welches es kaum möglich erscheinen läßt, daß sie jemals mit der *emtio venditio* unter einen Begriff subsumiert sei. Es mag sein, daß „für die Nationalökonomie die Übertragung eines wirtschaftlichen Gebrauches an einem Sachgute ohne Überlassung des letztern zu Eigentum eine vollkommen ebenbürtige Güterübertragung mit der durch die Übertragung des Eigentums repräsentierten Übertragung ist".[1] Juristisch wird der Umstand, daß nicht minder bei der *locatio conductio*, wie der *emtio venditio* ein wirtschaftliches Gut zur Befriedigung eines bezüglichen menschlichen Bedürfnisses von dem Einen, der über es disponieren kann, auf einen andern zu dessen entsprechendem Gebrauch übertragen wird, nur eine enge *familiaritas* beider Geschäfte zur Folge haben. Juristisch wird der auch wirtschaftlich sehr erhebliche Unterschied, daß das eine Geschäft auf Abtretung des Trägers der Nutzung selbst, das andere nur auf Überlassung, eines zeitweiligen Gebrauchs des Nutzungsträgers, während dieser selbst dem Überlassenden verbleiben soll, gerichtet ist, verhindern, beide Geschäfte auch nur in den Anfängen ihrer Entwickelung miteinander zu identifizieren. Da der Kauf gerichtet ist auf Abtretung des Nutzungsträgers selbst, so ist bei ihm eine Vollziehung in einem Moment, eine Erfüllung Zug um Zug denkbar. Gebrauch aber, auf dessen Überlassung die Miete gerichtet ist, ist etwas nicht in einem Moment sich Vollziehendes, sondern durch eine gewisse Zeit Laufendes, Andauerndes. Undenkbar ist, daß Gebrauchsüberlassung und Zahlung der *merces* Zug um Zug stattfänden, die Leistung der *merces* kann nur *praenumerando* oder *postnumerando* stattfinden, wenn auch dies *postnumerare* nicht gerade erst nach Ablauf der ganzen verabredeten Gebrauchszeit, sondern ratenweise nach Ablauf einer bestimmten Periode der ganzen Gebrauchszeit erfolgen kann. Die Nutzung aber kann sich nicht anders vollziehen, als indem gleichzeitig der Träger der Nutzung, welcher dem *locator* verbleiben soll, dem *conductor* hingegeben wird. Bevor nun die *locatio conductio* durch die einfache Kundgebung der Konsenses rechtlich bindend abgeschlossen wurde und eine Klage für den *locator* auf die versprochene *merces* hervorbrachte, war die Überlassung der Nutzung der Sache von Gefahren für den *locator* begleitet, welche das ganze Geschäft für ihn zu einem bedenklichen machten: die Sache konnte von dem *conductor* mißbraucht und schließlich nicht bloß die Zahlung der *merces* unterlassen, sondern noch dazu der Nutzungsträger in deterioriertem Zustand zurückgegeben werden. Beabsichtigt ist nur die Überlassung einer Nutzung, der Nutzungsträger soll dem *locator* verbleiben. Da verlangt „die Natur der Sache, daß diejenigen Einräumungen, aber auch nur diese, als gewährt erscheinen, welche nötig sind, damit die fragliche Nutzung regelrecht gewonnen werden

[1] Knies, Das Geld S. 60, 61.

kann".[1] Das römische Recht hat sich nicht zu der Auffassung erhoben, daß dem Mieter oder Pächter zur Realisierung des Zwecks der *locatio conductio* ein dingliches Nutzungsrecht an der Sache einzuräumen sei. Freilich ist die römische Auffassung völlig verkannt, wenn gesagt ist,[2] es liege von seiten des Vermieters nicht ein einmaliger Willensakt vor, sondern eine ununterbrochene Kette von Willensakten; jede Fruchtziehungshandlung des Pächters sei juristisch eine Fruchtziehungshandlung des Verpächters, und aus dessen Hand nehme er demzufolge durch Besitzübergabe, nicht durch einseitige Besitzergreifung, jede einzelne Frucht entgegen. In irgend ein unmittelbares Verhältnis zur Sache, mag es noch so gebrechlich sein, muß der Mieter oder Pächter zur Sache gesetzt werden, wenigstens falls der Vertrag auf Überlassung des allgemeinen Gebrauchs bezw. des allgemeinen Fruchtgenusses gerichtet ist. Nach römischem Recht ist es zur Ausführung des Lokationszwecks erforderlich, aber auch ausreichend, daß der *conductor* in die Detention der Sache eingesetzt werde: er muß *in fundo*, *in possessione* sein, um sein kontraktliches Gebrauchsrecht geltend machen zu können. In der Übergabe der Sache zum Gebrauch liegt der einheitliche Willensakt von seiten des Vermieters bezw. Verpächters, dessen es zur Erfüllung des Lokationszwecks bedarf, er gewährt nicht etwa durch eine unendliche Menge von Willensakten dem Pächter das Eigentum der einzelnen von diesem percipierten Früchte. Wäre es so, so würde die einzelne Frucht nach der Separation zunächst als in das Eigentum des Verpächters gefallen und als von diesem dem Pächter zu Eigentum übertragen anzusehen sein. So verhält sich aber die Sache nicht: solange der Pächter mit dem Willen des Verpächters *in fundo* ist, die Detention des Grundstücks zum Zweck des *frui* hat, wird er vermittelst einseitiger Perzeption Eigentümer derselben, und der Verpächter ist nie Eigentümer derselben als besonderer Sachen gewesen. Durch ein Verbot des einzelnen Fruchtziehungsakts kann der Verpächter gar nicht diesen Fruchterwerb des Pächters hindern: er kann die Detention desselben zerbrechen, ihm dieselbe entziehen[3] und damit auch dem Fruchterwerb ein Ende machen (wenn auch kontraktwidrig); er kann aber nicht den Pächter in der Detention belassen und den einzelnen Fruchtziehungsakt verbieten, durch solches Verbot würde er mit seiner frühern, nicht zurückgezogenen Erklärung, daß er dem Pächter das Grundstück zum Zweck des *frui* tradiere, in Widerspruch geraten.

Es kann aber nach römischer Auffassung überhaupt nicht dem gewöhnlichen *conductor* zum Zweck der Realisierung des Lokationszwecks mehr als

---

[1] Knies, a. a. O. S. 65.

[2] Ziebarth, Die Realexekution u. d. Obligation S. 45. Degenkolb, Platzrecht u. Miete S. 168, A. 1.

[3] Das Einräumen der Detention an den Mieter oder Pächter ist ein einmaliger Willensakt, aber durch einen entgegengesetzten Willensakt des Vermieters, Verpächters kann das Verhältnis der Detention im Namen des Vermieters aufgehoben werden. Daß der *colonus* als Vertreter des Besitzers im *corpus* des Besitzes angesehen wurde, hinderte den letztern nicht, die Sache einem andern, etwa einem Käufer derselben, zu tradieren, zu solcher Tradition bedurfte es nicht der Mitwirkung des Detentors. Überhaupt ist die Vorstellung, daß der Pächter oder Mieter Vertreter des Verpächters, Vermieters im *corpus* des Besitzes sei, gar nicht die ursprünglich römische, und sie ist nie soweit durchgeführt, daß sie den Verpächter verhindert hätte, einen Traditionsakt ohne Mitwirkung des Pächters vorzunehmen oder überhaupt (ohne Kontraktsverletzung) Besitzakte vorzunehmen, welche mit dem Gebrauchs- und Genußrecht des Pächters nicht in Widerspruch standen.

die Detention der Sache eingeräumt werden. Warum nicht? Daß ein römischer Kopf Schwierigkeiten zu überwinden hatte, um im Fall der Einräumung eines dinglichen Rechts an der gepachteten Sache *locatio conductio* anzunehmen, zeigt die spätere, von Gaius berichtete Kontroverse der Juristen, ob eine *emptio venditio* oder eine *locatio* vorliege: *si qua res in perpetuum locata sit, quod evenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut, quamdiu id vectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur.*[1] Während er sich aber mit dieser Schwierigkeit noch abzufinden wußte, schien es ihm unmöglich, dingliches Recht dem *conductor* zuzugestehen, wenn die *locatio conductio,* wie gewöhnlich, nur auf kurze Dauer abgeschlossen war. Der Begriff des dinglichen Rechts erfordert nach römischer Anschauung eine gewisse Dauer des Verhältnisses: wer nur *ad modicum tempus conduxit,* dem kann keine *in rem actio* gewährt werden. Auch kannte das römische Recht nur dingliche Nutzungsrechte, welche mit der Person des Berechtigten erloschen, Miete und Pacht aber waren vererblich. Schutz der Ausübung der Nutzung durch Interdikt wäre wohl denkbar bei einem Verhältnis, welches noch nicht voll zu einem dinglichen Rechtsverhältnis ausgebildet, noch durch keine *in rem actio* geschützt ist. Die Geschichte der *superficies* wird uns das zeigen, aber zugleich lehren, daß die Ausübung der gewöhnlichen Miete und Pacht doch nie als taugliche Grundlage eines Interdiktsschutzes erschienen ist. Die Römer hätten ein ganzes Gedankensystem umarbeiten müssen, um einem gewöhnlichen Mieter oder Pächter dinglichen oder quasipossessorischen Schutz gewähren zu können. Gewiß hätte sich auch die Erwägung geltend machen müssen, ob man die Stellung des Mieters und Pächters so verstärken dürfe, während der *locator,* welcher mit der Erfüllung vorangehen und seine Sache dem *conductor* übergeben mußte, auch seitdem der Konsensualmietvertrag klagbar war, nur seinen persönlichen Anspruch, seine *actio locati* auf Leistung der versprochenen *merces* gegen den *conductor* hatte.

Ist aber die *locatio conductio* von dem Moment an, wo sie als Rechtsgeschäft anerkannt war, als Konsensualkontrakt aufgetreten? Das ist sehr unwahrscheinlich. Die Konsensualkontrakte als solche gehören überhaupt der Stufe eines schon etwas höher entwickelten Rechtssinnes an: daß einer formlosen Übereinkunft nur wegen des in ihr liegenden kausalen Moments Klagbarkeit zugestanden wird, setzt schon eine gewisse höhere Entwickelung des Rechtslebens voraus, und so werden denn in der Aufzählung des Gaius: *aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu* die Konsensualkontrakte mit Recht an letzte Stelle gesetzt, wenngleich natürlich darin kein historisches Zeugnis für die spätere Entstehung der Konsensualkontrakte gefunden werden kann. Ein unentwickelterer Rechtssinn verlangt greifbarere, sinnlichere Kriterien für das Zustandekommen von Rechtsgeschäften. So erhebt sich denn auch für die *locatio conductio* die Frage, ob nicht dem Stadium der Konsensualmiete ein anderes vorhergegangen, in welchem irgend welche Vollziehung des Vertragsinhalts, also *res,* zum Zustandekommen der *locatio conductio* als Rechtsgeschäft verlangt wurde. Wie das reale Moment, welches vermutlich ursprünglich zum Zustandekommen der *locatio conductio* gehörte, zu denken sei, wird nicht beantwortet werden können, ohne auf die Frage einzugehen, welche Art der Miete als die älteste anzusehen sei. Neuerlich ist behauptet

[1] Gai. III, 145.

worden[1] und hat Anklang gefunden, daß die Vermietung von Moventien älter sei, als die von Immobilien. Für diese Auffassung sollen die Bezeichnungen *locare conducere* „Aufstellen" und „Wegführen" sprechen, welche sich nur für Vermietung beweglicher Sachen gebildet und eingebürgert haben könnten, für andere Objekte aber nicht paßten. Sklaven seien an gewissen Plätzen aufgestellt, um sie z. B. zur Vermietung für Erntearbeiten anzubieten; auch Vieh, Gespann, Gerätschaften könnten vor den Häusern und Feldern zum Zweck der Vermietung und Abholung aufgestellt sein. Das *conducere* sei dann das Holen, Wegführen der gemieteten beweglichen Sachen. Diese Erklärung scheint mir unannehmbar, weil in dem *locare* immer nur die Vorbereitung des Vermietens, das Einladen zum Mieten liegen würde, nicht aber dadurch der Akt des Vermietens selbst ausgedrückt wäre. *Conducere* aber bedeutet nicht „holen", sondern, wie schon Degenkolb[2] geltend gemacht hat, „zusammenführen". Ferner wird geltend gemacht, daß die Vermietung von Spannvieh bereits dem Recht der XII Tafeln angehört habe (Gai. IV, 28), sie sei ohne Zweifel die älteste Art der Sachenmiete gewesen. Daraus aber, daß die XII Tafeln bei Vermietung von *iumenta* zu dem Zweck, um das erlöste Mietgeld *in dapem* zu verwenden, wegen des religiösen Motivs ein besonders energisches Rechtsverfolgungsmittel bezüglich der versprochenen *merces* gewährten, folgt doch nicht, daß die Miete in anderen Fällen überhaupt noch nicht dem Recht angehört habe, vielmehr ein faktisches, des Rechtsschutzes bares Ereignis gewesen sei. Darum braucht man noch nicht anzunehmen, daß die *locatio conductio*, seitdem sie dem Rechtsgebiet angehörte, schon durch formlose Beredung Klagbarkeit erlangt habe. Bei Erwägung der Frage, ob ursprünglich irgend ein reales Moment zu der Mietberedung habe hinzutreten müssen, um den Vertrag rechtlich zustande zu bringen, muß man sich nun die *res* nicht gerade so, wie bei den benannten Realkontrakten oder wie bei den Innominatkontrakten, denken. Es kann die *res*, je nach Art des zustande zu bringenden Vertrags, verschieden gestaltet gewesen sein. Dies führt mich auf die Frage des ursprünglichen Sinns von *locare* und *conducere* zurück. Degenkolb[3] will dem *locare* bei seiner Übertragung auf die Miete eine neutralere Bedeutung vindizieren, welche es befähigt habe, von vornherein *locatio rei* und *operis* in sich aufzunehmen. Meines Erachtens ist nicht die Mobilienpacht, auch nicht die *locatio operarum* bezw. *operis*, sondern die Immobilienpacht die ältere, und ist *locare* dabei in dem ursprünglichen Sinne des „Platzgebens" zu nehmen. *Locus*, ein Platz, ist nicht das ganze Grundstück, sondern nur ein Teil desselben, l. 60 D. de verb. s. 50, 16: *„Locus" est non fundus, sed portio aliqua fundi: „fundus" autem integrum aliquid est* u. s. w. Nur geringere Leute waren Pächter, denen von einem Wohlhabenderen nur ein Stück eines größern Grundstücks, ein *locus* zum Fruchtgenuß gegen einen Zins gegeben wurde. Columella noch II, 7 behandelt die Partialpacht als die normale Form des Verhältnisses.[4] Wenn man als älteste Anwendung der *locatio conductio* die Miete einer Parzelle, eines *locus* eines größern *fundus* betrachtet, so ist man darum nicht genötigt, die Hausmiete für einen übertragenen Begriff anzusehen. In l. 60 § 1 D. cit. heißt es:

[1] Dernburg, Pandekten II[3], S. 295 flg. C. Ch. Burckhardt, Zur Geschichte der *locatio conductio* S. 28.

[2] A. a. O. S. 136. [3] A. a. O. S. 135.

[4] Auch Ihering, Der Besitzwille S. 118, sieht die Partialpacht als die ursprüngliche Form der Pacht an.

Loci appellationem non solum ad rustica, verum ad urbana quoque praedia pertinere Labeo scribit. Der Ausdruck *locus et lautia* für das freie Quartier und das Gerät, worauf der Gast des römischen Staats Anspruch hatte, zeigt, daß das Wort *locus* auch für eine städtische Wohnung gebraucht wurde. Mit Recht sagt PERNICE:[1] Zur Miete wohnten in Rom untergeordnete Leute — Freigelassene, Klienten, Dichter. Solchen Leuten wird auch nicht ein ganzes städtisches Grundstück, sondern vielleicht ein kleiner Raum desselben vermietet, das *locare* im ursprünglichen Sinne, die Parzellenvermietung ist auch bei der Häusermiete das ursprüngliche und später noch sehr häufige. Unterrichtend sind auch hierfür die in Pompeji gefundenen Verhältnisse.[2] Es haben sich hier Häuser gefunden, in welchen Nebenwohnungen zum Vermieten eingerichtet sind. Das eigentliche Haus bewohnt der wohlhabende Eigentümer, aber Nebenräume, zur ebenen Erde liegende *tabernae* und ähnliches wurden vermietet. Wahrscheinlich waren auch in Rom früher an den Häusern solche Nebenräume angebracht, wie *tabernae* oder im obern Stockwerk belegene und mit besonderer nach der Straße führenden Treppe versehene *coenucula,* welche zu Mietszwecken bestimmt waren. Das frühe Vorkommen solcher Parzellenvermietung sowohl auf dem Lande, wie in der Stadt, wird nicht etwa durch das Prekarium ausgeschlossen. Man sagt wohl, die arme Klasse, der kein Kapital zu Gebote stehe, Eigentum zu erwerben, träte in das Klientelverhältnis und erhalte durch *precarium* Landbesitz. Es ist richtig, daß das *precarium* ähnlichen Bedürfnissen abhalf, wie die *locatio,* und daß auch das erste gewöhnlich in Bezug auf Parzellen größerer Grundstücke vorkam. Vgl. Fest. ep. p. 247: *patres senatores ideo appellati sunt, quia agrorum partes attribuerant tenuioribus ac si liberis propriis.* Aber die Klientelverhältnisse kamen ab, es wird schon früh viele *tenuiores* gegeben haben, welchen kein Patron *precario* eine Landparzelle oder einen Wohnraum anwies: diese mußten eben mietweise einen Wohnraum oder eine Landparzelle zur Benutzung zu erlangen suchen. Mag das *precarium* das ältere Verhältnis sein, schon früh wird daneben das Lebensbedürfnis die *locatio conductio* haben aufkommen lassen.[3]

[1] Labeo I, S. 467, 468. [2] OVERBECK-MAU, Pompeji S. 249, 266.

[3] DEGENKOLB, Platzrecht u. Miete S. 197 ff., hat zu zeigen versucht, es sei eine Konsequenz des alten civilrechtlichen Satzes: *ad tempus obligationem constitui non posse,* daß sich der Anspruch des Mieters wegen seiner Beziehung auf eine bestimmte Frist ursprünglich nicht zu einer civilrechtlichen Obligation geeignet habe. Der Irrtum, welcher meines Erachtens DEGENKOLBS Ausführungen zu Grunde liegt, ist, daß die auf eine bestimmte Zeit abgeschlossene Miete einen *dies,* wie ihn der Satz: *ad tempus obligationem constitui non posse* voraussetzt, enthalte. Dieser *dies* ist eine Nebenwillenserklärung, wonach das durch das Hauptgeschäft begründete Rechtsverhältnis beim Eintritt des betreffenden Zeitpunkts aufhören *(desinere)* soll. Bei der Miete dagegen liegt das Zeitmoment im Inhalt der versprochenen Leistung: Überlassung des Gebrauchs einer Sache zieht sich notwendig durch eine gewisse Zeit hindurch. Eine Obligation auf solche Leistung wird notwendig allmählich perfekt; mit dem Zeitpunkt, bis zu welchem sie verabredet ist, hört nicht etwa das Rechtsverhältnis auf, sondern kommt nicht weiter zur Perfektion. Man darf die Miete nicht etwa mit einer Stipulation auf eine Leibrente vergleichen, um zu zeigen, daß der Satz: *ad tempus obligationem constitui non posse* auch auf jene eingewirkt haben könne; denn Stipulationen auf jährliche Leistungen *quod vivam* erzeugen immer Obligationen auf ein in einem Moment vollziehbares, sich wiederholendes *dare;* die Obligation des Vermieters geht auf eine einzige, durch die verabredete Zeit sich hindurchziehende, allmählich sich vollendende Leistung, die Gebrauchsüberlassung für die einzelne Periode ist nur eine Teilleistung. Auf das in solcher Leistung liegende Zeitmoment leidet der Satz: *ad tempus obligationem constitui non posse* keine Anwendung.

Das dem *locare* entsprechende *conducere* der andern Partei ist meines Erachtens das Einziehen des Mieters oder Pächters samt Weib und Kindern, Sklaven und Vieh, das Zusammenführen, Versammeln derselben in dem gemieteten Raum. Dieses Einführen, Zusammenführen seiner *familia* in den gemieteten *locus* ist das reale Moment, welches zusammen mit dem *locare,* der Platzanweisung des Vermieters zum Zustandekommen des Mietvertrags als eines klagbaren erforderlich war. Daß der *locator,* wenn ihm die *merces* nicht gezahlt wurde, diese *inducta* retinieren konnte, darin lag schon eine Sicherung in Bezug auf die Zahlung der *merces.* Schon als die Miete auf bewegliche Sachen ausgedehnt wurde, mußte das bisher für das Zustandekommen derselben erforderliche reale Moment seine Bedeutung verlieren. Von seiten des Vermieters konnte ein solches immer noch in der Übergabe der Sache zur Detention an den Mieter stattfinden, aber es entsprach dem nun nichts mehr von seiten des Mieters, vollends aber verlor das reale Moment seine Bedeutung bei der *locatio conductio operarum.*

Es giebt eine Ansicht, nach welcher die Hausmiete älter sein soll, als die Bodenpacht. Daß der Lokationsvertrag erst von der Hausmiete auf die Bodenpacht übertragen sei, zeige sehr deutlich der wohl der Hausmiete, aber nicht der Ackerpacht angemessene Satz, daß die Leistung des Inhabers notwendig in Geld bestehen müsse. Wäre die Bodenpacht die ältere gewesen, so habe man zur *colonia partiaria,* nicht zur Verpachtung gegen Geld gelangen müssen.[1] Auch wenn man die *locatio conductio* ganz losgelöst von ihrem Zusammenhange mit anderen Rechtsinstituten, dem gesamten Recht ins Auge faßt, kann man jener Ansicht nicht beistimmen. Die *colonia partiaria* hat einen Charakter, welcher es sehr zweifelhaft macht, ob man wirklich, falls die Landpacht älter war, als Häusermiete, zunächst auf sie verfallen sein müßte. Bei der *colonia partiaria* steigt die Höhe der *merces* mit der Intensität und Güte der Bebauung des Grundstücks: je besser der Pächter das Grundstück kultiviert und je mehr demgemäß der Ertrag des Grundstücks sich steigert, desto höher steigt die *merces;* je weniger andererseits der Pächter in der Bebauung leistet, je geringer demgemäß der Ertrag sich stellt, desto geringer fällt auch die *merces* aus. Der Verpächter hat also die Persönlichkeit des Pächters viel sorgfältiger auszuwählen und ihm ein größeres Vertrauen zu schenken.[2] Besondere Verhältnisse können also wohl die *colonia partiaria* als das Vorteilhaftere auch für den Verpächter erscheinen lassen. Daß sie im allgemeinen für den Verpächter wirtschaftlich vorteilhafter sei, ist zu bezweifeln. Bei der Verpachtung für einen in Geld bestimmten Zins „wird die *merces* durch den Ertrag der Pachtsache an sich nicht alteriert", in „den normalen Fällen ist die Höhe der *merces* unabhängig von dem Ertrag der Pachtsache", die Höhe der *merces* wird „normalerweise nicht alteriert durch die Bebauung, die dem Grundstück zu teil wird". Der Verpächter braucht also in der Auswahl des Pächters nicht in dem Maße skrupulös zu sein, wie bei der *colonia partiaria,* er ist bezüglich der zu beziehenden *merces* normalerweise von dem Verhalten des Pächters in Bezug auf die Bebauung des Grundstücks unabhängig. Das sind Vorteile, welche den Bodeneigentümer gewöhnlich die Verpachtung gegen einen festen in Geld

[1] Mommsen, Röm. Geschichte I (4. Aufl.), S. 842, A. *. A. Pernice, Labeo I, S. 467, A. 45.

[2] Gut sind diese die *colonia partiaria* wirtschaftlich charakterisierenden Momente hervorgehoben von M. Waaser, Die *colonia partiaria* des römischen Rechts S. 54 ff.

bestimmten Pachtzins der *colonia partiaria* werden vorziehen lassen. Wir dürfen aber die *locatio conductio* nicht so isoliert auffassen, sie ist doch nur eines der auf den Austausch verschiedener Leistungen gerichteten Geschäfte. Diesen, selbst beim Hinzutreten eines sie irgendwie zur Ausführung bringenden realen Moments, Rechtsbestand zu verleihen, dazu haben sich die Römer zunächst nur in ganz bestimmten Fällen verstanden: entsprechend der Rolle, welche die Geldgeschäfte spielen, sind zunächst jene synallagmatischen Geschäfte, bei welchen die Gegenleistung in Geld bestehen soll, als vollgültige *causae* von Obligationen anerkannt.[1] Es konnte daher die *locatio conductio,* bei welcher die *merces* in Geld bestehen sollte, früher als klagbar anerkannt werden, als die, bei welcher dieselbe in Früchten bezw. einer Quote der Früchte festgesetzt wurde. Daß man bei der *locatio conductio* schon früh statt der in Geld bestimmten *merces* zugelassen, daß der *locator* eine Quote der Früchte erhalte, erklärt sich aus praktischen Gründen. Dem praktischen Nutzen gegenüber, welcher in manchen Fällen ein solches Geschäft als wünschenswert und rätlich erscheinen lassen mochte, an der theoretischen Konsequenz festzuhalten, war nicht Sache der Römer. In l. 25 § 6 D. locati 19, 2 wird der Inhalt solchen Geschäfts charakterisiert mit den Worten: *partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur.* Zunächst ist hier zu beachten, daß der *colonus cum domino partitur,* nicht der *dominus cum colono,* d. h. der *colonus* hat die Teilung der Früchte mit dem *dominus* vorzunehmen. Der *colonus* erwirbt aber die Früchte erst vermittelst der Teilung. Daraus erklärt sich auch l. 26 § 1 D. de furtis 47, 2: *Item constat colonum, qui nummis colat, cum eo, qui fructus stantes subripuerit, acturum furti, quia, ut primum decerptus esset, eius esse coepisset.* Warum sagt hier der Jurist nicht einfach *colonum,* sondern *colonum qui nummis colat?* Als Gegensatz schwebt ihm offenbar der *colonus partiarius* vor. Dieser könnte, wenn *fructus stantes* entwendet würden, die *actio furti* gegen den *fur* nicht anstellen, da er erst vermittelst der Teilung Eigentümer wird. Weiter aber glaube ich aus den Worten: *colonus cum domino fundi partitur* etwas über das Quotenverhältnis entnehmen zu können. Die Quote, welche der *colonus* dem *dominus* abzugeben hatte, betrug wohl nie über die Hälfte. Was über die Hälfte geht, kommt nach altrömischer Auffassung dem Ganzen gleich. Hätte der *colonus* über die Hälfte abzugeben, so wäre das schon kein *partiri cum domino* mehr. Auch beim *legatum partitionis* war der Erbe höchstens verpflichtet, dem Legatar die *dimidia pars bonorum* herauszugeben, es konnte aber auch die Herausgabe einer geringern Quote angeordnet werden. Schon hier ist hervorzuheben, daß die Begriffe *partiarius* und *colonus partiarius* nicht miteinander identifiziert werden dürfen. — Weiter darf man aus den Worten: *quasi societatis iure* nicht schließen, daß der *colonus partiarius* ein *socius* des *dominus* sei. Bei jedem Pachtkontrakt ist ja die wirtschaftliche Absicht auf eine Teilung des Ertrags unter Pächter und Verpächter gerichtet, nur daß beim *nummis locare* der Verpächter seinen Anteil an dem Ertrage nicht in *fructus naturales,* sondern in *fructus civiles* erhält. Um ein billigeres Resultat der Teilung herbeizuführen und den Pächter durch Aussicht auf ein ihm vorteilhafteres Resultat derselben anzuspornen, kann das *partibus locare* stattfinden, ohne daß darum die der Sozietät fremde, der *locatio conductio* eigentümliche, auf einen Austausch von Gebrauch gegen ein Äquivalent gerichtete Absicht ausgeschlossen

[1] Karlowa, Das Rechtsgeschäft S. 238.

wäre. Daß das *partem dare* etwas von dem *societatem contrahere* Verschiedenes ist, wird sich noch aus anderen Anwendungsfällen des erstern in dem Gebiete der *locatio conductio* ergeben; namentlich zeigen es aber die Worte der *lex operi faciundo* bei Cic. Verr. I, 55: — *Qui de L. Marcio, M. Perperna Censoribus redemerit, eum socium ne admittito: neve ei partem dato, neve ei redimito.*

Natürlich hat bei dem *partibus locare* der *dominus* noch ein ganz anderes Interesse, als bei dem *nummis locare,* daran, daß der *colonus* bei der Bebauung des Grundstücks es an nichts fehlen lasse, weil er bei Nachlässigkeit desselben infolge des dadurch geschmälerten Ertrags des Grundstücks direkt leiden muß. Daß er, wenn er den Kausalnexus zwischen solcher Nachlässigkeit und der Minderung des Ertrags nachzuweisen vermochte, auf Schadensersatz klagen konnte, unterliegt wohl keinem Zweifel. Da aber solcher Nachweis meistens recht schwierig sein mochte, so wird man zu solchen Kautelen gegriffen haben, wie sie von Plin. epist. IX, 37 erwähnt werden: man wird sich bei dem *partibus locare* in der *lex locationis* die Befugnis zum *ex suis aliquos exactores operi custodes fructibus ponere* ausbedungen haben.

Verschiedene Sätze in der Lehre von der *locatio conductio* werden sich überhaupt durch die ständige Wiederkehr der Festsetzungen in den *leges locationis* ausgebildet haben: aus ständig wiederholten *accidentalia negotii* verwandelten sie sich allmählich in *naturalia,* welche nicht mehr besonders ausbedungen zu werden brauchten. Wenn z. B. der, welcher *dolia vitiosa ignarus* verwendet hat, so daß *vinum effluxerit,* für das *id quod interest* einstehen soll,[1] so findet diese Entscheidung wohl darin ihren Grund, daß früher ganz regelmäßig beim Verkauf oder Vermietung von Fässern in der *lex venditionis* oder *locationis* ausdrücklich zugesagt sein wird, daß die *dolia integra* seien, und daraufhin konnte demnächst, auch wenn diese Zusage unterlassen war, behauptet werden, es sei dies als stillschweigend zugesagt anzusehen. Dagegen soll, wer einen *saltus pascuus* verpachtete, auf welchem schädliche Kräuter wuchsen, durch deren Genuß zur Weide getriebenes Vieh des Pächters umgekommen ist, nur kein Mietgeld fordern können,[2] nicht aber für das volle Interesse haften, gewiß deshalb, weil der *locator* in der *lex locationis* bei Verpachtungen solches *saltus* keine ausdrückliche Garantie für die Abwesenheit solcher Kräuter zu übernehmen pflegte. Das, was seit langer Zeit regelmäßig in der *lex contractus* zugesagt zu werden pflegt, giebt den Maßstab ab für den Inhalt der Haftung der Kontrahenten, und diese Zusagen fallen eben nach der Verschiedenheit der Kontraktsgegenstände verschieden aus. Natürlich gewährten auch Fehler, deren Abwesenheit in den *leges contractus* zugesagt zu werden pflegte, soweit sie die Gebrauchsfähigkeit der Sache beeinträchtigten, einen Anspruch auf entsprechende Herabsetzung des Mietgeldes.[3] Auch der Anspruch des Pächters auf *remissio mercedis* für den Fall, daß der Fruchtertrag vor dem Ernten durch außerordentliche Unfälle in beträchtlichem Maße geschmälert ist, wird auf diese Art entstanden sein. Man meint, dieser Satz sei gewiß dem staatlichen Administrativrecht entnommen: der Staat als Gläubiger habe über seine Rechte disponieren oder aus Gnade seinem Pächter Nachlaß gewähren können. Solcher Nachlaß aus Gnade kann nicht das Vorbild des privatrecht-

[1] L. 19 § 1 D. locati conducti 19, 2.
[2] L. 19 § 1 D. cit.
[3] L. 25 § 2 D. eod. tit.

lichen Satzes gewesen sein, wonach der Pächter in bestimmten Fällen einen Anspruch auf *remissio mercedis* hatte.

Es ist richtig, daß in der *lex censoria* bestimmte Unfälle, welche am *frui publico* hinderten, als auf eine *remissio* vom Pachtgeld Anspruch gebend vorgesehen zu sein scheinen (Cic. de prov. cons. 5, 12: — *si qui frui publico non potuit per hostem, hic tegitur ipsa lege censoria).* Warum aber diese Festsetzungen in der *lex censoria* das Vorbild für Abmachungen in den *leges* der Privatpachtkontrakte gewesen sein sollen, ist nicht abzusehen. Wohl aber macht das Vorkommen solcher Festsetzungen in der *lex censoria* es wahrscheinlich, daß der privatrechtliche Satz entstanden ist durch ständig wiederkehrende Festsetzungen in den *leges locationis.* Auf solche wird denn auch die Abgrenzung zwischen den Unfällen, welche Anspruch auf *remissio* gewähren, und den Gefahren, welche der Pächter selbst zu tragen hat, zurückgehen: also, daß er es zu tragen hat, *„si qua vitia ex ipsa re oriantur"* und *„si nihil extra consuetudinem acciderit"*. Vielleicht gehen auch die Fälle, in denen Vermieter und Mieter vor Ablauf der verabredeten Kontraktszeit den Kontrakt einseitig aufheben können, auf solche ständig wiederkehrende Abmachungen in den *leges locationis* zurück.

Dagegen das Recht des Mieters zur Afterverpachtung und Aftervermietung haben wir nicht auf wiederkehrende Abmachungen zurückzuführen. Der Pächter bezw. Mieter ist von vornherein nach dem Hauptinhalt, nicht erst durch den in der *lex locationis* festzusetzenden Inhalt der *locatio conductio* zum *frui* der Sache berechtigt. In diesem Recht zum *frui* ist nicht bloß das Recht, natürliche Früchte der Sache zu ziehen, sondern auch das Recht, durch Vermittelung von Rechtsgeschäften Erträge von derselben zu ziehen, folglich das Recht zur Aftervermietung enthalten. Daß dieses Recht durch besondere Beredung ausgeschlossen werden kann, bedarf kaum der Bemerkung.

Als Träger einer Nutzung erscheint zunächst die körperliche Sache. Bei ihr bot sich im menschlichen Verkehr zuerst die Möglichkeit dar, daß der Eigentümer die Nutzung auf eine Zeit lang einem andern für eine *merces* überließ, während er den Träger der Nutzung, die Sache, in seinem Eigentum behielt. Aber der Mensch selbst ist Träger mannigfacher angeborener und anerlernter Fähigkeiten und Fertigkeiten, welche er nicht bloß für seine eigenen Interessen benutzen, sondern deren Nutzung er auch in den Dienst anderer stellen kann. So eröffnet sich die Aussicht auf ein weiteres größeres Gebiet der Überlassung von Nutzungen. Menschliche Gaben und Fähigkeiten und die durch Anspannung derselben geschehende Arbeit sind aber von sehr verschiedener Art: von der niedrigsten, schmutzigsten Arbeit als Bethätigung körperlicher Kraft bis zu den höchsten Bethätigungen menschlichen Verstandes und künstlerischer Gestaltungskraft. Wie wir zwischen niederen und höheren Stufen menschlicher Fähigkeiten und Ausbildung unterscheiden, so unterscheiden wir auch zwischen niederer und höherer Bethätigung menschlichen Könnens, zwischen niederer und höherer Arbeit. Diese Unterscheidung findet sich natürlich auch bei den Alten, insbesondere bei den Römern, und es fragt sich nun, welche Ausprägung dieselbe bei ihnen gefunden, bezw. welches Kriterium höhere und niedere Arbeit bei ihnen scheidet. Nach römischer Auffassung sind gewisse Arbeiten fähig, für eine *merces,* ein Äquivalent in Geld einem andern überlassen zu werden, also zum Inhalt einer *locatio conductio* gemacht zu werden, andere nicht. Für die ersteren gebrauchen die Römer den Ausdruck: *operae,* die Berufsarten aber, deren Arbeiten nicht für ein Geldäquivalent anderen als Nutzung

überlassen werden, bezeichnen sie als *artes* oder genauer als *artes liberales, artes ingenuae* (denn es wird auch von *artes sordidae* gesprochen). Ist es, frage ich, lediglich sachliches, aus der Beschaffenheit der Arbeit als solcher entnommenes Kriterium, welches dieselbe als *opera* oder *ars liberalis* charakterisiert, so daß die nach solchem Kriterium als *ars liberalis* zu charakterisierende Thätigkeit *ars* bliebe und nicht Gegenstand einer *locatio* sein könnte, auch wenn sie von einem Sklaven oder *libertus* ausgeübt wird? Es ist ein und dieselbe Agrimensur, sagt ein neuerer Schriftsteller,[1] welche von dem freien Feldmesser wie von dem Sklaven geübt wird, und die Berufsübung beider ist — der *locatio conductio* verschlossen, sofern nicht der Sklave selbst vom Herrn loziert wird. Es ist nun gewiß ganz richtig, daß die Unterscheidung zwischen liberaler und illiberaler Arbeitsart auf dem sachlichen, historischen Wesen der betreffenden Arbeitsarten beruht. Zu weit ist es aber gegangen, die persönliche Stellung des die Arbeit Leistenden als für jene Unterscheidung völlig gleichgültig und nicht in Betracht kommend zu bezeichnen. Der in der antiken Gesellschaft gegebene Unterschied zwischen Freien und Sklaven und die Teilung der Arbeiten zwischen beiden Gesellschaftsklassen hat meines Erachtens auf die Auffassung und Ausprägung des Gegensatzes der *operae* und der *artes liberales* bedeutend eingewirkt. Beim Sklaven sind die *operae* etwas den Früchten Gleiches, also Sachenartiges: *Fructus hominis,* sagt Gaius in l. 4 D. de operis serv. 7, 7, *in operis consistit et retro in fructu hominis operae sunt.* Auch das Tier ist ja der *operae* fähig. Ganz im Gegensatz dazu ist die Ausübung der *ars liberalis* eine Bethätigung der Persönlichkeit, ein Äußern der angeborenen und durch Erziehung ausgebildeten Eigenschaften und Gaben der Persönlichkeit, und wie die Persönlichkeit des Freien selbst, die *libertas,* eine *inaestimabilis res est* (l. 106 D. de reg. iur. 50, 17), so ist auch solches unmittelbarste Produkt der Persönlichkeit, die Bethätigkeit ihrer Gaben und Fähigkeiten, nichts Sachenartiges, welches ein Überlassen für Geld und eine Abschätzung in Geld zuließe. Daher kann irgend welche Arbeit, welche als Bethätigung einer *ars liberalis* erscheint, nicht zum Inhalt einer *locatio conductio* gemacht werden. Ja, zu derartigen Arbeiten, in welche jemand etwas unmittelbar von seiner Persönlichkeit hineinlegen, bei welchen er die Kraft derselben unmittelbar bethätigen muß, kann er sich nicht einmal durch Übernahme eines Mandats verpflichten; wie die Persönlichkeit frei und Selbstzweck ist, so soll auch solche unmittelbare Bethätigung derselben zu Gunsten anderer nur Sache des freien Willens und des Wohlwollens, nicht aber Inhalt rechtlicher Verpflichtung und Notwendigkeit sein, und wie die Persönlichkeit unschätzbar ist, so ist auch solche unmittelbare Äußerung der Persönlichkeit etwas in Geld nicht Abschätzbares und somit nicht fähig, zum Inhalt einer obligatorischen Leistung gemacht zu werden. Werden solche Arbeiten freiwillig anderen geleistet, so liegt ein *beneficii loco praebere*[2] vor. *Operae* in dem vorher bezeichneten Sinne zu vermieten, ist für den *libertus* nichts Anstößiges; er ist zu solchen schon dem *patronus* gegenüber verpflichtet; es ist für ihn, welchem von seiner Abstammung aus der Sklaverei doch ein Makel anhaftet, nicht schmählich, seine Dienstleistungen einem andern für Geld zur Disposition zu stellen. Auch für die der ärmsten und niedrigsten Klasse der Plebejer *(capite censi* und *proletarii)* angehörigen wird die Auffassung kaum eine

[1] Th. Löwenfeld, Inästimabilität u. Honorirung der *artes liberales* nach röm. R., in d. Münchener Festgabe an Planck S. 456.

[2] L. 1 pr. D. si mensor 11, 6.

andere gewesen sein. Anders aber stand es bezüglich der Freigeborenen, welche den Klassen angehörten, kriegsdienstpflichtig waren und politische Rechte auszuüben hatten. Für sie galt es als unehrenhaft, die Persönlichkeit zur Leistung sachenartiger Dienste für Geld herabzuwürdigen, geschweige denn für die Patricier, welche ihrer Geburt nach als berufen galten, die Magistraturen und Priestertümer zu verwalten. Es wird zwar faktisch nicht vorgekommen sein, aber man kann wohl fragen, ob es überhaupt rechtlich möglich gewesen, daß ein Patricier sich zu sachenartigen *operae* für Geld verpflichtete? Jedenfalls konnten von einem *patricius operae,* welche zu den *munera,* den Gemeindefrohnden gehörten, nicht gefordert werden (Liv. I, 56, 1: — *non pecunia solum ad id publica est usus, sed operis etiam ex plebe).* Andererseits muß man fragen, ob ein Sklave oder ein Freigelassener, welcher einer *ars liberalis* mächtig war, dieselbe zu Gunsten anderer auch nur *beneficii loco* oder für Geld ausüben konnte? Ist die Ausübung des Berufs eines *agrimensor* auch von seiten eines Sklaven oder Freigelassenen der *locatio conductio* verschlossen? Meines Erachtens nicht, vielmehr ist anzunehmen, daß Sklaven und Freigelassene überhaupt nur der *operae* fähig sind, weil ihnen die freigeborene Persönlichkeit mangelt, daß also, was beim Freigeborenen Ausübung der *ars liberalis,* bei ihnen nur *opera* ist, welche daher auch für Geld einem andern überlassen werden kann.

Das Versprechen von *operae* für eine *merces* ähnelt auch darin der *locatio conductio rerum,* daß, wie diese notwendig ein bestimmtes Zeitmoment in sich schließt, das auch bei jener zutrifft *(Re ipsa obligationi tractus temporis inest,* l. 24 D. de op. lib. 38, 1). Wie der Gebrauch der Sache für eine noch bevorstehende Periode noch etwas Zukünftiges ist, so ist auch die einzelne zugesagte *opera* nichts *in rerum natura* Existierendes, sondern etwas Zukünftiges. Die *opera* wird notwendig für eine bestimmte Zeit geschuldet, sei es, daß diese von vornherein verabredet ist, sei es, daß vielleicht dem Mieter die Befugnis eingeräumt ist, den Termin dafür anzusagen. Ist diese Zeit verstrichen, ohne daß die *opera* geleistet ist, so kann sie selbst, die *praeterita opera,* nicht mehr geleistet werden, da sie unlöslich an den bestimmten Zeitraum geknüpft war: es kann sich dann nur noch um Leistung eines Geldäquivalents handeln. Wie der Sachmieter zum *sublocare* berechtigt ist, so kann auch wohl der *conductor operarum* die ihm zu leistenden *operae* einem andern überlassen, nur darf dadurch die Lage des *locator* nicht irgendwie verschlechtert oder erschwert werden. Daß ein anderer für den *locator* die geschuldeten *operae* leiste, wird in vielen Fällen nicht zulässig sein, denn Celsus sagt mit Recht (l. 26 § 12 D. de cond. iud. 12, 6), *eam esse causam operarum, ut non sint eaedem — — — nam plerumque robur hominis, aetas — — — mutat causam operarum.* Kann aber ein anderer faktisch Dienste derselben Beschaffenheit, wie die versprochenen, leisten, so ist eine Erfüllung durch solchen andern für den Verpflichteten gewiß nicht unzulässig (vgl. l. 19 § 1 D. de op. lib. 38, 1: — *fabriles autem aliaeve eius generis sunt, ut a quocumque cuicumque solvi possint).*[1] Die *operae* müssen in der zugesagten Beschaffenheit geleistet werden (nach den auf den Siebenbürgischen Wachstafeln erhaltenen Formularen muß der *locator suas operas sanas valentes edere).*[2] Die *merces* braucht auch hier nicht *praenumerando* geleistet zu werden,

[1] Der Satz Dernburgs, Pandekten II, § 112: „Der Arbeiter hat seine Dienste persönlich zu leisten; denn sie sind gemietet. Es muß daher der Arbeitsherr eine Vertretung nicht annehmen", geht zu weit.

[2] Bruns-Mommsen, Fontes i. r. a. p. 269, 270.

wohl aber wird auch hier die Zahlung gewisser Raten der *merces* nach Ablauf gewisser Arbeitszeiten verabredet; in den Formularen der Siebenbürgischen Wachstafeln heißt es: *Mercedem per tempora accipere debebit, mercedes suis temporibus solventur.* Für die Zeiten, während welcher der *locator* wegen in seiner Person, seinen Verhältnissen liegender Gründe die *operae* nicht leisten kann, kann er auch keinen Lohn beanspruchen.[1] Kann aber der *conductor operarum* aus in seiner Person liegenden Gründen die Dienste nicht annehmen, so muß er dennoch die *merces* zahlen, es müßte denn sein, daß der *locator* gerade für die Zeiten, für welche er seine Arbeiten diesem *locator* zur Verfügung gestellt hatte, dieselben zu gleichem Betrage durch anderweitige Vermietung verwertet hätte.[2] Wird die Annahme der *operae* aus weder in der Person des *locator* noch des *conductor* liegenden Gründen unmöglich, so muß sich der *locator* für die Zeiten, während welcher das Hindernis vorlag, entsprechenden Abzug von der *merces* gefallen lassen, kann also, wenn das Hindernis während der ganzen Mietzeit vorlag, keine *merces* verlangen (so heißt es in den Formularen der Siebenbürgischen Wachstafeln: *quod] si fluor impedierit, pro rata computare debebi[t].*

Die *locatio conductio operarum* scheint in älterer Zeit eine größere Bedeutung gehabt zu haben, als später. Dies hängt wohl teils damit zusammen, daß das ursprüngliche Anwendungsgebiet durch die Konkurrenz der *locatio conductio operis* mehr und mehr beschränkt wurde, auch für ländliche Arbeiten bediente man sich vielfach neben der erstern auch der letztern; teils erklärt es sich durch die gegen Ende der Republik immer zunehmende Anzahl der Sklaven und die dadurch steigende Bedeutung der Sklavenarbeit. Das Abkommen patriarchalischer Verhältnisse ist der Verwendung der *locatio conductio operarum* nicht günstig gewesen. Es wird zur Zeit jener häufiger vorgekommen sein, daß ein römischer Bürger, welcher keine genügende Anzahl von Sklaven hatte, arme Freie *servorum loco in operis* gegen eine *merces* hatte. Solche *mercennarii,* welche auch ihre *operae* wohl schlechthin, so daß dem *conductor* die Bestimmung der Art derselben zustand, zu vermieten pflegten, gehörten zur Hausgenossenschaft des *conductor.* Dieses hatte einmal eine größere faktische Abhängigkeit des *mercennarius* zur Folge, es konnte aber auch rechtliche Folgen haben: Vorteile, an welchen die Hausgenossenschaft des Hausherrn teilnehmen darf, kommen auch solchen *mercennarii* zu gute,[3] nur von solchen gilt der Satz, daß aus einem von ihnen gegen den *conductor* verübten *furtum* die *actio furti* nicht entstehe,[4] denn man schrieb wohl dem Hausherrn solchen, aber auch nur solchen, *mercennarii* gegenüber eine Disziplinarbefugnis, wie gegenüber Freigelassenen und Klienten, zu.

Daß die *locatio conductio operis* jünger ist, als die *locatio conductio operarum,* können wir namentlich aus inneren Gründen entnehmen. Sowohl die Privatwirtschaft als die Staatswirtschaft ist von der Verwendung einzelner *operae* ausgegangen. Wie der Privatmann ein durch Arbeit herzustellendes wirtschaftliches Resultat durch die unter seiner oder seines Vertreters Leitung stehenden und zusammenzufassenden Arbeiten seiner Söhne, Sklaven, Klienten, Freigelassenen, gemieteten Arbeiter erstrebte und erreichte, so hatte auch der den

[1] L. 38 pr. D. locati 19, 2. [2] L. 19 § 9 D. locati 19, 2.

[3] L. 4 pr. D. de usu et habit. 7, 8: — *sed et cum his, quos loco servorum in operis habet, habitabit, licet liberi sint vel servi alieni.*

[4] L. 90 (89) D. de furtis 47, 2: *Si libertus patrono vel cliens vel mercennarius ei, qui eum conduxit, furtum fecerit, furti actio non nascitur.* Vgl. auch l. 11 § 1 D. de poenis 48, 19.

Staat repräsentierende König bezw. der ihn vertretende Beamte Bauten u. dgl. durch die den Bürgern auferlegten *munera* und gemietete auswärtige Arbeiter herzustellen. Es stellen sich indessen für den Staat sowohl wie für reichere Privatleute Unternehmungen als notwendig heraus, für deren Erreichung so viele und verschiedenartige *operae* in Bewegung gesetzt und besondere technische oder künstlerische Fertigkeiten aufgewendet werden müssen, daß es dem Arbeitgeber zu schwer oder unmöglich wird, Träger solcher Kräfte und Fertigkeiten in genügender Zahl selbst und unmittelbar aufzutreiben und ein planvolles Zusammenwirken derselben zur Erreichung des ins Auge gefaßten Ziels zu leiten. Zunächst war es der Staat, welchem die großartigsten durch Arbeiten verschiedenster Art zu erreichenden Aufgaben zur Lösung zufielen, und dem ein viel zu geringes und gar nicht technisch geschultes Beamtenpersonal zu Gebote stand, um solche Unternehmungen unmittelbar ins Werk zu setzen, zu leiten. Für ihn kam mit Begründung der Republik noch ein anderer Grund hinzu, das System der Verwendung von Einzelarbeiten zu verlassen. Die bisher den Plebejern auferlegten *munera* zum Zweck der Herstellung der großartigen von den Tarquiniern unternommenen Bauten waren ein Hauptgrund zur Unzufriedenheit mit der Herrschaft, namentlich des letzten Königs, gewesen. Es scheint also schon in den Anfängen der Republik von dieser regelmäßigen Auferlegung von *operae* Abstand genommen zu sein. Es bildete sich das System der *ultrotributa* aus: der Staat machte sich von der unmittelbaren Herstellung von Bauten und anderen ökonomischen Unternehmungen dadurch frei, daß er die Herstellung für eine Pauschsumme Privatleuten oder Gesellschaften von Privatleuten, welche sich freiwillig dazu erboten, überließ. Nicht die *locatio conductio rerum*, auch nicht die *operarum*, wohl aber die *operis* scheint nach dem Vorbild des staatlichen Vermögensverkehrs in den Privatverkehr eingedrungen zu sein. Auch im privaten Leben mochten, als man nicht mehr in ganz einfachen, patriarchalischen Verhältnissen lebte, viele notwendige ökonomische Unternehmungen nicht mehr unmittelbar durch den *paterfamilias*, seine Hausgenossenschaft und hinzukommende gemietete Arbeiter gelöst werden können; auch hier schritt man dazu, die Herstellung solcher Resultate einem Unternehmer gegen eine Pauschsumme in Verding zu geben. Während im staatlichen Vermögensverkehr die *locatio conductio operis* die unmittelbare Verwendung von einzelnen *operae* fast ganz verdrängt hat, ist im privaten Verkehr jene nur neben die *locatio conductio operarum* getreten, aber doch so, daß sie jener den Rang abgelaufen zu haben scheint. Nach Cato finden wir im landwirtschaftlichen Betriebe für größere landwirtschaftliche Arbeiten von den Herren selbst die *locatio conductio operis* verwandt: so für Bauten, *oleam facere et legere* u. dgl. Der Herr mochte dabei regelmäßig besser und billiger seinen Zweck erreichen, als wenn er durch unmittelbare Verwendung von einzelnen *operae* denselben zu erreichen suchte. Der *conductor operis* macht dann allerdings, um die notwendigen Arbeiten zu beschaffen, wieder von der *locatio conductio operarum* Gebrauch, wie das auch von den *redemptores* der *opera publica* geschehen sein wird, obwohl auch diese Unternehmer, wie wir sehen werden, zuweilen wieder die Herstellung des übernommenen *opus* selbst weiter in Verding gaben. Die *locatio conductio operarum* tritt also, soweit sie sich erhält, in die zweite Linie zurück. Man hat sich viel mit der Frage beschäftigt, wie es sich erkläre, daß die Worte *locator* und *conductor* bezw. die entsprechenden Zeitworte bei der Werkverdingung gerade umgekehrt zur Verwendung kommen, als bei

locatio conductio rei und *operarum;* daß, wer hier die *merces* verspricht, *locator,* der Übernehmer des *opus conductor* genannt wird. Die älteste Bezeichnung für die Übernahme und Übertragung eines herzustellenden *opus* ist wohl das Wort *redimere. Redemptores,* heißt es bei Festus p. 270, *propria atque antiqua consuetudine dicebantur, qui, cum quid publice faciendum aut praebendum conduxerant effecerantque, tum demum pecunias accipiebant.* Dabei ist zu beachten, daß mit *redimere* keineswegs bloß das Übernehmen des *opus,* sondern auch das Übertragen desselben bezeichnet wird. Der Passus der von Cicero in Verr. I, 55, 143 angeführten *lex censoria: Qui de L. Marcio, M. Perperna censoribus redemerit, eum socium ne admittito neve ei partem dato neve ei redimito* zeigt das Wort in beiden Verwendungen nebeneinander. *Redimere opus de aliquo* heißt: jemand ein Werk, dessen Herstellung diesem eigentlich obläge, abnehmen, *redimere alicui opus faciendum* heißt: jemand die Herstellung eines Werkes übertragen, sich davon losmachen. Etwas jünger sind die Bezeichnungen *conducere* und *locare opus,* wobei *conducere* und *locare* schon in übertragener Bedeutung genommen sind. Bei der Verwendung dieser Ausdrücke für die Werkverdingung ist gänzlich davon abgesehen, daß die Übertragung bezw. Übernahme des *opus* für ein Geldäquivalent geschieht: der Vergleichungspunkt mit der *locatio conductio rei* und *operarum,* welcher die Übertragung der Ausdrücke veranlaßt hat, ist ein anderer. Wie der *locator rei* die Sache zu einer durch eine Zeit sich hindurchziehenden Nutzung übergiebt, wie der *locator operarum* die durch eine Zeit sich erstreckende Arbeit dem andern gleichsam hingiebt, so überträgt der *locator operis* die durch eine Zeit sich hinziehende Werkherstellung dem Übernehmer. Mit den älteren Ausdrücken *redimere alicui sc. opus faciendum — redimere de aliquo* war schon die Vorstellung verbunden, daß der Verdingende, der Arbeitgeber der Übertragende, Weggebende sei. Die begriffliche Verwandtschaft der *locatio operis* mit der Sachen- und der Dienstmiete würde allerdings fast völlig schwinden, wenn es wahr wäre, daß jene mit dem Kauf die Möglichkeit momentaner Erfüllung gemein habe. Diese momentane Erfüllung besteht nach Bechmann[1] wesentlich in der Ablieferung des Werks, wozu sich die Fertigstellung nur als faktische Vorbereitung verhalte. In Wahrheit ist aber die Ablieferung des *opus* nur die Vollendung, der Endpunkt der Erfüllung, während die Leistung, die Erfüllung vom Beginn des *opus* bis zur Vollendung resp. Ablieferung vor sich geht: nicht das in Zukunft fertig gestellte *opus,* sondern die Fertigstellung, das *facere* des *opus* bis zur Vollendung ist Inhalt der Leistung; diese zieht sich also eben so, wie die Sachnutzung und die Vornahme der *opera,* durch eine Zeit hindurch. Mögen die einzelnen Arten der *locatio conductio* keinen so einheitlichen Begriff ausmachen, wie die *emtio venditio* ein solcher ist, so darf andererseits ihre nahe begriffliche Verwandtschaft nicht geleugnet werden; und wenn es auch unrichtig ist, daß die *locatio conductio operis* nur ein Fall, eine Spielart der *locatio conductio operarum* sei, so ist es doch richtig, daß die beiden letzteren Arten der *locatio conductio* untereinander noch näher verwandt sind, als eine von ihnen mit der *locatio conductio rerum;* denn bei beiden handelt es sich um den Gebrauch von durch einen Zeitraum sich hindurchziehender Arbeit, bei der *locatio conductio operarum* in einzelnen Äußerungen, Bethätigungen der Arbeitskraft, wobei die Zerlegung der Arbeit in eine Anzahl von *operae* dadurch gegeben ist, daß zwischen den einzelnen An-

[1] Der Kauf I, S. 428 ff.

spannungen der Arbeitskraft natürlich Ruhezeiten liegen müssen, die einzelne *opera* also immer nur nach einer bestimmten Frist, etwa einem Tag oder einer Nacht oder noch kürzeren Fristen, bemessen sein kann; bei der *locatio conductio operis* in dem durch die Arbeit bezw. durch das Zusammenwirken eines Komplexes von Arbeiten herbeizuführenden Resultate, Werke: auch der *conductor operis* übernimmt Arbeit, aber mit der Maßgabe eines derselben gesteckten und durch sie herbeizuführenden Resultats. Käme die Arbeit selbst nur als Vorbereitung der Leistung, nicht als Beginn der Leistung selbst in Betracht, so wäre es undenkbar, daß die *merces* stückweise, z. B. nach Fristen, festgestellt werde, die Zumessung dann auch stückweise stattfinde und der Lohn nach Maßgabe des Fertiggewordenen gezahlt werde. — Es giebt Fälle der *locatio conductio operis,* deren juristische Konstruktion unter den alten Juristen selbst Zweifel und Meinungsdifferenzen veranlaßt hat. Wenn verabredungsmäßig aus einem vorhandenen Material durch Bearbeitung eine Sache hergestellt werden soll, so liegt, falls das Material von dem Arbeitgeber dem Übernehmer zum Zweck der Herstellung der Sache übergeben wird, zweifellos eine *locatio conductio operis* vor. Wie aber, wenn auch das Material von dem Übernehmer geliefert und daraus von ihm die Sache hergestellt wird? Es gab Juristen, welche darauf hinwiesen, daß der Arbeitsübernehmer hier ein Doppeltes leiste: das *dare* des Materials und die Arbeit. Es liege also nicht *unum negotium* vor, sondern ein zwiefaches Geschäft: Kauf des Materials und *locatio conductio operarum,* wie Cassius meinte, *locatio conductio operis* vielleicht nach der Meinung anderer.[1] Nach der Meinung der *plerique* aber lag auch hier *unum negotium* vor, und zwar ein Kauf einer erst herzustellenden Sache. Der vorherrschende Gesichtspunkt der Parteien ist hier allerdings der der Abtretung der erst herzustellenden Sache: was in derselben von Arbeit der Leistenden steckt, kommt nicht als solche in Betracht und wird nicht als solche gelohnt, sondern als den Wert der Sache, worin sie steckt, erhöhender Faktor. Bei der *locatio conductio operis* ist es aber Arbeit, die zu einem unfertigen oder fertigen Resultat geführt hat, welche in der *merces* bezahlt wird. Es kann sein, daß der Arbeitnehmer auch einen Teil des Materials geliefert hat, es darf dies aber der übernommenen Arbeit gegenüber immer nur als das Nebensächliche, Zurücktretende erscheinen. Wenn daher auch wohl genauer in der Gesamtleistung des *locator* die Vergeltung für das vom *conductor* gelieferte Material und der Arbeitslohn, das *manupretium,* unterschieden wird, so trägt das Ganze, die *merces,* doch den Charakter des Arbeitslohnes. Andererseits ist es möglich, daß der *locator operis* einen kleinern Teil der zur Herstellung des *opus* erforderlichen Arbeitskräfte stellt, und es wird dadurch nichts daran geändert, daß im ganzen der *conductor* der Arbeitsübernehmer ist.

[1] Die Kompilatoren scheinen in den Digesten die Spuren dieser Kontroverse vertilgen gewollt zu haben, welches Bestreben Unebenheiten in der Gestalt einzelner Stellen zurückgelassen hat. So erscheint in l. 20 D. de contr. emt. 18, 1: *Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus etiam* u. s. w. das *etiam* störend. Den Gedanken der Stelle stellt die von Arndts (Ztschr. f. Civilr. u. Pr. VIII, S. 102) vorgeschlagene Emendation *et dari* richtig her; doch glaube ich, daß die jetzige Unebenheit durch Streichung von Worten entstanden ist und ursprünglich etwa geschrieben stand: *si quam rem nobis non solum fieri velimus, sed etiam dari* u. s. w. Eine Unebenheit begegnet auch in einer verwandten Stelle, l. 65 D. de contr. emt. 18, 1: *convenit mihi tecum, ut certum numerum tegularum mihi dares certo pretio quod ut faceres.* Es ist wohl zu lesen: *sed ut et faceres* oder *quas ut et faceres.* Die Verabredung ging auf beides: *dare* und *facere*, oder, wie es am Schluß der Stelle ausgedrückt ist: *immutare* und *alienare.*

Die Leistung des *locator*, soweit sie sich auf den dem *conductor* zu gewährenden Lohn bezieht, besteht nicht immer in Gelde. Nicht selten scheinen bei den Römern ländliche Arbeiten einem *partiarius* in Verding gegeben zu sein; nach Cato c. 16 *calcem coquendam partiario dant*, der *calcarius* erhält für die Herstellung der Arbeit einen Teil des fertigen Kalks. Auch die Bearbeitung und Pflege eines Weinbergs wird einem *partiarius* nach c. 137 übertragen: er soll neben Futter für seine Ochsen eine bestimmte Quote des Ertrags des Weinbergs erhalten. Auch die *politio agri* kann dem *politor* in der Art übertragen werden, daß er für seine Mühewaltung einen Teil des Ertrages erhalten soll. Solches Geschäft kann als Societät gemeint sein, wie l. 52 § 2 D. pro socio 17, 2 zeigt (ob das Sct. de Thisb., Bruns-Mommsen, Fontes p. 156 n. 6 einen Societätsvertrag mit einem *politor* betrifft, ist sehr zweifelhaft); es kann aber auch als *locatio conductio operis* gemeint sein, wie es nach Cat. c. 131 der Fall ist. — Was den *conductor* anlangt, so kann er, wenn nichts Anderes ausdrücklich oder stillschweigend ausgemacht ist, die Herstellung der ganzen Arbeit weiter in Verding geben; er kann auch *socii* zuziehen, welche mit ihm dem *locator* als Korrealschuldner haften; er kann nur eine *pars* der herzustellenden Gesamtarbeit einem andern schlechthin für eine Vergütung bezw. für einen entsprechenden Teil der ihm selbst zugesagten *merces* in Verding geben (alle drei Möglichkeiten sind in der von Cic. I, 55, 143 mitgeteilten Stelle der *lex censoria* erwähnt). Ebensowenig wie der zweite Unternehmer, welchem die Arbeit vom ersten *conductor* in Verding gegeben ist, tritt auch der, welchem nur eine *pars* überwiesen ist, in ein direktes Verhältnis zum ersten *locator operis*.

Was die Arbeiten, durch welche das Werk hergestellt werden soll, betrifft, so ist darüber noch Folgendes zu bemerken. Diese Arbeiten können nicht bloß *operae locari solitae*, es können auch Ausübungen einer *ars liberalis*, z. B. der Feldmeßkunst, sein, und es steht dem nicht entgegen, daß für Ausübung einer *ars liberalis* keine *merces* versprochen bezw. geleistet werden kann, ja daß man sich nicht einmal zu solcher rechtlich verpflichten kann. Bei der *locatio conductio operis* wird die *merces* nicht direkt für diese Arbeiten als solche geleistet, sondern für das durch sie herzustellende Resultat, woran auch die antike Anschauung keinen Anstoß genommen zu haben scheint. Es giebt *opera*, zu deren Herstellung so zahlreiche und verschiedenartige Arbeiten erforderlich sind, daß schon deshalb nicht daran zu denken ist, der *conductor* verspreche dem *locator* die Herstellung durch seine eigene Arbeit: er haftet für die Beschaffung der zur Herstellung des Resultats erforderlichen Arbeitskräfte. Hier kommt nun bekanntlich in Frage, ob der *conductor operis* unbedingt für die Schuld seiner Gehilfen bezw. der Leute, durch deren Arbeit er das *opus* herstellen läßt, hafte, oder ob er nur für sogenannte *culpa in eligendo* einstehe? Daß die Haftung nur für *culpa in eligendo* aus der Natur der Sache folge, wie Windscheid[1] behauptet, kann nicht zugegeben werden. Von Haftung für *culpa in eligendo* kann überhaupt nur in Fällen die Rede sein, in denen jemand befugt ist, sich in Bezug auf die einem Dritten geschuldete Handlung durch einen andern, der sie statt seiner vornimmt, vertreten zu lassen. Hier geht seine Verpflichtung nur auf *eligere* eines tauglichen, zuverlässigen Subjekts, ihn kann also auch nur eine bei diesem *eligere* begangene *culpa* verantwortlich machen. Anders bei der *locatio conductio operis*. Hier ist in vielen Fällen der *conductor operis* gar nicht

[1] Lehrb. des Pandektenrechts II, § 401, A. 5.

zur Herstellung des *opus* durch eigene Arbeit verpflichtet, sondern zur Beschaffung der erforderlichen Arbeitskräfte bezw. des durch sie herzustellenden Resultats. Da es sich hier von vornherein nicht um eine Verpflichtung zu eigener Arbeit bezw. etwaiges Recht zur Substitution anderer handelt, so kann die Verpflichtung des *conductor* auch nicht auf sorgfältiges *eligere* zuverlässiger und tauglicher Arbeitskräfte gehen, sondern die Verpflichtung geht auf gehörige Herstellung des *opus* durch die in Bewegung gesetzten Arbeitskräfte, wobei der *conductor* für die Tüchtigkeit und Zuverlässigkeit der Arbeit, also die Versehen und die Schuld der gewählten Arbeiter einzustehen hat. Mit diesem aus dem Begriff der *locatio conductio operis* gewonnenen Resultate stimmt namentlich die l. 25 § 7 D. locati 19, 2 überein. Es kommt auf die Erklärung des Passus: *ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit* an. Windscheid meint, es heiße hier: „*eorumque*" nicht „*eorumve*"; also werde *culpa* sowohl bei dem Unternehmer für erforderlich erklärt *(culpa in eligendo)*, als bei dem Gehilfen. Der Sinn der Stelle ist aber, der *conductor* habe das *periculum* des Zerbrechens der *columna* zu tragen einmal, wenn es unmittelbar durch seine Schuld (etwa durch verkehrte, ungeschickte Anordnungen), sodann auch, wenn es durch die Schuld der Arbeiter eingetreten sei; auch das *periculum* des durch die *culpa* der Arbeiter eingetretenen Schadens soll er zu tragen haben.

Dem *locator* steht bezüglich des fertig gestellten Werks, bevor er es dem *conductor* abnimmt, ein Recht zu, daß geprüft werde, ob es der Bestellung gemäß und fehlerlos sei.[1] Dieses Recht, daß das *opus* vor der Annahme geprüft werde, muß ihm immer zustehen, auch wenn es nicht ausdrücklich ausgemacht ist: ein mißlungenes oder bestellungswidriges *opus* braucht er nicht anzunehmen, und ob es gelungen bezw. kontraktsmäßig sei, kann nur eine Prüfung ergeben. Nur das kann in Frage kommen, ob die Prüfung bezw. die *probatio* oder *improbatio* durch den *locator* selber bezw. dessen Erben, oder durch dritte unparteiische Personen vorzunehmen sei. Es richtet sich das nach der besondern Verabredung. Ist nichts ausgemacht, von wem das *arbitrium*, welches übrigens als ein *boni viri arbitrium* zu verstehen ist, auszugehen habe, so steht es wohl dem *locator* zu, ihm gegenüber hat der *conductor* das *opus* als bestellungsgemäß nachzuweisen. Natürlich kann der *conductor* das ihm ungerecht scheinende *arbitrium* des *locator* richterlich nachprüfen lassen. Dieses *probare* bezw. *improbare* des *opus* zeigt auch, daß die Arbeit nicht bloße Vorbereitung, sondern Beginn der Leistung selbst ist: die *probatio* konstatiert, daß die Arbeiten zu dem versprochenen Resultat geführt haben. Beim Kauf einer herzustellenden Sache wäre *probare* nicht der zutreffende Begriff bezw. Ausdruck.

Rücksichtlich des Tragens der Gefahr ist entscheidend der Zeitpunkt der *probatio:* von dem Moment der *probatio* bezw. dem Moment, wo die *probatio* hätte eintreten sollen, geht die Gefahr des Untergangs bezw. der Verschlechterung des *opus* auf den *locator* über, d. h. er muß im Fall des Untergangs bezw. der Verschlechterung die *merces* zahlen. Vor der *probatio* bezw. dem Zeitpunkt, wo sie hätte eintreten sollen, trägt der *conductor* die Gefahr, wenn Untergang oder Verschlechterung durch Fehler des *opus* verursacht sind, nicht aber, wenn sie durch das vom *locator* gelieferte Material oder durch Fehler des Bodens, worauf das Werk errichtet wurde, veranlaßt sind. Auch trägt der *conductor* die Gefahr

[1] L. 24 pr. D. locati 19, 2.

nicht, wenn durch *vis naturalis,* etwa ein Erdbeben, das *opus,* welches Billigung verdient hätte, vor der Approbation vernichtet ist. War das *opus* so in Verding gegeben, daß es *in pedes mensurasve* zugemessen werden sollte, so ist der Moment des *admetire* der für den Übergang der Gefahr entscheidende. Ob die hier dargelegten Grundsätze über das Tragen der Gefahr[1] im einzelnen erst von der Jurisprudenz der Kaiserzeit entwickelt sind, ist nicht mit völliger Sicherheit zu entscheiden. Möglich, daß die republikanischen Juristen sich mit dem Satz begnügt haben, daß vor der *probatio* bezw. dem *admetire* der *conductor,* nach derselben der *locator* die Gefahr des *opus* trage.

Wie heutzutage Werkverdingungen im Wege der Lizitation bezw. des Zuschlags an den Mindestfordernden häufig zustande kommen, so war das auch bei den Römern der Fall. Der zur Lizitation Einladende ist hier derjenige, welcher das Werk in Verding geben will. In dem Anschlag oder der Bekanntmachung, welche den Termin der Lizitation im voraus ankündigt, sind die Bedingungen zu bezeichnen, unter welchen der Einladende den Vertrag abschließen will, mit Ausnahme der von ihm zu zahlenden *merces.* Unter den Catonischen Vertragsformularen finden sich Bestimmungen, welche nicht aus Formularen der *leges contractus* selbst, sondern aus den Formularen für die einladenden Anschläge, in denen die Vertragsbedingungen im voraus bekannt gemacht werden, entlehnt sind. Es ist dies schon früher bei der Erörterung des Kaufkontrakts durch Hinweis auf Cato c. 146 *(olea pendens in fundo Venafro venibit)* hervorgehoben worden. Nur, wenn man dies festhält, sind die Worte c. 144, 4 zu verstehen, welche so lauten: *ne quis concedat, quo olea legunda et faciunda carius locetur, extra quam si quem socium in praesentiarum dixerit. si quis adversum ea fecerit, si dominus aut custos volet, iurent omnes socii* u. s. w. Die bisherigen Erklärungsversuche gehen alle von der unrichtigen Voraussetzung aus, daß der Passus aus dem Formular für die *lex locationis* selbst entlehnt sei, und sind völlig abwegig.[2] Der einfache Sinn der Stelle ist folgender. Keiner der zukünftigen Bieter soll anderen, welche ihn unterbieten könnten, irgend welche Konzessionen machen, zu dem Zweck, daß ihm (durch die Beseitigung der Konkurrenz) das betreffende Werk zu einem theurern Preise in Verding gegeben werde, mit der Ausnahme jedoch, daß er den, welcher ihm durch Unterbieten Konkurrenz machen will, zur Beseitigung der Konkurrenz zu seinem *socius* annehmen darf, ihn dann aber sofort bei der Übernahme des *opus* als seinen *socius* dem *locator* benennen muß. Um es herauszubringen, ob ein solches verbotenes Konzessionenmachen zur Beseitigung von Konkurrenten stattgefunden habe, kann der *locator operis* oder der von ihm angestellte *custos* von allen *socii,* welche zusammen das *opus* übernommen haben, einen Eid verlangen.[3] Unter den *socii,* welche zusammen das *opus* in Verding genommen haben, sind nicht die zahlreichen *strictores* und *leguli* zu verstehen, die zahlreichen verschiedenartigen Arbeiter, welche bei der Olivenlese und Ölbereitung verwendet wurden. Waren sie nicht Sklaven der Unternehmer, so werden sie von diesen durch *locatio conductio operarum* gedungen sein, worauf hindeutet:

[1] Vgl. l. 62, 59, 36 u. 37 D. locati 19, 2.

[2] Mommsen, Röm. Gesch. I (4. Aufl.), S. 862, Anm. Bekker in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. III, S. 429 ff. A. Pernice in d. Ztschr. d. Savignystift. III, S. 50, A. 1.

[3] Auch heute kommt es nicht selten bei öffentlichen Versteigerungen vor, daß einer der Vertragslustigen einem ernstlichen Mitbewerber etwas verspricht für den Fall, daß er vom Mitbieten zurücktreten würde. Über die dabei auftauchenden rechtlichen Fragen handelt Regelsberger, Civilrechtl. Erört. S. 189 ff.

legulos, quot opus erunt, praebeto et strictores. si non praebuerit, quanti conductum erit aut locatam erit, deducetur.[1]

Schließlich ist hier noch auf den Zusammenhang der sogenannten *lex Rhodia de iactu* mit der *locatio conductio* hinzuweisen. Der mit diesem Namen bezeichnete Satz ist der, daß, wenn zur Abwendung einer Schiff und Ladung gemeinschaftlich bedrohenden Gefahr vom Führer des Schiffs ein Opfer gebracht ist, alle, welche gefährdet waren, den Schaden gemeinschaftlich zu tragen haben. Wann die Aufnahme dieses Satzes in das römische *ius gentium* geschehen sei, läßt sich nicht mit voller Sicherheit angeben. Unzweifelhaft ist es schon in republikanischer Zeit geschehen, denn unter den Juristen, welche sich mit der Anwendung des Satzes beschäftigt haben, befinden sich Servius Sulpicius, Alfenus, Ofilius (l. 2 pr. § 3, l. 7 D. de lege R. 14, 2). M. Voigt[2] ist der Ansicht, die Bestimmungen über den Seewurf seien von Rhodus aus erst zu gemeinem hellenistischen Handelsrechte geworden, worauf hinweise, daß man dieselben auch zu Athen vorfinde, und hierdurch sei jene *lex* dann nach Rom gelangt. Günstig für die Rezeption ins römische *ius gentium* wird allerdings die Beobachtung gewesen sein, daß jener Satz nicht bloß in Rhodus, sondern schon in einem weitern Völkerkreise beobachtet wurde. Die Rhodier „waren durch ihre glückliche Lage für Handel und Schifffahrt Vermittler des Verkehrs in dem ganzen östlichen Mittelmeer geworden".[3] „Nach allen Seiten hin, mit Syrakus, Makedonien und Syrien, vor allem aber mit Ägypten standen sie in freundschaftlichen Beziehungen. Ganz besonders nahmen sie sich der griechischen Seestädte an." Der Bund dieser kleinen asiatischen Seestädte war eine förmliche Hansa, sein Haupt Rhodus, das in Verträgen für sich und seine Bundesgenossen verhandelte und stipulierte. — Diese Stellung von Rhodus macht es sehr wahrscheinlich, daß jener Satz vom Seewurf bereits in das Verkehrsrecht jener am östlichen Mittelmeer wohnenden Völker aufgenommen war, als Rom mit Rhodus in Beziehungen trat. Während der punischen Kriege etwa mag die Rezeption ins römische *ius gentium* auf gewohnheitsrechtlichem Wege erfolgt sein. Die Art aber, wie der Satz gehandhabt und mit den Verpflichtungen aus der *locatio conductio* in Verbindung gebracht wurde, ist ein Werk der römischen Jurisprudenz: in den Erörterungen der späteren Juristen wird für die ältere Zeit immer nur auf Responsen und Aussprüche einzelner älteren Juristen sowie auf allgemeine Ansichten derselben Bezug genommen.

d. Obligationen, welche in Übernahme einer Eigenschaft, einer Stellung in Bezug auf die andere Partei bestehen.

α. Die Societät.

§ 60. Es giebt Obligationen, welche nicht bloß, wie die des Darlehnempfängers, Käufers, Verkäufers, Mieters, Vermieters auf mehr oder weniger umfassende Leistungen an die andere Partei gerichtet sind, sondern in der Über-

[1] Daß in dem cap. 144 Catos Bestimmungen aus der *lex locationis* und der vorhergehenden Ankündigung der Auktion in verwirrender Weise miteinander vermischt sind, zeigen die Bestimmungen über die *leguli* und *strictores*. Nach der im Text angeführten Bestimmung soll der *redemptor* soviel *leguli* und *strictores*, als nötig sind zu der Arbeit, stellen; später heißt es aber: *adsiduos homines L praebeto, duas partes strictorum praebeto.* Also der *redemptor* soll nur $^2/_3$ der *strictores* stellen. Das reimt sich nicht zu der frühern Bestimmung; die letztere wird, wie das unmittelbar darauf folgende, aus den in die vorhergehende Ankündigung der Auktion aufgenommenen Bedingungen entlehnt sein.

[2] Jus naturale II, S. 646, A. 78. [3] Mommsen, Röm. Gesch. I^4, S. 701 ff.

nahme eines bestimmten Seins, einer Eigenschaft, einer Stellung gegenüber dem andern oder den anderen gerichtet sind: eines Seins, welches Leistungen gegenüber dem andern involviert, den Kernpunkt derselben bildet. Diese Obligationen sind nicht solche, bei welchen die Interessen der beiden Parteien einander geradezu entgegengesetzt sind; vielmehr sind es diejenigen, bei welchen die Interessen der Paciscenten für weitere oder engere Zwecke vereinigt werden, und solche, bei welchen die eine Partei die Interessen der andern für dieselbe, in Vertretung derselben wahrzunehmen hat, also Societät, Mandat, *negotiorum gestio, obligatio tutelae* und was sich daran anschließt.

Von diesen sind hier zunächst Societät und Mandat zu betrachten, welche wieder in engerer Verwandtschaft mit einander stehen. Beim Societätsvertrage übernimmt jeder der Vertragschließenden, vermögensrechtlicher Genosse des andern zu sein, in vermögensrechtlicher Gemeinschaft mit ihm zu stehen. Dem ursprünglichen, reinen Gedanken, Genosse eines andern zu sein, entspricht gewiß nicht die Beschränkung auf irgend etwas Einzelnes: die Beschränkung also auf irgend welche einzelne Sachen oder Geschäfte, seien es auch Geschäftskomplexe. Einer vermögensrechtlichen Genossenschaft im vollen Sinne entspricht es, daß sie sich auf das ganze gegenwärtige und zukünftig während der Dauer der Societät noch zu erwerbende Vermögen erstrecken soll. Schon diese Betrachtung legt es nahe, daß die *societas omnium bonorum* die ursprüngliche sei. In der äußersten Beschränkung der *societas* auf ein einzelnes, vielleicht unbedeutendes Geschäft oder eine einzelne, vielleicht ziemlich wertlose Sache verflüchtigt sich praktisch der Begriff der Genossenschaft: in voller ursprünglicher Stärke tritt er in der *societas omnium bonorum* hervor. Auch äußere Indizien sprechen dafür, daß sie die älteste war. In den Ediktskommentaren ist, worauf Lenel aufmerksam gemacht, die *societas omnium bonorum* vorangestellt, von ihr wird ausgegangen, was, mag man nun annehmen, daß die Formel der *actio pro socio* für die *societas omnium bonorum* als den Musterfall abgefaßt war[1] oder nicht, doch darauf hinweist,[2] daß sie nach der Überlieferung die älteste Figur der *societas* war. Auch daß man die Bestimmung des Edikts über das *beneficium competentiae,* obwohl es allem Anschein nach ganz allgemein lautete,[3] bis auf Sabinus nur auf den *socius omnium bonorum* bezog, läßt erkennen, wie man in republikanischer Zeit in der *societas omnium bonorum* das Prototyp der Societät sah.

Der *societas omnium bonorum* nun hat man in neuerer Zeit einen familienartigen Charakter vindizieren wollen, sie sei die fortgesetzte Erbgemeinschaft, aus dem alten Erbkonsortium der Brüder oder sonstigen Agnaten hervorgegangen.[4] Wenn nun auch zugegeben werden mag, daß unter Verwandten

[1] So Lenel, Ed. p. S. 237. Dernburg, Pandekten II, 2. Aufl., S. 331.

[2] So auch Pernice in d. Sitzungsber. der K. Pr. Akad. der Wissensch. 1886, S. 1195.

[3] Hätte das Edikt den *socius omnium bonorum* genannt, so hätten die, welche für die Beschränkung des *beneficium* auf ihn waren, sich auf den Wortlaut des Edikts berufen können. Daß sie dies nicht konnten, zeigen die Worte in l. 16 D. de re iudicata 42, 1: *socium autem omnium bonorum accipiendum est*, bezüglich welcher zu bemerken ist, daß man in den Ausgaben das *socium*, als aus dem Edikt herrührend, mit Anführungszeichen *(„socium")* versehen sollte. Man nahm also an, daß der Prätor das *„socium"* im Edikt vom *socius omnium bonorum* verstanden habe. Sabinus aber und die ihm Beistimmenden waren für eine Ausdehnung der Bestimmung auf andere *socii*.

[4] Lastig in Goldschmidts Ztschr. für Handelsr. XXIV (1879), S. 427 ff. Leist, Zur Gesch. der röm. *societas*, nam. S. 19 ff. Dernburg, Pandekten II², S. 331.

zuerst und besonders häufig eine *societas omnium bonorum* abgeschlossen sein mag, so ist doch zu leugnen, daß jenes Erbkonsortium irgendwie das Vorbild für die rechtliche Gestaltung der *societas omnium bonorum* geworden sei. Selbst A. Pernice, welcher die *societas quaestuaria* aus anderer Wurzel herleiten will, faßt die *societas omnium bonorum* als eine Nachbildung des Erbenkonsortium auf und will sie mit diesem, nicht mit der Erwerbsgesellschaft in engere Beziehung bringen.[1] Meines Erachtens findet sich in dem Recht der *societas omnium bonorum* kein Satz, welcher zu der Annahme nötigte, ja dieselbe nur nahe legte, daß die *societas* aus dem erbrechtlichen *consortium* erwachsen sei, wohl aber bestehen zwischen beiden bedeutungsvolle Unterschiede. Das *consortium* zwischen den Miterben wird nicht durch den Tod eines von ihnen aufgelöst, es besteht vielmehr nicht allein unter den überlebenden Miterben fort, sondern geht auch auf die Erben des Gestorbenen über. Weiterer Erwerb solcher in ungeteilter Gemeinschaft verbliebenen Erben fällt aber keineswegs ohne weiteres in diese Gemeinschaft. Das erbrechtliche *consortium* ferner wird nicht etwa durch bloße Kündigung, *renuntiatio,* sondern durch Teilung aufgehoben. Auch durch *capitis diminutio minima* eines Miterben, z. B. durch *in manum conventio* einer der Schwestern, Arrogiertwerden eines der Brüder, wird keineswegs ohne weiteres die Erbgemeinschaft mit den übrigen Miterben aufgehoben sein, vielmehr werden die Rechte des *capite diminutus* an der *communis hereditas* auf den Gewalthaber übergegangen sein. Kondemnation eines der Miterben im *familiae erciscundae iudicium* hat nie Infamie desselben zur Folge gehabt. Bei der Teilung unter den Miterben spielt immer noch das *pietatis officium* eine gewisse Rolle. Vergleichen wir nun damit das Wesen und die rechtliche Gestaltung der *societas omnium bonorum.* Mag sie immerhin unter Verwandten häufiger und leichter abgeschlossen werden, als unter anderen, so ist doch nie die Verwandtschaft das sie konstituierende und gestaltende Moment. Das Motiv, aus welchem Geschwister in ungeteilter Erbgemeinschaft bleiben, wird häufig lediglich der Wunsch der Fortdauer des engen Familienzusammenhangs, die verwandtschaftliche Pietät sein. Die Societät aber, auch die *societas omnium bonorum,* ist, wie Ihering[2] mit Recht sagt, ein selbstnütziges Verhältnis: diejenigen, welche sie abschließen, glauben mit vereinigten Mitteln ihre ökonomischen Zwecke besser erreichen und besser leben zu können, als jeder mit seinem beschränkten Vermögen für sich. Dadurch, daß sie sich als Vermögensgenossen vereinigen, übernimmt aber jeder dem andern gegenüber eine Eigenschaft, ein Treuverhältnis. Der Gegensatz der Societät gegen andere Obligationen ist nicht etwa darin zu finden, daß die Societät, sofern sie gekündigt werden könne, gar nicht obligiere: das Sociussein, die Eigenschaft als *socius,* solange sie dauert, bringt Verpflichtung zu Leistungen hervor, welche bestehen bleiben, auch wenn die Societät für die Zukunft aufgehoben wird. Das Sein selbst aber, die Eigenschaft, welche mit dem Abschluß der Societät übernommen ist, ist einmal an das Leben aller *socii* geknüpft. Stirbt einer, so geht das Sociussein nicht bloß nicht auf seine Erben über, sondern hört auch für die übrigen *socii* auf, denn durch das Wegfallen auch nur eines *socius* kann auch für die Übrigbleibenden die Situation so wesentlich verändert sein, daß sie unter diesen veränderten Umständen die Societät miteinander nicht abgeschlossen haben würden.[3] Es

[1] Labeo I, S. 444 f. Ztschr. d. Savignystift. III, S. 87 ff.
[2] Der Zweck im Rechte I, S. 213 ff.
[3] § 5 I. de societate 3, 25. L. 65 § 9 D. pro socio 17, 2.

ist ferner die Übernahme der Eigenschaft eines *socius* keine unwiderrufliche: für die Zukunft kann jeder durch Aufkündigung[1] gegenüber den anderen sich von dieser Eigenschaft freimachen, und auch dadurch wird, aus denselben Gründen, die Societät für die übrigen aufgelöst. Solche Kündigung kann auf völlig genügenden Gründen beruhen: das Vertrauen unter den *socii* kann völlig geschwunden sein; die Situation, mit Rücksicht auf welche sie die Societät eingegangen sind, kann sich gänzlich geändert haben. Auch durch *capitis diminutio,*[2] zunächst *maxima* und *media,* eines *socius* löst sich die Societät auf. War die Societät zwar *iuris gentium* und konnte sie daher auch mit Peregrinen abgeschlossen werden, so ist sie doch aufgekommen im römischen Leben selbst, und hatte ein *civis* mit einem andern eine Societät abgeschlossen, so war jedenfalls der Verlust des Bürgerrechts, das Gehen ins Exil eine solche Veränderung in dessen Stellung, daß sie füglich, wie der Tod, die Auflösung der Societät bewirkte. Aber auch durch *capitis diminutio minima* mußte eine *societas omnium bonorum* aufgelöst werden. Eine solche gegenwärtige *societas* konnte natürlich nur ein *homo sui iuris* abschließen: ein *homo alieni iuris* kann kein selbständiges Vermögen haben, folglich auch keine Societät bezüglich desselben eingehen. Daraus folgt weiter, daß, wenn ein Mann oder eine Frau, welche eine *societas omnium bonorum* abgeschlossen hatten, durch Arrogation von seiten eines Dritten oder durch *in manum conventio* ihre vermögensrechtliche Selbständigkeit verloren, dadurch die *societas omnium bonorum* aufgehoben werden mußte. Wesentlich anders lag die Sache nach dem Aufkommen der Pekulien bezw. der *actio de peculio* gegen den Gewalthaber. Jetzt konnte der Haussohn Societäten abschließen mit Bezug auf sein *peculium,* und jetzt mußte auch der Satz, daß die Societät durch eine *capitis diminutio minima* eines der *socii* aufgelöst werde, zweifelhaft werden. Theoretisch mochte er noch von Einigen vorgetragen werden, so von Gaius, welcher aber durch seine Ausdrucksweise III, 153: *Dicitur etiam capitis deminutione solvi societatem* zeigt, daß er den Satz vorträgt als einen überlieferten, nicht als einen durch seine innere Wahrheit überzeugenden. Wer diesen Satz noch annahm, konnte die von einem *filiusfamilias* abgeschlossene und nach der Emancipation fortgesetzte Societät in der Fortsetzung nur als eine *nova societas,* welche auf neuen Konsens sich stützte, ansehen. Wer den Satz aber aufgegeben hatte, konnte mit Julian[3] annehmen, daß nach Emancipation und Arrogation diieselbe Societät fortdauere. — Ein merkwürdiger, für die *societas omnium bonorum* noch später geltender Satz ist der von Paulus in l. 1 § 1 D. pro socio 17, 2 vorgetragene, daß mit der Eingehung derselben sofort die bisher jedem der *socii* gehörigen Sachen in ihr gegenseitiges Miteigentum übergehen. Auch das später Erworbene fällt bei solcher *societas omnium bonorum* unmittelbar in die Kommunion. Der Satz war ein altüberlieferter, dessen Erklärung wohl schon der Jurisprudenz der Kaiserzeit Schwierigkeit machte. Gaius legt ihn sich in l. 2 D. eod. tit. so zurecht: *quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire.* Das ist nichts weiter als eine rationalistische Motivierung eines Satzes, dessen innere Bedeutung dem Bewußtsein der Zeit abhanden gekommen war. Der Satz erklärt sich daraus, daß, wer eine *societas omnium bonorum* mit einem andern eingeht, sich nicht bloß zu irgend welchen Leistungen dem andern gegenüber

[1] § 4 I. eod. tit. L. 4 § 1, l. 63 § 10 D. eod. tit. u. a. St.
[2] Vgl. die in d. vorigen Anmerkung citierten Stellen u. Gai. III, 153.
[3] L. 58 § 2, l. 65 § 11 D. eod. tit.

verpflichtet, sondern eine Eigenschaft, eine Stellung, ein Sein dem andern gegenüber übernimmt: jeder will sein Vermögen nicht mehr ausschließlich für sich haben, sondern er will von nun an allgemein vermögensrechtlicher Genosse des andern sein. Nicht unwahrscheinlich ist es auch, daß die *societas omnium bonorum* ursprünglich nicht durch den bloßen Konsens abgeschlossen werden konnte, sondern daß ein reales Moment sich mit dem Konsens verbinden mußte. Darauf deutet der für den Abschluß einer Societät noch später gebräuchliche Ausdruck *coire* hin. Vielleicht war zum bindenden Abschluß einer *societas omnium bonorum* ursprünglich die Begründung eines gemeinsamen Lebens der *socii*, das Beziehen einer gemeinsamen Wohnung erforderlich. Die Begründung eines solchen vermögensrechtlichen Genosseseins hatte nicht bloß obligatorische, es hatte unmittelbar dingliche Wirkung: es erschien als überflüssig, ja eigentlich als begriffswidrig, daß die zu Genossen gewordenen erst noch das bis dahin jedem für sich gehörige besonders kommunizieren müßten. Es bedarf also nicht der Heranziehung des Erbenkonsortiums als Vorbildes der *societas omnium bonorum*, um jenen Satz zu erklären. Wer es übernimmt, allgemeiner Vermögensgenosse eines andern zu sein, übernimmt damit eine besondere Treustellung. Den zu hintergehen, auf dessen Hilfe der andere rechnen konnte, gegen dessen ganz unerwartete Treuverletzungen der andere aller Schutzwehren ermangelt, ist Zeichen besonders ehrloser Gesinnung (Cic. pro Rosc. A. 40, 116: *Tecti esse ad alienos possumus: intimi multa apertiora videant necesse est. socium vero cavere qui possumus? quem etiam si metuimus, ius officii laedimus).* Dies erklärt es völlig ausreichend, daß das Societätsverhältnis als *ius quodammodo fraternitatis* in sich schließend bezeichnet wird, und daß die Verurteilung wegen Verletzung der schuldigen *fides* die Infamie nach sich zog; auch hier braucht man zur Erklärung nicht zur Vorbildlichkeit des *consortium* zu greifen. — Es soll sich endlich auch der Satz, daß die Gesellschafter bei der Besorgung der gemeinsamen Angelegenheiten einander nur für eine solche *diligentia* einstehen, *qualem suis rebus adhibere solent*, nach Dernburg[1] durch den familienartigen Charakter der alten *societas* erklären, welcher Satz sich auf merkantile Genossenschaften, für welche er nicht passe, nur traditionell vererbt habe. Nun ist ja richtig, daß Familiengenossen gegenüber eine größere Nachsicht in den Anforderungen natürlich ist, welche Betrachtung es allenfalls rechtfertigen würde, daß ein Familiengenosse dem andern nur für *dolus* und *lata culpa* einstehe, wogegen andererseits doch auch wieder zu erwägen wäre, daß Familiengenossen gegenüber auch eine sorgfältigere Rücksichtnahme auf ihre Interessen natürlich erscheint, woraus hergeleitet werden könnte, daß ihnen gegenüber eine größere, als die gewöhnliche, Diligenz prästiert werden müsse. Auf alle Fälle aber kann durch einen etwaigen familienartigen Charakter der Societät nicht die eigentümliche Haftung für die *diligentia, qualem suis rebus adhibere solet* erklärt werden. Sie hat einen andern Grund, welcher von Paulus in l. 25 § 16 D. fam. ercisc. 10, 2 in den Worten angedeutet ist: *non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias, quoniam hic propter suam partem causam habet gerendi et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit: talem igitur diligentiam praestare debet qualem in suis rebus.* Die Societät ist ein selbstnütziges Verhältnis: wer in den gemeinsamen Angelegenheiten thätig wird, will nicht in fremdem Interesse thätig werden, sondern in den eigenen,

[1] Pandekten II[3], § 125, S. 335.

mit denen freilich hier fremde untrennbar verbunden sind. aber die *causa gerendi* ist hier doch immer das eigene Interesse an den gemeinsamen Angelegenheiten. Aus diesem Grunde kann der eine *socius* dem andern keinen Vorwurf daraus machen, daß dieser bei der Verwaltung der Societätsangelegenheiten Versehen und Nachlässigkeiten begangen, wie sie auch bei der Besorgung seiner eigenen Angelegenheit vorzukommen pflegen.

Im römischen Leben sind neben der *societas omnium bonorum* andere Figuren der Societät aufgekommen, mit beschränkteren Societätszwecken. Man darf annehmen, daß die, deren Zweck dem der *societas omnium bonorum* an Umfang am nächsten kommt, früher aufgekommen sind, als die, deren Umfang ein beschränkterer ist, wenngleich, nachdem man einmal Societäten mit beschränkterem Umfang zugelassen, der zeitliche Unterschied zwischen dem Aufkommen der einzelnen Figuren kein großer sein mag. Der Gedanke, daß man mit vereinten Vermögenskräften bessere, vorteilhaftere Resultate erzielen könne, als mit gesonderten, mußte sich im römischen Gewerbs- und Handelsleben geltend machen. Diesen Antrieben verdankt die sogenannte *societas quaestus* ihre Entstehung, bei welcher aller Gewinn und Verlust, welcher *ex quaestu* herrührt, gemeinschaftlich sein soll, d. h. aus Erwerb durch Thätigkeit, *opera*. Ausgeschlossen von der *societas quaestus* ist also aller Erwerb, welcher durch Erbschaften, Vermächtnisse, Schenkungen unter Lebenden und auf den Todesfall gemacht wird.[1] *Societates quaestus* wurden begreiflicherweise bald viel häufiger abgeschlossen, als *societates omnium bonorum*, und so erklärt es sich, daß später, wenn eine *societas* simpliciter abgeschlossen war, eine *societas quaestus* angenommen wurde (l. 7 D. h. t.). eine *societas omnium bonorum* mit ihren besonderen Folgen wurde nur angenommen, wenn sie specialiter abgeschlossen war (l. 3 § 1 D. h. t.). Weiter kamen dann Societäten auf, nach welchen Gewinn und Verlust aus einem einzelnen Erwerbszweige, z. B. der *sagaria negotiatio* oder einem Bankgeschäft (*argentaria societas*), gemeinschaftlich sein sollte, oder welche gar auf ein einzelnes *commune negotium* oder das gemeinschaftliche Haben einzelner Sachen beschränkt waren. Auf einzelne Geschäfte beschränkte Societäten sind schon Cato bekannt, er erwähnt Societäten bezüglich der Übernahme ländlicher Arbeiten (*locatio conductio operis*). Wenn ursprünglich für das Zustandekommen einer *societas omnium bonorum* das bezeichnete reale Moment gefordert wurde, so muß doch seit dem Aufkommen von Societäten mit beschränkterem Umfang der bloße, genügend kundgegebene Konsens der Parteien als das perficierende Moment anerkannt sein. Eine gewaltige Rolle haben die Societäten der Publikanen im staatlichen Vermögensverkehr der Römer gespielt, aber diese Societäten, welche die Erhebung der *vectigalia publica* und die Befriedigung der regelmäßigen Gemeindebedürfnisse. insbesondere die Instandhaltung der öffentlichen Gebäude pachteten, waren anfänglich wohl nichts weiter, wie gewöhnliche Societäten, welche gerade zur Übernahme derartiger Geschäfte abgeschlossen wurden, der Staat brauchte die gewöhnlichen Privatassociationen für seine Zwecke. Je ausgedehnter aber das System

[1] L. 8—13 D. pro socio 17, 2. Die von Ulpian in l. 9 cod. tit. zur Begründung hinzugefügten Worte: *quia non sine causa obveniunt, sed ob meritum aliquod accedunt*, sind keineswegs albern: sie sollen sagen, daß Erbschaften, Vermächtnisse etc. aus persönlicher Zuneigung des Erblassers wegen persönlicher Verdienste des Bedachten gegen ihn hinterlassen zu werden pflegen, daß also das speziell der Person des Begünstigten Vermachte auch dessen Person verbleiben müsse und nicht der *societas quaestus* mitgeteilt zu werden brauche. Vgl. noch l. 71 § 1 D. cod. tit. L. 45 § 2 D. de a. v. o. h. 29, 2.

der indirekten Einziehung der Staatseinkünfte durch das Anwachsen der Zahl der Provinzen wurde, je umfangreicher die Bedürfnisse wurden, deren Befriedigung an solche Gesellschaften verpachtet wurde, desto mehr stieg das Interesse des Staats an der Stabilität und Leistungsfähigkeit derselben, es bildete sich wohl hauptsächlich durch die Staatspraxis ein besonderes Recht für diese Societäten aus,[1] und so entstand erst der Unterschied der *societates voluntariae* oder *privatae* und der Gesellschaften der Publikanen. Immer aber scheinen die Römer nur Societäten zu irgend welchen Vermögenszwecken gekannt zu haben; keine zu anderen Zwecken, wie Förderung von Wissenschaft, Kunst, Religion u. s. w. auf gemeinsame Kosten. Vereine zu solchen anderweitigen Zwecken sind nicht in der Gestalt von *societates voluntariae* aufgetreten. —

Sobald aber Societäten mit beschränkteren Zwecken, als die *societates omnium bonorum*, aufgekommen waren, mußte sich auch der Satz feststellen, daß jeder *socius* zur Verfolgung der *communia negotia* irgend etwas beitragen, *conferre*, müsse. Diese Beiträge hatten ursprünglich wohl nur in Einlagen: Geld oder Geldeswert zu bestehen, und da das Prinzip der Gleichheit, welches die Societät beherrscht, in alter Zeit wohl mechanischer gehandhabt wurde, wie später, wie es noch darin hervortritt, daß Q. Mucius, ein Vertreter altrepublikanischer Anschauungen, eine Societät für rechtlich unmöglich hielt, bei welcher ein *socius* einen andern Anteil am *lucrum* als am *damnum* haben sollte, da auch später noch die Anteile der *socii* an Gewinn und Verlust, wenn nichts Anderes ausdrücklich ausgemacht ist, *aequae*, d. h. absolut gleiche sein sollen, so könnte man auf den Gedanken kommen, daß ursprünglich auch die Einlagen von gleicher Größe sein mußten.[2] Wie dem aber auch sein mochte, es könnte nicht daran festgehalten sein, seitdem Einlagen in anderer Weise möglich wurden. Auch als Societäten mit besschränkteren Zwecken aufgekommen waren, wurden die Kapitaleinlagen, mit welchen die *communia negotia* betrieben werden sollten, zu gemeinsamem Eigentum gemacht. Dennächst wurden aber auch Societäten eingegangen, bei welchen nicht das Kapital des Eingeschossenen, sondern nur der Genuß desselben oder der damit zu erzielende Gewinn sowie der sich etwa ergebende Schaden gemeinschaftlich sein sollte. Es war das entschieden ein Fortschritt in der Ausbildung des Societätsgedankens, denn jetzt wurden auch Gesellschaften möglich, bei welchen der *socius* nicht durch Kapital, sondern durch *opera*, *industria*, *gratia* zur Erreichung des Societätszwecks beitrug, denn die *opera* entspricht den Zinsen des von der andern Seite eingeschossenen Kapitals. Bei solchen Geschäften konnte entschieden nicht an der gleichen Größe des Beitrags festgehalten werden, und es mußten hier

[1] Fraglich ist, wie die Äußerung des Tacitus ann. 13, 50: *plerasque vectigalium societates a consulibus et tribunis plebis constitutas* zu verstehen sei. Sie deutet doch auf eine Beteiligung der Magistrate bei der Bildung dieser Societäten hin. Worin sie aber bestand, ob in einer Genehmigung des Gründungsvertrags oder worin sonst, bleibt fraglich. Daß der *locator operis* auch auf Eingehung von Societäten von seiten des *redemptor* durch Bestimmungen in den vorher bekannt gemachten Lokationsbedingungen einwirken konnte, zeigt Cato de agricultura c. CXLV: — *socium nequem habeto, nisi quem dominus iusserit aut custos.* Bei den öffentlichen Lokationen würde vor allem der Censor imstande gewesen sein, derartige Einwirkungen auf die Societäten der Publikanen auszuüben. An diese Art der Einwirkung kann aber Tacitus bei der Nennung der *consules* und *tribuni plebis*, welche doch nicht regelmäßig solche Lokationen vorzunehmen hatten, nicht gedacht haben. Vgl. Mommsen, Staatsr. II, 1[3], S. 102, A. 1.

[2] Vgl. A. Pernice in d. Ztschr. der Savignystiftung III, S. 96.

die *partes* der *socii* am *lucrum* und *damnum* dem Werte des Beitrags entsprechend verhältnismäßig durch besondere Beredung festgesetzt werden. Da bei solcher Gesellschaft, bei welcher von der einen Seite Kapital, von der andern *opera* eingeschossen wird, in der *opera* gerade der Beitrag des betreffenden *socius* bestand, so scheint man bezüglich der *opera* strengere Grundsätze über die zu prästierende *culpa* aufgestellt zu haben; man wollte hier den betreffenden *socius* nicht, wie gewöhnlich, nur für *diligentia quam suis*, sondern streng für *levis culpa* haften lassen. Wenigstens scheint das Celsus verteidigt zu haben in l. 52 § 2 D. pro socio 17, 2, einer Stelle, auf welche später noch in dem Abschnitt über die *bonae fidei iudicia* einzugehen sein wird.[1] Übrigens möchte ich annehmen, daß man in älterer Zeit ein derartiges Geschäft mit einem *partiarius*, welcher für Herstellung einer Arbeit einen Teil des Ertrags der Sache oder des Hergestellten erhalten sollte, nicht als Societät, sondern als *locatio conductio operis* aufgefaßt habe. Bei Cato ist das noch der Fall. Namentlich in dem Verzeichnis der Rubriken der *capitula* heißt es XVIIII: *Calcem partiario locandam*, CXLV: *Politionem quo pacto redemptori dare debeas*, CXLVI: *Vineam redemptori partiario ut des.* Es wurde eben noch starrer einem Geschäft ein für allemal eine bestimmte Absicht untergelegt. Beim Aufkommen größerer Freiheit in der Auslegung des Parteiwillens sagte man dann, es komme auf die konkreten Umstände an, also darauf, ob im einzelnen Fall der *animus contrahendae societatis* vorliege oder nicht.

Um den verabredeten Gesellschaftszweck zu erreichen, bedarf es eines *administrare societatem*, dessen in den Quellen verschiedentlich Erwähnung geschieht.[2] Darüber, wie die Societät zu administrieren sei, werden die Verabredungen der Parteien zu entscheiden haben. Nach der Beschaffenheit der Beiträge wird sich da eine Bestimmung nicht selten als die naturgemäße ergeben. Wo der eine *opera*, der andere Kapital einschießt, da wird der *opera* Einschießende alles mit der Arbeit Zusammenhängende anzuordnen und zu leiten, der Kapital Einschießende die mit demselben zu machenden Anschaffungen zu machen bezw. Rechnung zu führen haben. Wo beide nur Kapital einschießen, mit welchem bestimmte Geschäfte betrieben werden sollen, da wird, wenn nichts Anderes verabredet ist, an sich jeder *socius* befugt sein, diese Geschäfte mit Dritten abzuschließen: damit aber keine Verwirrung eintrete, wird doch durch Verabredung eine Teilung der Geschäfte eintreten müssen, bezw. die Abschließung der Geschäfte einem[3] oder einigen *sociis* ausschließlich überlassen werden müssen. Die für Rechnung der Societät abzuschließenden Geschäfte wird der geschäftsführende *socius* bei den römischen Grundsätzen über

---

[1] Der Text ist in den Worten *pretium enim operae artis est velamentum* zweifellos verdorben, aber, da die Basiliken (12, 1, 50 p. 751) ihn συνεργείς ἐστι κάλυμμα übersetzen, schon vor Justinian. Es ist wohl zu lesen: *pretium enim operae artisve est emolumentum.* Es sind Silben ausgefallen: das jetzt hinter *artis* fehlende *ve* ist vor *lumentum* geraten, nach *est* konnten von einem Abschreiber die Silben *emo* leicht übersehen werden, und später das etwa am Rande der Handschrift nachgetragene *ve* zur Vervollständigung von *lumentum* bezw. zur Herstellung des keinen Sinn gebenden Worts *velamentum* benutzt werden. *Emolumentum* giebt guten Sinn. Der Preis der *opera* oder *ars* ist der Naturalertrag, an welchem der die *opera* oder *ars* einschießende *socius* partizipiert. Wie ich nachträglich aus Unterholzners Schuldverhältniss. II, S. 389 not. f. ersehe, ist die hier vorgeschlagene Lesung schon von Blume gefunden.

[2] Vgl. z. B. l. 16 pr. D. pro socio 17, 2.

[3] Vgl. l. 29 § 1, l. 52 § 4, § 15, l. 67 pr. § 1, l. 27, l. 28 D. eod. tit.

Stellvertretung vielfach nur auf seinen eigenen Namen haben abschließen können, so daß dann die Gemeinschaftlichmachung der Wirkungen dieser Geschäfte durch spätere Akte zwischen ihm und den anderen *socii* erfolgen mußte. Nicht ausgeschlossen ist auch, daß die Gesellschafter zusammen mit Dritten kontrahieren, auch sich ihnen gegenüber als Korrealschuldner verpflichten. Schlossen sie aber das Geschäft mit dem Dritten, ohne sich korrealiter zu obligieren, so konnte civilrechtlich die Klage aus dem Geschäfte nur zu der Quote, zu welcher sie *socii* waren, gegen sie angestellt werden (vgl. l. 44 § 1 D. de aed. ed. 21, 1: — *quamvis actio ex emto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt*). Nur für die Argentariensocietät galt gewohnheitsrechtlich die Ausnahmsbestimmung, einmal: daß jeder *socius* die Forderung ganz geltend machen konnte (l. 27 pr. D. de pactis 2, 14: — *tantum enim constitutum, ut solidum alter [sc. ex argentariis sociis] petere possit*), sodann: daß jeder eine Societätsschuld ganz zu erfüllen angehalten werden könne (Auctor ad Herenn. 2, 13, 19: *Consuetudine ius est id, quod sine lege aeque ac si legitimum sit, usitatum est; quod genus, id quod argentario tuleris expensum, a socio eius recte expetere possis.*[1] — Was Auslagen und Schäden anlangt, so scheinen nach der strengern ältern Ansicht, welche noch Labeo vertritt,[2] nur diejenigen Kosten, welche unmittelbar zur Verfolgung des Societätszwecks (*in societatem*) gemacht wurden, nicht aber die *propter societatem* gemachten, welche nur mittelbar durch die Societät veranlaßt waren, verhältnismäßig haben ersetzt verlangt werden können.

Über die Beendigungsgründe der Societät ist schon früher, soweit dieselben für die historische Erfassung des Societätsbegriffs von Interesse sind, das Nötige vorgetragen. Doch ist darüber noch Folgendes zu bemerken. Der Erbe eines *socius* ist nicht selbst *socius*, aber natürlich gehen die durch das Sociussein seines Erblassers für diesen bereits begründeten vermögensrechtlichen Ansprüche und Schulden auf ihn über, das ist der Sinn der l. 63 § 8 D. pro socio 17, 2: *In heredem quoque socii pro socio actio competit, quamvis heres socius non sit: licet enim socius non sit, attamen emolumenti successor est.* Aus dem aber, was sich erst nach des *socius* Tode ereignet, kann gegen den Erben desselben weder Anspruch erhoben noch kann daraus eine Schuld desselben abgeleitet werden, abgesehen von den Ansprüchen bezw. Schulden, welche aus dem Miteigentum von Sachen sich ergeben. Daß der Erbe des *socius* auch verpflichtet ist, die von seinem Erblasser bereits begonnenen Geschäfte zu Ende zu führen, daß also bezüglich dessen, was *ex ante gesto pendet*, gegen ihn und für ihn Ansprüche entstehen können, ist wohl kein aus dem alten Civilrecht herrührender Satz. — Wie die auf intempestive Kündigung der Societät sich beziehenden Sätze sich gebildet haben, kann fraglich sein; man kann auf Grund der l. 17 § 2 D. h. t.: *In societate autem coëunda nihil attinet de renuntiatione cavere, quia ipso iure societatis intempestiva renuntiatio in aestimationem venit* vermuten, daß ursprünglich in dem *pactum societatis* bezw. einer ihr angehängten Stipulation intempestive Kündigung als unzulässig bezeichnet bezw. die Folgen derselben angeordnet wurden, und daß dann allmählich durch das Ständigwerden solcher Klauseln die später geltenden Sätze sich gebildet haben.

In einer allgemeinen Aufzählung der Aufhebungsgründe der Societät führt Ulpian auch die *actio* an, l. 63 § 10 D. h. t.: *Societas solvitur ex personis, ex rebus,*

[1] Vgl. Th. Mommsen in der Abh. der K. Sächs. G. der W. III, S. 479 f.
[2] L. 60 § 1 D. pro socio 17, 2.

ex voluntate, ex actione. In l. 65 D. eod. tit. wird dann eine Erläuterung des Proculus angeführt: *hoc ipso, quod iudicium ideo dictatum est, ut societas distrahatur, renuntiatam societatem sive totorum bonorum sive unius rei societas coita sit.* Nur also, wenn in der Anstellung der *actio* der Kündigungswille sich ausspricht, soll danach durch die *actio* die *societas* aufgelöst sein. Das kann aber doch unmöglich der ursprüngliche Sinn des Satzes gewesen sein: *societas solvitur ex actione,* denn daneben steht *societas solvitur ex voluntate.* Wäre die *actio* immer nur als eine mögliche Kundgebung der *renuntiatio* angesehen. so würde sie nicht in der wohl alt überlieferten Aufzählung der Aufhebungsgründe als ein besonderer Grund aufgeführt sein. Halten wir damit zunächst zusammen l. 65 § 15 D. h. t.: *Nonnunquam necessarium est et manente societate agi pro socio, veluti cum societas vectigalium causa coita est propterque varios contractus neutri expediat recedere a societate nec refertur in medium quod ad alterum pervenerit.* Das regelmäßige ist es also nicht, daß die *actio pro socio manente societate* angestellt wird. Nehmen wir noch dazu, daß nach l. 38 pr. D. h. t. Sabinus die *actio pro socio,* wie namentlich auch die *actio tutelae,* zu den *bonae fidei iudicia generalia* zählte, so wird man kaum mit der Annahme irren, daß die *actio pro socio* ursprünglich, wie die *actio tutelae* erst *finita tutela,* erst *finita societate* angestellt werden konnte. Sie sollte alle Ansprüche aus dieser Societät umfassen, was nur, nachdem diese ihr Ziel erreicht hatte, möglich war; ja, es wurde das *iudicium pro socio* als so genereller Natur angesehen, daß für alle unter denselben Personen eingegangenen Societäten ein *iudicium pro socio* ausreichen konnte (l. 52 § 14 D. h. t.: *si plures sint inter eosdem societates coitae, ad omnes societates sufficere hoc unum iudicium constat*). Das Ende der Gesellschaft konnte jeder *socius* willkürlich durch die Anstellung der *actio pro socio* herbeiführen, aber er konnte sie ursprünglich nicht anstellen, ohne notwendig damit die Gesellschaft zu lösen. Daran konnte man im eigenen Interesse der Gesellschafter nicht festhalten, und so kam man zu dem von Proculus aufgestellten Satze, daß nur, wenn die Klage angestellt sei in der Absicht, die *societas* dadurch aufzulösen, die Gesellschaft mit der Anstellung der Klage als gekündigt anzusehen sei. Der Hauptzweck der *actio pro socio* war also und ist auch nach klassischem Recht die *divisio societatis,* die Auseinandersetzung unter den Genossen. Nur, wo es sich um Teilung gemeinschaftlicher Sachen mittels richterlicher Adjudikation handelt, ist die *actio pro socio* nicht dazu verwendbar. sondern es muß dann die *actio communi dividundo* aushelfen. Es kann aber auch während Bestehens der Societät mit *actio pro socio* auf einzelne Leistungen, wie Zahlung geschuldeter Beiträge, geklagt werden. Wahrscheinlich wurde dann durch eine *praescriptio* den nachteiligen Folgen der prozessualischen Konsumtion vorgebeugt. — Man hat gefragt, ob die Worte *pro socio* in der Formel vorgekommen seien. Mit der Annahme Rudorffs,[1] Lenels[2] u. a., daß die *intentio* der *actio pro socio* auf ein *pro socio dare facere oportet* abgestellt gewesen sei, kann ich mich nicht befreunden: ein solcher Zusatz in der *intentio,* welche sich mit dem *quidquid ob eam rem* auf das bereits in der *demonstratio* namhaft gemachte Societätsverhältnis bezog, scheint mir völlig überflüssig, also unmöglich. Die Worte *pro socio* brauchen nicht in der Formel selbst gestanden zu haben, wohl aber im Edikt. Gerade die Formeln der *actiones in ius conceptae,* denen kein sie verheißendes Edikt vorherging, werden unter einer nur

[1] De iurisd. ed. p. 122. [2] D. ed. perp. S. 237.

den technischen Namen der *actio* angebenden Überschrift aufgeführt sein, also die Formel unserer *actio* unter der Überschrift: *Formula* oder *actio pro socio. Agere pro socio* heißt: als *socius*, kraft seiner Eigenschaft als *socius* klagen. Vielleicht, daß auch die *demonstratio* eine von der der anderen *bonae fidei actiones* abweichende Fassung erhielt und geradezu die Eigenschaft bezeichnete, kraft welcher der Kläger auftrat: *Quod A^us A^us N° N° socius omnium bonorum est* oder *fuit, quidquid* etc. Solche Fassung würde die Wahl der Bezeichnung der *actio* als *pro socio actio* noch besser erklären, sie würde auch dem Wesen der Societät als einer Obligation, welche in der Übernahme einer Eigenschaft, eines Seins besteht, am besten entsprechen.

Es ist schließlich noch einer sehr merkwürdigen Verwendung des Societätsbegriffs Erwähnung zu thun. Es wird berichtet, es sei im römischen Leben die Unsitte eingerissen, daß die Patrone von ihren Freigelassenen, welche ihnen immer *obsequium* und *honor* schuldeten, die härtesten Dinge gefordert und dadurch ihnen die Freiheit verkümmert hätten. Gegen dieses Unwesen schritt ein Prätor Servius ein, aber er erklärte doch in dem betreffenden Edikt,[1] daß er immer noch außer der *operarum actio* die *societatis actio* gewähren werde. Es war damals gebräuchlich, daß der Patron mit dem Liberten den Vertrag schloß, daß, wenn der *libertus* ihm nicht das schuldige *obsequium* prästiere, der Patron als *socius* (zur Hälfte) in das Vermögen des *libertus* eintreten solle. Begreiflicherweise hat man die Frage aufgeworfen, ob denn in solchem Vertrage überhaupt eine gültige Societät sich erkennen lasse. A. Schmidt[2] hat dieselbe auf historischem Wege lösen wollen: die Verwerfung der *societas leonina* sei keineswegs zu allen Zeiten anerkannt gewesen, sie sei vielmehr erst das Werk der späteren entwickelten Jurisprudenz. Es ist indessen keineswegs erwiesen, daß die älteren römischen Juristen die sogenannte *societas leonina* jemals als eine wirkliche Societät und als gültig angesehen haben; und wenn die späteren Juristen jenen Societätsvertrag des Patrons mit dem *libertus* als *ipso iure* ungültig betrachteten, so hatten sich zu ihrer Zeit die Anschauungen über das Verhältnis des Freigelassenen zum Patron schon wesentlich geändert. Pernice[3] sagt, die Klage hieße nicht *actio pro socio*, sondern *actio societatis*, auf Gemeinschaft, nicht aus Gemeinschaft; aber er berücksichtigt dabei einmal nicht, daß auch sonst wohl die *actio pro socio* von den römischen Juristen als *societatis iudicium, societatis actio* bezeichnet wird (vgl. l. 34, l. 52 § 8, l. 71 pr. D. pro socio 17, 2), sodann, daß in l. 1 § 7 D. quarum rerum actio non datur 44, 5 die Klage des Patrons als ein *pro socio agere* bezeichnet wird. Die Frage ist, was dachte man sich als das *damnum*, welches der Patron bei dieser Societät trage, was als *lucrum* des *libertus*. Ich meine, dies liegt angedeutet in der Bedingung, unter welcher die Societät abgeschlossen wurde: *ut, nisi ei obsequium praestaret libertus, in societatem admitteretur patronus.* Der Patron büßt mit dem Eintritt der Societät die auf Grund des *obsequium* ihm gebührenden Prästationen ein, der *libertus* lukriert dieselben. Da aber nach der immer mehr durchdringenden Anschauung die *durissimae res*, welche die Patrone unter dem Prätext des ihnen gebührenden *obsequium* von den Liberten forderten, als ein ungebührliches *onerare libertatem* erschienen, so mußte auch jene Societät mehr und mehr als eine bloße *imago societatis*, als bloßer

[1] L. 1 § 1 D. de bonis libert. 38, 2.
[2] Pflichtteilsr. des Patrons S. 9 f., A. 22.
[3] Ztschr. d. Savignystift. III, S. 101 ff.

Schein einer Societät angesehen werden (l. 1 § 2 D. de bonis libert. 38, 2: — *videlicet enim imago societatis induxit eiusdem partis praestationem, ut, quod vivus solebat societatis nomine praestare, id post mortem praestaret*). Die Prätoren gewährten später gegen die *actio pro socio* des Patrons die *exceptio onerandae libertatis causa,* Juristen der Kaiserzeit bezeichnen sie wohl, weil solcher Societätsvertrag inhonest sei, als *ipso iure* ungültig (l. 36 D. de op. libert. 38, 1; l. 1 §§ 7 u. 8 D. quar. rer. 44, 5).

β. Das *mandatum.*

§ 61. Das Mandat gehört, wie die *societas*, zu den Obligationen, welche nicht bloß zu Leistungen an die andere Partei verpflichten, sondern in der Übernahme einer Eigenschaft in Bezug auf dieselbe bestehen: es besteht in der Übernahme eines von der andern übertragenen *officium,* nämlich des *officium,* in Vertretung der andern, für die andere ein Geschäft oder einen Komplex von Geschäften zu besorgen. Wie die Societät auf besonderem Vertrauen unter den sie Abschließenden beruht, so auch das Mandat. Aus Freundschaft wird unentgeltlich das angesonnene *officium* übernommen; nur einem, dem man besonders vertraut, wird es übertragen (Cic. pro S. Roscio Amerino 39, 112: — *neque mandat quisquam fere nisi amico: neque credit, nisi ei, quem fidelem putat*). Aus dieser Ähnlichkeit des Grundcharakters beider Verhältnisse erklären sich so manche für sie geltende übereinstimmende Rechtssätze. Wie die *actio pro socio,* gehört die *actio mandati* gegen den Beauftragten nicht bloß zu den gewöhnlichen *bonae fidei iudicia,* sondern zu den *iudicia de fide mala,* wie Cicero sie nennt. — Die Täuschung des Vertrauens, welches der Mandant durch Übertragung des Officiums, ihn zu vertreten, dem Mandatar erwiesen, gilt als besonders ehrlos, die *condemnatio* zog daher hier auch die Infamie nach sich, er hat damit ein Attentat begangen auf die feste Grundlage der Treue, worauf das ganze Verkehrsleben beruht (Cic. p. Rosc. A. 38, 111: — *quam [sc. fidem amicorum] qui laedit, oppugnat omnium commune praesidium, et, quantum in ipso est, disturbat vitae societatem.* 39, 112: *Ergo idcirco turpis haec culpa est, quod duas res sanctissimas violat, amicitiam et fidem.* — — *Perditissimi est igitur hominis, simul et amicitiam dissolvere, et fallere eum, qui laesus non esset, nisi credidisset*). Die durch das Mandat übertragene und übernommene Eigenschaft (das *officium*) kann aber vor der völligen Vollziehung des Auftrags, ebenso wie die Societät vor der Erreichung ihres Zweckes, ihr Ende erreichen, ohne daß aber dadurch die durch den bisherigen Bestand des *officium* bereits begründeten Ansprüche und Verpflichtungen aufgehoben würden. Vertrauen und Freundschaft, worauf das Mandat beruht, können schwinden; auch das Interesse, aus welchem das Mandat erteilt ist, kann wegfallen; es steht daher beiden das Kündigungsrecht zu. Welche Beschränkungen dieses Recht erleidet, ist hier noch nicht ins Auge zu fassen. Nur läßt sich schon hier sagen, daß das Kündigungsrecht des Mandatars, der das *officium* übernommen hat, naturgemäß ein beschränkteres ist, als das des Mandanten. Auch durch den Tod des Mandanten oder des Mandatars hört das Verhältnis auf; denn persönliches Vertrauen und Freundschaft vererben sich nicht: der Mandatar hat das *officium* nur der Person des Mandanten gegenüber übernommen, und der Mandant hat sein Vertrauen nur der Person des Mandatars geschenkt, sowie andererseits es den Erben des Mandatars nicht zugemutet werden kann, in ein von ihrem Erblasser übernommenes Freundesamt einzurücken.

Die Mandatsobligation gehört nicht zu den ältesten. Das Aufkommen derselben setzt schon Verkehrsverhältnisse voraus, in welchen der Einzelne nicht mehr imstande ist, die für die Verwaltung seines Interessenkreises erforderlichen Geschäfte rechtlicher und faktischer Natur unter allen Umständen selbst vorzunehmen oder sie durch zu seinem engern Haus- und Familienkreise gehörige Personen vornehmen zu lassen. Das römische Herrschaftsgebiet mußte sich durch Vermehrung der ursprünglichen Zahl der lokalen *tribus* schon ausgedehnt haben, so daß viele Römer in die Lage kamen, ihre Heimat auf längere Zeit und auf größere Entfernungen zu verlassen, um in der Ferne ihre Angelegenheiten wahrzunehmen, ehe das Verkehrsbedürfnis hervortreten konnte, den Auftrag, der ja *„originem ex officio atque amicitia trahit"*, zu einem Rechtsverhältnis zu gestalten. In eine ziemlich späte Zeit müßte man nun die Entstehung des Mandats als eines Rechtsgeschäfts herabrücken, wenn es wahr wäre, daß sich das Vorkommen von „Klagen pönalen Charakters gegen bestimmte treulose Handlungen eines Mandatars nur dadurch erkläre, daß zur Zeit ihrer Anwendung noch eine allgemeine Kontraktsklage aus dem Mandat nicht existierte".[1] Am offensichtlichsten ist das haltlos in Bezug auf die *lex Publilia*, nach welcher der *sponsor*, der für den Hauptschuldner gezahlt hatte, wenn ihm der Schuldner diese Summe nicht binnen sechs Monaten ersetzt hatte, seinen Regreßanspruch mit der *legis actio per manus iniectionem pro iudicato* geltend machen konnte.[2] Daraus, daß, um im Geldverkehr unter römischen Bürgern den Personalkredit zu heben, dem *sponsor*, dem spezifisch römischen Bürgen, zur Geltendmachung seines Regreßanspruchs gegen den Hauptschuldner ein besonders strenges Rechtsmittel gewährt wurde, darf doch nicht geschlossen werden, daß damals ihm und anderen Bürgen die *actio mandati* noch nicht zugestanden habe, bezw. daß es die auf ein ungleich weiteres Anwendungsgebiet sich beziehende *actio mandati* noch nicht gegeben habe. Mehr Bedeutung hat die Verweisung auf eine andere Klage. Die *lex Aquilia* gewährte in ihrem zweiten Kapitel gegen den *adstipulator*, welcher seine Vertrauensstellung dazu mißbrauchte, um dem Schuldner die Schuld durch Acceptilation zu erlassen, eine Klage auf den dadurch angerichteten Schaden *(quanti ea res est)*. Gaius bezeichnet diese Klage als unnötig, da die *actio mandati* zu jenem Zweck ausreiche, und hier scheint die Annahme gerechtfertigter, daß „die Klage aus dem Mandat bei Erlaß jenes Spezialgesetzes noch nicht bekannt war".[3] Mir scheint die Sache dennoch anders zu liegen. Unter dem *adstipulator* verstehen die Römer denjenigen, welcher auf Auftrag des Hauptstipulators sich durch Stipulation vom Schuldner dasselbe, wie der Hauptgläubiger, versprechen läßt, er ist ein accessorischer Gläubiger. Gaius belehrt uns III § 117, daß man den *adstipulator* fast nur dann zuziehe, wenn der Hauptstipulator sich versprechen lassen will, *ut aliquid post mortem nostram detur*. Weil eine solche Stipulation wirkungslos war, wurde der *adstipulator* zugezogen, damit dieser nach dem Tode des *stipulator* klagen konnte. Der Auftrag an den *adstipulator* ging also dahin, nach dem Tode des Mandanten (des *stipulator*) etwas vorzunehmen. Nach dem Recht der Kaiserzeit ist ein solches Mandat gültig, und so sagt denn auch Gaius für unsern Fall: *qui* (der *adstipulator*) *si quid fuerit con-*

[1] Dernburg, Geschichte u. Theorie d. Kompensation, 2. Aufl., S. 53. [2] Gai. IV, 22.
[3] Dernburg, a. a. O. S. 54. Iherino, Schuldmoment S. 34. Ubbelohde, Zur Gesch. der bemannten Realkontrakte S. 44 u. a.

secutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi [meo] tenetur. Es ist aber selbst für die Kaiserzeit fraglich, wie weit man einen solchen Auftrag für wirksam gehalten. Paulus in l. 108 D. de solut. 46, 3 unterscheidet: in dem ersten Teil der Stelle spricht er von dem dem *adstipulator* erteilten Auftrag, sich eine Leistung *post mortem* des Mandanten versprechen zu lassen, und erklärt ihn für wirksam. Im zweiten Teile der Stelle dagegen erklärt er das dem Schuldner erteilte Mandat, nach dem Tode des Gläubigers einem andern zu zahlen bezw. das diesem erteilte Mandat, sich zahlen zu lassen, mit dem Tod des Mandanten für unwirksam, weil es durch den Tod des Mandanten erlösche. Auf welchen Unterschied zwischen beiden Fällen gründet Paulus seine Entscheidung? Im ersten Fall liegt ein Mandat vor, bei Lebzeiten des *stipulator* etwas zu thun, nämlich sich *idem post mortem stipulatoris dari* versprechen zu lassen. Die Geltendmachung der so schon bei Lebzeiten des Mandanten entstandenen Obligation kann und soll allerdings erst nach dem Tode desselben erfolgen; hier soll aber die volle Ausführung des Mandats, weil nicht mehr *res integra* ist, durch den Tod des Mandanten nicht erlöschen. Im zweiten Fall dagegen soll der Mandatar allererst nach dem Tode des Mandanten etwas vornehmen: hier ist also beim Tode des Mandanten noch *res integra,* also durch denselben das Mandat erloschen. Daß man aber auch gewisse Mandate, nach dem Tode des Mandanten allererst etwas vorzunehmen, in der Kaiserzeit für gültig gehalten habe, kann nach l. 12 § 17, l. 13 D. mandati 17, 1 nicht wohl bezweifelt werden, denn völlig sind diese Stellen gewiß nicht interpoliert. An der Vollziehung des Mandats, *ut post mortem sibi monumentum fieret,* hatte der Mandant ein so höchstpersönliches Interesse, daß man damit über das Bedenken, daß es erst nach seinem Tode geschehen sollte, hinwegkam. Anders liegt die Sache in Bezug auf den in l. 13 cit. erwähnten Fall, und es werden immer Zweifel zurückbleiben, ob hier nicht auf Grund von l. un. C. ut act. et ab hered. 4, 11 eine Interpolation stattgefunden habe. Eine andere Möglichkeit wäre, daß unter den römischen Juristen selbst eine Meinungsverschiedenheit stattgefunden habe, wie weit ein solches *mandatum,* daß nach dem Tode des Mandanten etwas vorgenommen werden solle, zuzulassen sei. Wie aber stellte man sich zu der Frage in republikanischer Zeit kurz nach dem Aufkommen des Mandats als eines Rechtsgeschäfts? Sollte man damals nicht streng daran festgehalten haben, daß nach dem bekannten Tode des Mandanten keine Vollziehung des Mandats mehr stattfinden könne? Dann würde auch trotz Bestehens der Mandatsklage keine Klage der Erben des Mandanten gegen den *adstipulator,* welcher nach dem Tode des Mandanten dem Schuldner die Schuld durch *acceptilatio* erlassen, möglich gewesen sein. Für die hier entwickelte Ansicht spricht noch Folgendes. Noch nach dem Recht der Kaiserzeit ist ungültig das Mandat des Inhalts, daß nach dem Tode des Mandatars etwas vorgenommen werden solle, doch haben die Erben des Mandatars von ihrem Erblasser bereits angefangene Geschäfte, also wenn beim Tode des Mandatars nicht mehr *res integra* ist, zu erledigen (l. 27 § 3 D. mandati 17, 1). Nun heißt es beim Rhetor ad Herenn. 2, 13 § 19: — *M. Drusus, praetor urbanus* (a. u. 639), *quod cum herede mandati ageretur, iudicium reddidit, S. Iulius (praetor urbanus* a. u. 631) *non reddidit.* Soll damit gesagt sein, daß S. Julius noch keine Klage gegen den Erben des Mandatars wegen der bereits gegen den letztern begründeten Ansprüche gewähren wollte? Oder soll es nur heißen, daß er noch keine Klage gegen den Erben, welcher die von seinem Erblasser begonnenen Geschäfte doloserweise

nicht fortgeführt hatte, gewähren wollte? Auch nach späterem Recht können ja die Erben des Vormunds nur aus *dolus* desselben in Anspruch genommen werden. Mag man nun das Dekret des S. Julius in dem einen oder dem andern Sinne auffassen, jedenfalls hat danach das ältere Recht die Wirkungen des Mandats in beschränkterer Weise auf die Erben des Mandatars übergehen lassen, als das neuere.

Sonstige äußere Anhaltspunkte, um das Alter der Mandatsobligation zu bestimmen, giebt es nur spärliche. Die allgemeine Äußerung Ciceros p. Rosc. A. 38 § 111: *In privatis rebus si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset — — eum maiores summum admisisse dedecus existimabant, itaque mandati constitutum est iudicium* gestattet, verschiedene Jahrhunderte zurückgehen. In den Komödien des Plautus finden sich einige Erwähnungen des Mandats, welche darauf schließen lassen, daß es zu jener Zeit als ein rechtliches Verhältnis anerkannt war. Darauf deutet der bei Plautus gebrauchte Ausdruck *„res mandata"* hin,[1] welcher wohl als ein juristisch-technischer betrachtet werden muß.[2] Bei Cato wird in den *leges locationis* mehrfach neben dem *dominus* der *custos* erwähnt, in der Weise, daß die Anordnungen des *custos* denen des *dominus* gleichgestellt werden. Es scheint also ein *procurator* gemeint zu sein; freilich fehlt es an weiterer Andeutung, wie die Beziehung gedacht ist, in welcher der *custos* zum *dominus* steht. Nur einmal wird zu *custodis* hinzugefügt: *qui id negotium curabit* (cap. CXLV), was wieder auf einen *procurator* deutet. Bei der zwischen Societät und Mandat bestehenden Ähnlichkeit möchte ich das Generalmandat, sämtliche Angelegenheiten eines Abwesenden zu verwalten, für das älteste halten. Dafür bestand das nächste Verkehrsbedürfnis; auch ist, wer einen solchen Auftrag erhalten, ein Vertreter im vollen Sinne. Es ist gesagt worden,[3] keinerlei Andeutung finde sich, daß etwa in Rücksicht auf das Moment der An- oder Abwesenheit der Begriff des *procurator* eine Entwicklung durchgemacht habe und er etwa das Requisit der Abwesenheit des Prinzipals im Laufe der Zeit abgestreift habe. Nun ist aber noch aus der Erörterung Ulpians in l. 1 D. de proc. 3, 3 zu ersehen, daß es später von *quidam*, namentlich von Pomponius, nicht anerkannt war, daß der *unius rei mandatum suscipiens* ein *procurator* sei, und wenngleich Ulpian dem gegenüber es als *verius* bezeichnet, daß auch ein solcher *procurator* sei, so scheint er doch zuzugeben, daß er *non proprie* so genannt werde. Der alte gesetzliche Sprachgebrauch der Römer war, unter einem *procurator* schlechthin den *procurator omnium bonorum* zu verstehen, wie Cic. pro Caecina 20 § 57 ausdrücklich sagt. Ein *procurator omnium bonorum* wurde aber nur bestellt von einem, der sich von seinem Wohnort entfernte, für einen am Domizil Anwesenden oder auch nur auf kürzere Strecke und kurze Zeit sich Entfernenden lag dazu kein Bedürfnis vor.[4] Aus der Bezeichnung *res mandata* entnehmen zu wollen, daß das Mandat vom Spezialauftrag, dem Auftrag, ein einzelnes Geschäft statt eines Andern zu besorgen, ausgegangen

---

[1] Vgl. die von Pernice, Labeo I, S. 443, A. 11 citierten Stellen.

[2] Auch Cicero gebraucht ihn, p. Rosc. A. 38, § 111: *In privatis rebus si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset* u. s. w. p. Caec. 3 § 7: — *qui per tutelam aut societatem aut rem mandatam aut fiduciae rationem fraudavit quempiam* u. s. w.

[3] Schlossmann, Besitzerwerb durch Dritte S. 95.

[4] Cic. pro Caecina 20 § 57: — *is, qui legitime procurator dicitur omnium rerum eius, qui in Italia non sit, absitve reipublicae causa.* Lex Iulia mun. 1 sqq. — *sei is, quom eum profiterei oportebit, Romae non erit, tum quei eius negotia curabit — profitemino.*

sei, scheint mir keinen Beifall zu verdienen. Denn daß ebensowohl *res mandatae* gesagt wurde, zeigt Plaut. Merc. 475 (vgl. l. 63 D. de proc. 3, 3: *Procurator totorum bonorum, cui res administrandae mandatae sunt* etc.). Aber je komplizierter der Interessenkreis der Einzelnen wurde, je weniger es möglich war, auch bei Anwesenheit am Wohnort allen seinen Interessen durch unmittelbar eigenes Handeln gerecht zu werden, desto mehr machte sich das Bedürfnis nach einer Zulässigkeit von in Anwesenheit des *dominus* am Wohnort zu erledigenden Mandaten geltend: solche Mandate konnten aber in der Regel nur beschränktern Inhalts sein, es mußten die Aufträge zur Besorgung einzelner Geschäfte aufkommen.[1] Unter den Mandaten aber zur Besorgung einzelner Geschäfte, meine ich, müsse das *mandatum mea gratia,* weil durch das Bedürfnis mehr gefordert, früher vorgekommen sein, als das *mandatum aliena gratia.* Doch hat der Mandatsbegriff wohl von vornherein eine solche Weite, daß man hier mehr von früherem oder späterem Vorkommen im Verkehr, als von früherer oder späterer rechtlicher Anerkennung sprechen muß. Dadurch, daß ich jemandem auftrage, ein Geschäft, an welchem nicht ich, sondern ein Dritter Interesse hat, statt meiner zu besorgen, mache ich es eben zu meinem Geschäft. Eine besondere Bedeutung hat erlangt der einem Andern erteilte Auftrag, einem Dritten ein verzinsliches oder unverzinsliches Darlehn zu geben. Noch Servius Sulpicius verneinte nach Gaius III, 156 die Zulässigkeit solchen Mandats, es verhalte sich hier nicht anders, als wenn einem Andern im allgemeinen der Rat gegeben werde, sein Geld verzinslich anzulegen. Er betrachtete also jenen Auftrag als ein unverbindliches *mandatum tua gratia.* Dem gegenüber drang später die Meinung des Sabinus durch, daß ein solches Mandat *obligatorium* sei, weil der Mandatar dem Titius nicht anders kreditiert haben würde, als wenn es ihm aufgetragen wäre. Gaius betrachtet übrigens solches Mandat gar nicht als ein bloßes *tua gratia,* sondern den Auftrag, dem Dritten gegen Zinsen zu leihen, als ein *tua et aliena gratia,* den: unverzinslich zu leihen, als ein *aliena tantum gratia.*[2]

Was nun die Verpflichtungen des Mandatars betrifft, so darf er nicht, vorausgesetzt, daß nicht eine rechtzeitige Kündigung eingetreten ist, das *promissum officium deserere;* er muß vielmehr dieses *officium implere, explere,* das *mandatum exsequi, consummare,*[2] und, in einem besondern Treuverhältnis zum Mandanten stehend, muß er natürlich *bonam fidem praestare.* Daß aber der Mandatar sich bei der Besorgung des übernommenen Geschäfts nicht bloß von Arglist frei halten muß, sondern auch wegen Mangels an Diligenz, wegen Nachlässigkeit haftet, bezeichnet Cicero als einen schon von den *maiores* aufgestellten Satz, pro S. Roscio A. 38, 111: *In privatis rebus si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset, sui quaestus aut commodi causa, verum etiam negligentius, eum maiores summum admisisse dedecus existimabant,* er soll das übernommene *negotium curare, cura* ist aber mit *diligentia* gleichbedeutend (l. 19 D. commodati 13, 6. L. 36 D. locati 19, 2). Auch aus der Äußerung bei Plautus Merc. 377: *Otium non est: mandatis rebus praevorti volo* geht hervor, daß damals schon die Vorstellung herrschte, daß *res mandatae* nicht vernachlässigt, zuerst besorgt, den eigenen Angelegenheiten vorangestellt werden müßten. Auch der Satz: *Ex*

[1] Cic. pro Rosc. A. 38, 111: — *Non enim possumus omnia per nos agere, alius in alia re est magis utilis.*

[2] Diese Ausdrücke findet man im tit. D. mand. 17, 1.

mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet,[1] ergiebt sich ohne weiteres aus dem übernommenen *officium*, statt des Auftraggebers das übernommene Geschäft als Freund (unentgeltlich) zu besorgen. Darin liegt auch, daß er Sachen, welche er vom Mandanten zur Ausführung des Auftrags erhielt, herausgeben müsse. Daß die Mandatsklage hier anwendbar, hat man wohl weniger bezweifelt, als ob die *actio depositi* begründet sei. Das letztere verneinte Labeo, weil das Übergeben der Gegenstände nicht für sich, sondern nur nach seinem Zwecke, nur im Zusammenhange mit dem vorhergehenden Kontrakt ins Auge gefaßt werden müsse (l. 8 pr. D. mandati 17, 1: — *uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam.* Vgl. l. 1 § 13 D. depositi 16, 3).

Das Mandat wurde durch den Tod des Mandanten dem strengen Rechte nach aufgelöst, auch wenn der Mandatar davon keine Kenntnis erhalten und in Unkenntnis dieses Todes den Auftrag ausgeführt hatte. Aber *utilitatis causa*, dem praktischen Bedürfnis entsprechend, wurde hier doch die *actio mandati contraria*, von welcher erst demnächst bei der allgemeinen Erörterung der *actiones contrariae* zu handeln sein wird, als begründet angesehen.[2] Auch den nachteiligen Folgen willkürlicher Kündigung wußte man vorzubeugen. Wie weit diese Beschränkungen bereits durch die Jurisprudenz der republikanischen Zeit aufgestellt sind, wird sich nicht feststellen lassen, doch führt Paulus den Mela, der zwischen den republikanischen Juristen Aquilius Gallus, Servius Sulpicius und dem Proculus steht, als Autorität dafür an, daß eine fraudulöse Kündigung wirkungslos sei (l. 22 § ult. D. mandati 17, 1). Andererseits ist es anerkannt, daß den Mandatar gewisse, unvorhergesehene Ereignisse, welche seine Person betreffen und ihm die Vollziehung des Auftrags unmöglich machen, selbst dann von seiner Verpflichtung befreien, wenn eine zeitige Kündigung nicht mehr möglich war (§ 11 I. de mandato 3, 26). —

Von besonderem Interesse ist es, daß Sabinus die *actio mandati* im Gegensatz zur *pro socio, tutelae* und auch *negotiorum gestorum* zu den *bonae fidei iudicia specialia* rechnete.[3] Meines Erachtens bezieht sich diese Unterscheidung der *bonae fidei iudicia in generalia* und *specialia* auf die im prätorischen Edikt proponierten Musterfälle der betreffenden *actiones*. Der Musterfall der *actio pro socio* betraf die *societas omnium bonorum*, der der *actio negotiorum gestorum* die allgemeine Führung der Geschäfte eines Abwesenden. Der Musterfall oder doch ein Musterfall der *actio mandati* dagegen bezog sich auf das auf ein bestimmtes einzelnes Geschäft gerichtete Mandat, und so konnte die *actio mandati* unter den Beispielen der *iudicia specialia* aufgeführt werden.

γ. Negotiorum gestio.

§ 62. Wenn eine Person verhindert ist, die für die Verwaltung ihres Interessenkreises erforderlichen Handlungen selbst vorzunehmen, wird sie in der Regel durch Erteilung von Aufträgen für das Eintreten der stellvertretenden Thätigkeit eines andern Sorge tragen können. In einem entwickeltern

[1] L. 20 D. eod. tit.
[2] L. 26 pr. D. eod. tit.
[3] L. 38 pr. D. pro socio 17, 2.

Verkehrsleben werden aber häufig genug Fälle vorkommen, in denen das Eingreifen einer stellvertretenden Thätigkeit in das Interessengebiet eines andern als notwendig oder doch als zweckmäßig erscheint, ohne daß eine Beauftragung dazu von seiten des Beherrschers jenes Interessenkreises abgewartet werden könnte. Dem allgemeinen Verkehrsinteresse würde es zuwiderlaufen, wenn die Rechtsordnung jede unbeauftragte Einmischung in fremde Angelegenheiten als etwas Widerrechtliches betrachten wollte. Die Rechtsbildung eines Volkes, welche jenem durch das Leben selbst sich aufdrängenden Bedürfnis gerecht zu werden sich bestrebt, wird vor allem darauf bedacht sein müssen, den, in dessen Interessenkreis ein anderer thätig geworden ist, Schutz gegen frivole und nachlässige Wahrnehmung seiner Interessen zu gewähren. Für die Geschichte der *negotiorum gestio* bieten die Quellen noch weniger Material, wie für die des Mandats. Das aber dürfen wir annehmen, daß die *negotiorum gestio* später als eine *obligatio* hervorbringend anerkannt ist, als das Mandat, weil das Bedürfnis nach einer durch Auftrag zu begründenden Verpflichtung zur Besorgung von Geschäften für andere noch früher hervorgetreten sein wird. Auch die römischen Juristen haben sich das Mandat als älter und das Bedürfnis einer *obligatio* aus der ohne Auftrag erfolgenden *negotiorum gestio* erst als später hervortretend gedacht, wie es die von Gaius ausgesprochene, wohl von älteren Juristen herübergenommene Erwägung in l. 5 pr. D. de obl. et act. 44, 7 zeigt: — *ideo autem id ita receptum est, quia plerumque homines eo animo peregre proficiscuntur quasi statim redituri nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant, deinde novis causis intervenientibus ex necessitate diutius absunt: quorum negotia disperire iniquum erat* u. s. w. Über die Frage, welcher Quelle die *actiones negotiorum gestorum directa* und *contraria* ihre Entstehung verdanken, gehen die Ansichten der neueren Schriftsteller sehr auseinander.[1] Meines Erachtens war jedenfalls die *directa negotiorum gestorum actio* eine *civilis* und *in ius concepta*. Dafür will ich mich nicht auf die Stellen berufen, welche die *negotiorum gestorum actio* zu den *bonae fidei iudicia* rechnen, denn einzelne derselben können auch mit auf die *contraria actio* bezogen werden, eine rechnet sogar geradezu diese letztere Klage zu den *bonae fidei iudicia;* es bleibt eben die Frage, ob zu den *bonae fidei iudicia* lediglich *actiones in ius conceptae* gerechnet wurden und

[1] Nach Chambon, Die Negotiorum Gestio S. 2, S. 114, trat mit dem in l. 3 pr. D. de neg. gest. 3, 5 mitgeteilten Edikt der rechtliche Begriff der *negotiorum gestio* ins Leben: nach diesem Edikt soll *ex negotis gestis* eine gegenseitige klagbare Verbindlichkeit entsprungen sein. Auch nach Dankwardt, Die Negotiorum Gestio S. 7, soll jenes Edikt das bis dahin rein faktische Verhältnis zu einem Rechtsverhältnisse gemacht haben. Das Edikt aber, behauptet er S. 17, habe nur dem Gestor eine Klage verliehen, erst die Praxis habe bald nach dem Erlasse des Edikts eine Klage des Dominus gegen den Gestor eingeführt. Ruhstrat dagegen (Archiv f. civil. Pr. Bd. XXXII, N. VII) behauptet civilrechtlichen Ursprung der *actio negotiorum gestorum*. Ihm trat bei Köllner, Grundzüge der *obligatio negotiorum gestorum* S. 110. Ebenso ist neuerlich Lenel, Ed. perp. S. 83 ff., dafür eingetreten, daß beide *actiones* aus der *negotiorum gestio civiles*, weil *in ius conceptae*, seien. Aarons, Beiträge z. Lehre von der *negotiorum gestio* S. V, will die *actio directa* aus dem *ius civile*, die *contraria* aus dem *ius honorarium* herleiten. Für jünger, als die *directa*, erklärt die *contraria* auch Bekker, Aktionen I, S. 150, und auch wohl A. Pernice, Labeo I. S. 493, A. 23. Diese Auffassung wird bekämpft von E. Zimmermann, Echte und unechte *negotiorum gestio* S. 11 f., welcher es für äußerst unwahrscheinlich erklärt, daß die beiden aus der *negotiorum gestio* entspringenden Klagen successiv entstanden seien, daß also zu irgend einer Zeit die *directa* ohne die *contraria* oder umgekehrt bestanden habe. Mit großer Entschiedenheit behauptet Zimmermann, daß beide *actiones negotiorum gestorum* dem Prätor ihre Einfüh-

nicht auch einzelne mit den *actiones in ius conceptae* dieser Kategorie in naher begrifflicher Verbindung stehende *actiones in factum conceptae.* Wohl aber kann man sich berufen auf l. 1 § 4 D. quar. rer. actio 44, 5, welche fast wörtlich *demonstratio* und *intentio* der *actio negotiorum gestorum directa* mit Hinzufügung der Fiktion *„si liber fuisset"* als Inhalt einer Stipulation angiebt: — *deinde stipulatus ab eo fuero, quod negotia mea gesserit, quidquid ob eam rem, si tunc liber fuisset, eum mihi dare oporteret* u. s. w. Einen fernern Beleg bietet die Stelle in Ciceros Topica 17, 66, wo unter unzweifelhaften *bonae fidei iudicia in ius concepta* auch die *actio negotiorum gestorum directa* berührt wird in den Worten: *quid eum, qui negotia aliena curasset, ei cuius ea negotia fuissent.* Aus dieser Stelle scheint hervorzugehen, daß die civilrechtliche Bezeichnung für das Verhältnis jedenfalls noch nicht fest *negotia aliena gerere* war, sondern daß *negotia aliena curare* gesagt wurde. Bei dieser durch jene Stelle nahe gelegten Annahme wird auch weniger auffällig, daß in Top. 10, 42: *Si tutor fidem praestare debet, si socius, si, cui mandaris: debet etiam procurator* der *negotiorum gestor* nicht so, sondern *procurator* genannt ist, eine Bezeichnung, welche ja auch auf den Mandatar paßt und für diesen später ganz vorzugsweise gebraucht wird. In dieser Stelle kann aber wohl nur der *negotiorum gestor* darunter verstanden sein, denn der Mandatar ist noch daneben genannt;[1] auch kann nicht wohl irgend ein Bevollmächtigter im Verhältnis zu Dritten mit dem Wort gemeint sein, denn es ist in der Stelle gerade von der dem zu Vertretenden geschuldeten *fides,* also vom Verhältnis zu dem Vertretenen die Rede. Der Umstand, daß in Top. 17, 66, obwohl bei allen anderen in Bezug genommenen Verhältnissen der dem Gegner zustehende Klaganspruch auch berührt ist, dennoch eine etwaige *negotiorum gestorum actio contraria* nicht erwähnt ist, ist gewiß nicht zufällig, doch ist auch

---

rung verdankten: die Klagen, anfangs prätorisch und *in factum* konzipiert, seien später ins Civilrecht aufgenommen. In welcher Weise, müsse freilich dahingestellt bleiben; möglich sei, daß man dann auch civilen Klagschutz gewährt habe, ungewiß freilich, ob der Prätor nach dem Aufkommen der *actiones in ius conceptae* daneben noch die *in factum conceptae* beibehalten habe. Einverstanden mit Zimmermann, sofern er leugnet, daß zu irgend einer Zeit die *directa* ohne die *contraria* bestanden habe, erklärt sich E. von Monroy, Vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte S. 153. Auch nach M. Wlassak, Zur Geschichte der *negotiorum gestio,* ist die Negotiorum Gestio rein prätorischen Ursprungs, im Laufe der Zeit jedoch ein Bestandteil des Civilrechts geworden, so daß an die Stelle der anfänglich *in factum* in einer spätern Periode *in ius* konzipierte, mit dem Beisatz *ex fide bona* versehene Klagen getreten sind (S. 21). Weiter hat nach Wlassak der Prätor auf Grund des Edikts zuerst nur die *actio directa* proponiert, andererseits sei die Klage des Gestors doch als eine der ältesten *actiones contrariae* zu bezeichnen (S. 186 ff.). Ich selbst habe bereits in diesem Werk Bd. I, S. 463, A. 1 meine Ansicht dahin ausgesprochen, daß im Civilrecht zunächst nur eine *actio negotiorum gestorum directa* begründet gewesen sei, demnächst dann der Prätor das in den Pandekten erhaltene Edikt aufgestellt habe, auf Grund dessen die *actio contraria in factum concepta* proponiert sei, dieses habe dann wahrscheinlich erst durch die Kompilatoren seine jetzige allgemeine Fassung erhalten.

[1] Wenn man aus der Stelle auch nicht mit Bekker, Aktionen I, 149, schließen darf, die *actio negotiorum gestorum* sei Cicero der Rechtfertigung bedürftig erschienen, so macht sie doch wahrscheinlich, daß die *obligatio* des *procurator* jünger ist, als die des Mandatars, *socius* u. s. w., nach deren Analogie jene in der Stelle behandelt wird. Gegen die Auffassung Wlassaks, a. a. O. S. 62 ff., nach welcher auch die mandierte Geschäftsführung anfänglich nur eine Realobligation, d. h. durch wirkliche *gestio* zu erzeugen vermochte, spricht schon die bis auf Plautus zurückführbare technische Bezeichnung des Mandats als *res mandata;* denn *„res"* deutet hier, wie Pernice in d. Ztschr. der Savignystift. Bd. IX, S. 237 f. mit Recht sagt, in keiner Weise auf Hingabe einer Sache

der aus dem Schweigen zu ziehende Schluß, daß es damals noch keine *actio contraria* gegeben habe, kein sicherer. Cicero kann die *contraria negotiorum gestorum actio* deshalb unerwähnt gelassen haben, weil sie keine civilrechtliche, sondern eine erst durch das Edikt eingeführte war. Die Äußerung des Servius Sulpicius in l. 20 (21) pr. D. de neg. gest. 3, 5 freilich nimmt in keiner Weise auf ein Edikt Bezug, sondern befürwortet nur ein dem *gestor* zu gewährendes *iudicium* als billig: *Servius respondit aequum esse, praetorem in eum reddere iudicium.* Daß Servius sich in jenem Fall nicht auf das Edikt, sondern nur auf die *aequitas* bezog, hat aber vielleicht in der Eigentümlichkeit desselben seinen Grund gehabt, denn die *gestores* waren zur Zeit der *gestio* in Kriegsgefangenschaft. Da Labeo aber die *negotiorum gestorum actio contraria* kennt (vgl. l. 9 (10) D. h. t. 3, 5. L. 3 § 5 D. eod. tit.), so ist es wahrscheinlich, daß sie zu Ciceros und Servius' Zeit schon im Edikt aufgestellt war. Das praktische Bedürfnis erheischte sie. Wenn jemand, der in fremden Angelegenheiten ohne Auftrag thätig wird, nicht darauf rechnen kann, daß er die bei solcher Geschäftsführung im Interesse des *dominus bona fide* gemachten Auslagen nötigenfalls durch eine eigene Klage verfolgen könne, so wird sich nicht leicht jemand finden, welcher ohne Auftrag die Besorgung fremder Angelegenheiten übernimmt. Das Interesse der Personen, deren *negotia* ohne unbeauftragtes Eingreifen anderer verkommen würden, selbst erheischt es, daß auch dem *gestor* gegen den *dominus negotiorum* eine *actio* gewährt werde; das Institut konnte erst seinen vollen Nutzen entfalten, wenn es eine *actio* für den *gestor* auf Ersatz seiner Auslagen u. dgl. gab.

Fassen wir jetzt das in l. 3 pr. D. h. t. überlieferte Edikt über die *negotiorum gestio* selbst ins Auge. Es lautet: *Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit: iudicium eo nomine dabo.* Es ist gesagt worden, wen das Edikt als Kläger im Auge habe, ob den Dominus oder den Gestor, sei aus demselben nicht zu entnehmen, der Wortlaut sei aber allgemein genug, um beiden Klagen als Basis zu dienen. Umgekehrt bin ich der Ansicht, daß, wenn der Edicent des Willens gewesen wäre, auf Grund dieses Edikts solle sowohl dem *dominus negotiorum* als dem *gestor* eine Klage gewährt werden können, er dies deutlich und ausdrücklich ausgesprochen haben würde. Nach der Fassung, wie sie jetzt vorliegt, kann das Edikt nur auf einen von ihnen bezogen werden, und zwar auf das Subjekt des Vordersatzes: den *gestor*. Wie das Edikt: *Quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo* nur auf die *in factum* konzipierte Klage des Kommodanten gegen den Kommodatar zu beziehen ist, so hat das Edikt: *si quis negotia alterius gesserit — iudicium eo nomine dabo* nur die Klage des *gestor* gegen den *dominus negotiorum* vor Augen. Hätte das Edikt dem, dessen Geschäfte geführt waren, eine Klage gewähren wollen, so würde es gelautet haben: *Si cuius negotia ab altero gesta erunt* (oder *gesta esse dicentur), iudicium eo nomine dabo;* wie denn auch die *demonstratio* der *actio directa* gelautet haben wird: *Quod A^i A^i negotia a N^o N^o gesta sunt etc.* Dafür, daß das Edikt sich auf die Klage des *gestor* bezog, spricht auch die Motivierung desselben durch Ulpian in l. 1 D. h. t.: *Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur vel pignoris distractionem vel poenae committen-*

---

an den Auftragnehmer, sondern *res* ist Geschäft, Angelegenheit, und ebenso wenig liegt eine Andeutung der Realobligation in *mandata*.

dae actionem, vel iniuria rem suam amittant. So kann man nicht die *actio negotiorum directa*, sondern nur die des *gestor* motivieren, denn solche, welche sich der Angelegenheiten Abwesender annehmen, werden sich, wenn sie aus der *gestio* nicht mit einer *actio* belangt werden können, noch leichter finden. Der Mangel einer *actio* des *dominus* schreckt nicht von der *negotiorum gestio* ab; sie gewährt nur eine gewisse Garantie dafür, daß die übernommenen Geschäfte nicht schlecht und frivol geführt werden, sowie daß kein Unberufener sich eindrängt (l. 5 pr. D. de obl. et act. 44, 7: *quae (sc. negotia absentis) sane disperirent, si — — vel is cuius gesta essent, adversus eum, qui invasisset negotia eius, nullo iure agere posset.* Auch in l. 2 D. eod. tit. aus Gaius' Kommentar zum Provinzialedikt ist zunächst von der *actio contraria* die Rede, die Worte: *Si quis absentis negotia gesserit — habet eo nomine actionem* erinnern auffällig an den Wortlaut unseres Edikts. Nicht außer acht zu lassen ist auch, daß in den aus Ulpians Ediktskommentar entlehnten Stellen die *actio contraria* mit entschiedener Vorliebe behandelt ist. Lenel[1] nimmt an, die Kompilatoren hätten den von der *actio directa* handelnden Abschnitt größtenteils gestrichen. Aber was sollte sie dazu veranlaßt haben? Spricht die vermeintliche Lücke nicht vielmehr dafür, daß das Edikt sich überhaupt nicht auf die *actio directa* bezog, und daher diese in den Kommentaren zum Edikt nur soweit mit behandelt ist, als ihr naher Zusammenhang mit der *contraria* es gestattete bezw. erforderte. Eher könnte es bei der Aufnahme des civilrechtlichen Ursprungs der *actio negotiorum gestorum directa* auffallen, daß in den Pandektentitel *de negotiis gestis*, mit Ausnahme zweier unbedeutender Stellen, keine Stellen aus den Sabinuskommentaren aufgenommen sind, und man hat in der That darauf hingewiesen, um zu zeigen, wie wenig Wahrscheinlichkeit ein civilrechtlicher Ursprung jener Klage habe. Dafür sind aber sehr viele aus Werken kasuistischer Natur, welche meistens zur Papiniansmasse gehören, aufgenommen. Exzerpte aus solchen kasuistischen Schriften, welche civiles und prätorisches Recht berücksichtigten, mochten gerade in der Materie der *negotiorum gestio* bedeutsamer und für die *actio directa* neben dem, was darüber in den Exzerpten aus den Ediktskommentaren enthalten war, auch genügend erscheinen. — Die auf Grund des Edikts zu gewährende *contraria actio* kann nur *in factum concepta* gewesen sein. Hat es nun etwa daneben noch eine *actio in ius concepta* gegeben? Einen durchschlagenden Beweis dafür giebt es nicht. Am meisten scheint einen solchen l. 5 pr. D. de obl. et act. 44, 7 zu bieten, wo Gaius sagt: — *placuit — eos invicem obligari eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum, quibus aeque invicem experiri possunt de eo, quod ex fide bona alterum alteri praestare oportet;* und es läßt sich dieser Äußerung gegenüber die Möglichkeit nicht ableugnen, daß, als der Satz, daß der *gestor* einen Anspruch auf Ersatz seiner *utiliter* gemachten Impensen habe, als gewohnheitsrechtlich rezipiert gelten konnte, im Edikt für denselben auch eine *formula in ius concepta* aufgestellt ist. Auf solches gewohnheitsrechtliches Fundament können die Worte: *sed utilitatis causa receptum est eos invicem obligari* bezogen werden. Sicher aber ist dieser Beweis nicht, denn es ist sehr wohl möglich, daß Gaius bei seiner Auseinandersetzung gar nicht die Klagformeln, sondern lediglich den materiellen Inhalt der Ansprüche des *dominus* und *gestor* vor Augen hatte, und dieser wird auch bei der *in factum* konzipierten *actio contraria*,

[1] Ed. p. S. 85, A. 3.

welche aus demselben Fundament, wie die *directa*, wenn auch nach prätorischem Recht, hergeleitet wurde, als ein nach der *bona fides* zu bemessender von den römischen Juristen angesehen sein. Aus diesem Grunde kann auch die *actio negotiorum gestorum contraria in factum concepta* zu den *bonae fidei actiones* im weitern Sinne gerechnet sein.

Im Folgenden haben wir es nun lediglich mit der als sicher dem Civilrecht angehörig zu betrachtenden *actio negotiorum gestorum* des *dominus* gegen den *gestor* zu thun, die ursprünglichen Voraussetzungen derselben sind darzulegen.[1] Dem Inhalt der *negotiorum gestio* ist mit dem anderer Obligationen

[1] Wlassak hat in seiner Schrift „Zur Geschichte der *negotiorum gestio*" die Ansicht zu begründen versucht, daß in dem Edikt der l. 3 pr. D. de neg. gest. 3, 5 ein Judicium für jede Art von Geschäftsführung versprochen war, daß also darin die ursprüngliche Basis aller Geschäftsführungsobligationen vorliege, während vielleicht erst im Verlaufe einer langdauernden Entwickelung speziellere Formen für bestimmte individualisierte Geschäftsführungsobligationen vom Prätor aufgestellt seien (S. 27 f.). „Die individueller gefärbten Fälle der Führung fremder Geschäfte sind durch Abzweigung von der generellen N. G. als selbständige Obligationsfiguren zur Anerkennung gelangt. Auf diese Weise ist die *actio mandati*, *tutelae* und *protutelae* entstanden" (S. 198). Eine sehr lange Zeit ist jenem Entwickelungsprozesse aber doch nicht gelassen. Das Edikt soll aus der Zeit unmittelbar nach der *lex Aebutia* stammen und habe ursprünglich nur die gerichtliche Geschäftsführung betroffen, die Praxis aber habe den Ediktsworten einen immer reichern Inhalt untergeschoben. Nachdem dies geschehen, sei der Zeitpunkt gekommen, wo durch individualisierende Behandlung der in bunter Mannigfaltigkeit in der Praxis auftauchenden Fälle von Geschäftsobligationen aus der *obligatio negotiorum gestorum generalis* allmählich besonders benannte und von besonderen Regeln beherrschte Rechtsinstitute hervorgehen mußten (S. 61). Bleibt denn aber für diese individualisierende Behandlung irgend welche Zeit, wenn sie gar nicht gleich nach der *lex Aebutia* begonnen haben soll? Die *lex Aebutia* fällt nach Wlassak mutmaßlich in den Ausgang des 6. oder den Anfang des 7. Jahrhunderts, und nach dem Rhet. ad Herenn. 2, 13. 19 gewährte der Prätor S. Julius 631 die *actio mandati* nicht gegen den Erben, während der Prätor M. Drusus sie um 639 gewährte. Zur Zeit dieser Prätoren muß also die *actio mandati* unter den ursprünglichen Parteien schon lange bestanden haben, man schwankte nur, ob sie gegen die Erben zu gewähren sei. Woher sollen wir die Zeit nehmen für die individualisierende Behandlung des Edikts, welche nicht einmal sofort begonnen haben soll? Wlassak sucht den von ihm im voraus vermuteten Einwand, daß die von ihm angenommene Entwickelung vom Abstrakten zum Konkreten, Besondern in der römischen Rechtsgeschichte ohne Beispiel und daher nicht glaublich sei, durch Beibringung von Analogien zu entkräften; aber mit denselben ist es schwach bestellt. Einige derselben beruhen auf bloßen Hypothesen, die eine ging von der Schule der Prokulianer aus, die andere von einem modernen Juristen. Zweiffellos feststehende Analogie sei aber die Spaltung des Diebstahlsbegriffs und Konstituierung eines besondern Delikts der *rapina* durch Aufstellung einer *propria actio* seitens des Prätors. Aber dabei ist nicht erwogen, daß auch nach Aufstellung der *propria actio* der Raub immer noch unter den Begriff des *furtum* fiel, so daß also im Fall der *rapina* die *actio furti* mit der *actio vi bonorum raptorum* konkurrierte (l. 89 [88] D. de furtis 47, 2. L. 1 D. vi bonor. rapt. 47, 8). Bestände die angenommene Analogie wirklich, so müßte auch nach Aufstellung der *propria actio mandati* immer noch die *actio negotiorum* mit derselben konkurrieren. Wollte heute jemand eine generelle *obligatio negotiorum* aufstellen, so würde man sie, wie das allgemeine Verjährungsinstitut, als eine leere Abstraktion verwerfen. Es ist nicht glaublich, daß die Römer, deren juristisches Unterscheidungsvermögen zur Zeit der *lex Aebutia* gewiß schon weit entwickelt war, ein von dem Prätor doch konkreter gedachtes Verhältnis zunächst in den Urbrei einer allgemeinen Geschäftsführungsobligation verwandelt und dann dieselbe wieder zu konkreteren Gestalten individualisiert haben sollten. Die Zeit der Rechtsentwickelung, in welcher man die Handlungen rein äußerlich, nicht als Erscheinung eines bestimmten Willens auffaßte, liegt weiter zurück; es ist nicht die nach der *lex Aebutia*. Dabei ist das Hauptfundament, auf welches die Annahme solcher Entwickelung gestützt ist, ein hinfälliges. Nach Wlassak zeigt die allgemeine Fassung des Edikts, welches die Klage nur an die Voraussetzung des *aliena negotia gerere* knüpft, daß

(Mandat, Tutel, Societät) der Begriff des *negotium* gemeinschaftlich. Dieses hat immer eine Beziehung auf eine Person: *negotium* ist eine Thätigkeit, wodurch irgend welches ökonomische Interesse einer Person nach irgend einer Richtung gefördert oder befriedigt werden soll.[1] Durch die Vornahme eines *negotium suum,* einer Thätigkeit, welche lediglich im eigenen Interesse geschieht, kann keine Obligation des in Thätigkeit Getretenen begründet werden, ein anderer kann, da sein Interesse nicht berührt ist, nicht dadurch berechtigt werden, und sich selbst gegenüber kann der, welcher das *negotium* vorgenommen, auch nicht obligiert werden, und daran ändert sich auch nichts, wenn der Gerent das eigene *negotium* irrigerweise für ein fremdes gehalten hätte (l. 5 § 6 [l. 6 § 4] D. h. t.: *Si quis ita simpliciter versatus est, ut suum negotium in suis bonis quasi meum gesserit, nulla ex utroque latere nascitur actio, quia nec fides bona hoc patitur).* Damit überhaupt von der Entstehung einer Obligation einem andern gegenüber die Rede sein könne, muß ein *alienum negotium* besorgt sein, d. h. der Inhalt der Thätigkeit muß ein solcher sein, daß dadurch irgendwie in die ökonomische Interessensphäre einer andern Person eingegriffen wird. Dabei macht sich aber sogleich folgender Unterschied bemerklich. Der Inhalt der Thätigkeit kann die Vermögenssphäre des andern unmittelbar berühren, so daß zum Eintritt der Einwirkung auf ihre Interessensphäre gar nichts vom Willen der andern Person abhängt, z. B. es werden Reparaturen an dem Hause eines andern in dessen Abwesenheit vorgenommen. Es kann aber auch der Eintritt der beabsichtigten Einwirkung des Handelns des *gestor* auf die Vermögenssphäre des andern noch von dessen Willen abhängig sein. Der die Einwirkung hervorbringende Grund ist allerdings auch hier die Handlung des *gestor,* aber die *conditio sine qua non* für den Eintritt der Wirkung ist die Ratihabition des Herrn des Vermögenskreises, um welchen es sich handelt, von der Entscheidung dieses hängt sie ab.[2] Dieses letzte Verhältnis

---

es zur Zeit der Aufstellung desselben eine besondere *actio mandati,* eine *actio tutelae* noch nicht gegeben haben könne. Hätte es damals schon eine *actio tutelae* gegeben, wie ließe sich dann die allgemeine Fassung des Edikts rechtfertigen? Der Prätor hätte sich dann ungenau ausgedrückt, er hätte zu viel gesagt, da sein Edikt auch auf die Geschäftsführung des Tutors gepaßt habe. Wenn aber wirklich das Edikt auf alle Geschäftsführungsobligationen, auch die des Mandatars und Tutors gepaßt hätte, dann hätte der Prätor nach der Anerkennung der selbständigen Klagefiguren aus Mandat und *tutelae gestio* dem bis dahin auch auf diese anwendbaren Edikt durch Hinzufügung eines Begriffsmerkmals ein beschränkteres Anwendungsgebiet verleihen müssen. That er es nicht, so blieb auf Grund des allgemeinen Edikts die generelle *actio negotiorum gestorum* nicht etwa bloß subsidiär, sondern neben den *actiones mandati* und *tutelae* als konkurrierende *actio* anwendbar. Es kann also in Wahrheit das Edikt nicht in dem allgemeinen Sinn, wie Wlassak will, verstanden sein. Die Klage wurde von vornherein auf Grund des bloßen *negotia alterius gerere* versprochen, welches im Fall des *gerere* eines Mandatars, eines *tutor* nicht vorliegt: diese gerieren als Mandatare, als Tutoren, also in einer besondern Eigenschaft und einer durch dieselbe bestimmten Absicht. Zudem geriert der Tutor gar nicht bloß *negotia alterius*, er geriert zugleich *sua negotia.* Im übrigen ist auf die Ausführung des Textes und die Darstellung des Rechts der Tutel und der *cura* zu verweisen.

[1] Vgl. Schirmer, Handb. des röm. Erbrechts I, S. 19.

[2] Wlassak, a. a. O. S. 74 f., ist der Ansicht, dieses sogenannte *negotium ratihabitione tantum alienum* (im Gegensatze zu dem *re ipsa alienum)* verdanke erst der mehr reflektierenden Thätigkeit der spätern Jurisprudenz seine Anerkennung. Ich bin anderer Ansicht: gerade der unbefangene Sinn des Laien wird, wenn A für mich in meiner Abwesenheit eine meiner Sachen ohne meine Vollmacht verkauft hat, nach erfolgter Genehmigung von meiner Seite entscheiden, es sei *meum negotium* geriert. Wlassak sagt, noch Pedius, von dem

findet statt bei den meisten rechtlichen Dispositionen, welche in einen fremden Vermögenskreis eingreifen sollen.[1]

Die zweite Voraussetzung der *obligatio negotiorum gestorum* bezw. der *actio directa* ist, daß der das *alienum negotium* Besorgende die Absicht hatte, dieses *negotium* für die ihm bekannte Person, welche es angeht, d. h. deren Interessenkreis es unmittelbar oder vermöge deren erwarteter Genehmigung angehört, zu besorgen. Daß er für die bestimmte Person in Vertretung derselben thätig werden will, ist das die Verpflichtung des *gestor* begründende kausale Moment. Diese bewußt persönliche Richtung des *animus* des *gestor* wird aber von vielen nicht als ein Erfordernis der *actio directa* anerkannt. So formuliert namentlich Stintzing[2] den Rechtsgrund für die Pflichten des *gestor* dahin: es bleibe jeder auf seinem Gebiete und kenne dessen Grenzen, ein etwaiger Übergriff soll wenigstens dem Andern keinen Nachteil bringen, vielmehr kann er verlangen, daß sein Vermögen in den Zustand hergestellt werde, den es haben würde, wenn ein *bonus paterfamilias* es verwaltet hätte. Danach wird also die Obligation des *gestor* nicht durch seine fürsorgende, stellvertretende Thätigkeit sondern durch sein eigentlich widerrechtliches Übergreifen in fremdes Interessengebiet begründet. Wie die Sache sich wirklich verhalte nach römischer Auffassung, deutet klar genug Paulus in l. 29 pr. D. communi divid. 10, 3 an, wenn er von dem Miteigentümer, welcher in dem Bewußtsein, daß die betreffende Sache ihm nicht allein, sondern ihm gemeinschaftlich mit einem Miteigentümer gehört, auf die gemeinschaftliche Sache Verwendungen macht, im Gegensatz zum *aliena negotia gerens* sagt: — *neque enim negotia socii gero, sed propriam rem tueor et magis ex re, in quam impenditur, quam ex persona socii actio nascitur. denique ea actione pupillum teneri dicimus, ut impendia restituat officio iudicis.* Die *negotiorum gestorum actio,* weder die *directa* noch die *contraria,* ist eine *actio ex re veniens,* wie die *communi dividundo;* die von der Person des *gestor* herrührende für die Person des *dominus* sorgende, sie vertretende Thätigkeit begründet die *obligatio* zwischen ihnen, die Ansprüche entspringen *ex persona,* nicht *ex re.* Wäre die *actio negotiorum gestorum contraria,* wie die *communi dividundo,* eine *actio ex re veniens,* so müßte sie gegen einen Pupillen als *dominus negotiorum* konsequenterweise auf den vollen Betrag, nicht bloß auf die Bereicherung angestellt werden können.[3] In Wahrheit wird aber ein Pupill als *dominus negotiorum* durch eine ohne *auctoritas* des Tutors vorgenommene *gestio* nur bis zum Betrage der Bereicherung obligiert.[4] Dieser Satz hat unseren Juristen zu schaffen gemacht: er wird für inkonsequent erklärt, da nicht auf dem Willen des Geschäftsherrn, sondern auf der Thatsache der *gestio* die Obligation beruhe; man bezeichnet daher die beschränkte Haftung des Pupillen als ein besonderes

---

wohl die Ausbildung in erster Linie herrühre, räume ein, daß die Sache nicht ganz zweifellos sei, ob in solchem Fall *meum negotium* geriert sei. Aus solchem Zweifel eines Juristen der Kaiserzeit darf man gewiß nicht ohne weiteres schließen, daß er mit seinem Zweifel eine Fortbildung des Rechts anrege. Gerade vom Standpunkt der verfeinerten Wissenschaft werden manche Sätze, welche bis dahin ganz unbefangen angenommen sind, angezweifelt und, je nachdem, verworfen oder näher begründet.

[1] L. 5 §§ 11 u. 12 (l. 6 §§ 9 u. 10) D. h. t.

[2] Heidelberg. krit. Ztschr. f. d. gesamte Rechtswissensch. IV, S. 230.

[3] L. 46 u. 24 D. de obl. et act. 44, 7. L. 29 D. comm. div. 10, 3. L. 33 D. pro socio 17, 2. Pernice, Labeo I, S. 223.

[4] Vgl. l. 36 (37) D. de neg. gest. 3, 5. L. 14 (15), l. 20 (21) § 1 D. eod. tit. L. 2 C. de neg. gest. 18 (19).

Vorrecht oder als auf besonderer gesetzlicher Vorschrift beruhend.[1] In den Quellen selbst ist aber der Satz nirgends als der allgemeinen Regel über die Handlungsfähigkeit der Pupillen widersprechend bezeichnet. In l. 2 C. h. t., einem Reskript der Kaiser Severus und Antoninus, wird der Satz als ein bereits feststehender bezeichnet *(ex utilitate eorum receptum est)*. Daß jene allgemeine Regel auch hier Platz greifen müsse, ergiebt sich aus der Natur der Verpflichtung des *dominus negotiorum:* sie ist keine *e re veniens,* sondern eine *e persona* desselben entsprungene, die *gestio* bezieht sich auf seine Person, in Fürsorge für dieselbe, in ihrer Vertretung ist sie geschehen. — Daß nicht bloß das objektive Moment der Zugehörigkeit des *negotium* zum Interessenkreis des *dominus,* sondern auch der dargelegte *animus* dessen, der das *negotium* vornimmt, Voraussetzung der Obligation desselben ist, zeigen auch die Ausdrücke *gerere* und *procurare (negotia alterius),* welche ein absichtliches Handeln bedeuten.

Die *obligatio negotiorum* des *gestor* ist nur an das *negotia alterius gerere* geknüpft; sie greift nicht Platz, wenn eine rechtliche Verpflichtung dessen, der in fremden Angelegenheiten thätig geworden, gegenüber dem Geschäftsherrn bestand. Das aber hindert die Entstehung der *obligatio negotiorum gestorum* nicht, daß der *gestor* glaubt, dem Geschäftsherrn gegenüber zu der *gestio* rechtlich verpflichtet zu sein, wenn in Wahrheit eine solche Verpflichtung nicht vorliegt (z. B. wenn irrtümlich ein Mandat des Geschäftsherrn angenommen ist oder das Mandat ungültig ist). In diesem Zusammenhange fragt sich, wie l. 3 § 10 D. h. t. zu verstehen sei: *Hac actione tenetur non solum is qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis et ea gessit, verum et is, qui aliqua necessitate urguente vel necessitatis suspicione gessit.* Natürlich ist hier an eine für den *gestor* vorliegende *necessitas* gedacht. Der Gebrauch des Wortes *necessitas* läßt es zu, ebensowohl an eine faktische als eine rechtliche Notwendigkeit zu denken. Nicht der leiseste Anhalt findet sich aber in der Stelle dafür, daß dem Verfasser eine rechtliche Notwendigkeit gegenüber dem Geschäftsherrn vorschwebte. Ihm können einmal Fälle vorgeschwebt haben, in welchen jemand zu der *negotiorum gestio* durch die Rücksicht auf sein gefährdetes eigenes Interesse getrieben wurde, welches, ohne daß er mit dem *dominus negotiorum* in einer rechtlichen Gemeinschaft stand, mit dessen Interesse faktisch verknüpft war. Sodann kann Ulpian an Fälle, wie den in l. 3 § 8 besprochenen, gedacht haben. Der *exsecutor a praetore in negotio meo datus* kann dieses *negotium* mit der für die *obligatio negotiorum gestorum* erforderlichen *affectio* besorgt haben; dann ist gegen ihn, wenngleich infolge des prätorischen Befehls eine *necessitas* zu seinem Handeln für ihn vorlag, dennoch die *actio negotiorum gestorum* begründet, welche dagegen nicht Platz greifen kann, wenn er ohne jene *affectio,* lediglich in Befolgung des prätorischen Befehls handelte.

Endlich setzt die *obligatio negotiorum gestorum* voraus, daß die *gestio* wirklich schon begonnen habe: sie entspringt nicht etwa schon aus dem vom *gestor* kundgethanen Entschluß, die *negotia* dieser Person für dieselbe zu gerieren, sondern *ex negotio gesto.* Dadurch unterscheidet sich wesentlich die Obligation des Mandatars von der des *negotium gestor,* daß er nicht *„ideo est obligatus,*

[1] Vgl. Keller, Pandekt. I, S. 36. Brinz, Pandekten II, 2. Abt. (2. Aufl.), S. 644 u. 645, A. 47. Dernburg, Pandekt. II (2. Aufl.), S. 327, A. 32. Chambon, a. a. O. S. 135. Brinkmann, Verhältnis der *a. communi dividundo* und der *actio neg. gest.* zu einander S. 42. Köllner, a. a. O. S. 89.

quod negotia gessit, verum idcirco quod mandatum suscepit". Man darf aber doch nicht annehmen, daß das rein konsensuelle Mandat als Rechtsinstitut jünger sei, als die durch den realen Vorgang der *gestio* entstehende Obligation. Ein übernommener Auftrag, Geschäfte für einen andern zu führen, welcher erst durch wirkliche *gestio* von seiten des Mandatars Klagbarkeit erlangte, würde ganz seinen eigentümlichen Wert gegenüber auftragloser Geschäftsführung verlieren. Dieser Wert liegt gerade darin, daß der Mandant schon auf die vertragsmäßige Übernahme des *officium* von seiten des Beauftragten sich verlassen kann. Aufträge werden hauptsächlich erteilt für Fälle, in denen der Auftraggeber selbst verhindert ist, die betreffenden Geschäfte für sich vorzunehmen; die Vollziehung des Auftrags, also die wirkliche *gestio*, soll erst beim Eintritt der Verhinderung erfolgen. Brächte nun das Mandat erst mit dem Eintritt der *gestio* selbst eine Obligation hervor, so hätte also der Mandant gar keine rechtliche Garantie dafür, daß beim Eintritt der Verhinderung sein Auftrag vollzogen werde. Diese Erwägung führt zu der Annahme, daß, seitdem die Vollziehung übernommener Aufträge nicht mehr rein Sache freien Willens und der Freundschaft war, sofort schon die vertragsmäßige Übernahme des *officium*, nicht erst der Beginn der *gestio* eine Obligation hervorgebracht haben muß. Anders steht es naturgemäß im Fall unbeauftragter Geschäftsführung. Die bloße einseitige Kundgebung des Willens, bestimmte Geschäfte für einen Abwesenden zu besorgen, hat auch im spätern römischen Recht, hat auch in unserem Recht nicht die Wirkung, eine Geschäftsführungsobligation hervorzubringen. Es hat, wenn es bei dem Aufkommen der *obligatio negotiorum gestorum* sich nicht anders verhielt, dies nicht darin seinen Grund, daß in der Jugendzeit des Rechtslebens neben den formellen Rechtsakten nur Thatbestände realer Natur es seien, welche als juristisch relevant anerkannt seien. Der Grund lag und liegt vielmehr darin, daß man an die bloße einseitige Kundgebung des Willens, *negotia* eines Andern zu gerieren, noch keine Haftung, keine Gebundenheit knüpfen kann; dieser muß vielmehr zur reellen Einmischung in fremde Interessensphäre vorgeschritten sein, denn dann ist auch für den *dominus* nicht mehr *res integra*.

Der Fall der Abwesenheit des *dominus negotiorum* ist in den Quellen so entschieden in den Vordergrund gestellt, daß man wohl fragen kann, ob die unvertretene Abwesenheit des Geschäftsherrn ursprünglich nicht geradezu ein Erfordernis der Entstehung der *obligatio negotiorum gestorum* gewesen sei. Dann würde die generelle *negotiorum gestio*, die auf die Verwaltung der gesamten Vermögensangelegenheiten sich erstreckende der älteste Fall der *negotiorum gestio* sein. Erwägt man die Sitte der Römer, im Fall ihrer Abwesenheit einen *procurator omnium bonorum* zu bestellen, so wird es wahrscheinlich, daß gerade, wenn von einem Abwesenden vor seiner Entfernung ein solcher *procurator omnium bonorum* nicht bestellt war, oder derselbe in Abwesenheit des Auftraggebers gestorben war, ohne Auftrag jemand für den Abwesenden als *procurator omnium bonorum* eintrat und *ex negotio gesto* ihm gegenüber als obligiert galt. Es bleibt natürlich nur eine Hypothese, daß generelle *negotiorum gestio* der ursprünglich einzig rechtlich anerkannte Fall derselben war.[1] Es kann auch von Anfang an eine *negotiorum gestio* in beschränkterem Umfange zulässig gewesen

[1] Eine andere Ansicht geht dahin, daß die *negotiorum gestio* sich ursprünglich auf die gerichtliche Geschäftsführung beschränkt habe. Vgl. die bei Wlassak, a. a. O. S. 41,

und die generelle *negotiorum gestio* nur der faktisch zuerst vorkommende und dann zunächst häufigste Fall derselben gewesen sein. Seit wann aber auch eine *negotiorum gestio* mit beschränkterem Umfange zulässig geworden sein mag: nur bei ihr muß man nach einem ihren Umfang bestimmenden Kriterium fragen, denn der *procurator omnium bonorum* mußte natürlich alle *negotia,* welche ein *vir diligens* vorgenommen haben würde, seinerseits besorgen.[1] Handelt es sich aber nicht um eine generelle *gestio,* so bestimmt das innere Moment, welches der Grund der Verpflichtung des Gestors überhaupt ist, auch den Umfang der Geschäftsführung, für welchen er haftet. Die *voluntas* des Gestors kann auf ein einzelnes Geschäft, sie kann auf einen Komplex von Geschäften gehen. Ausdrücklich wird in den Quellen hervorgehoben, daß, wer ein einzelnes Geschäft zu führen auf sich genommen, dadurch nicht verpflichtet sei, auch andere Geschäfte des *dominus* zu besorgen.[2] Es kann sein, daß der *gestor* zunächst ein einzelnes Geschäft eines Andern besorgen will und nach Erledigung desselben den neuen Entschluß faßt, noch irgend ein anderes *negotium* für denselben *dominus* zu besorgen. Diese zweite Thätigkeit ist nicht die einfache Fortsetzung und Vollendung der vorigen: es ist eine neue *gestio,* welche durch den neuen Entschluß von der frühern geschieden ist.[3] Darin besteht ein wesentlicher Unterschied der *gestio* des Tutors und Kurators von der des unbeauftragten *negotiorum gestor,* daß jenen der Umfang der Geschäftsführung durch eine *muneris necessitas,* diesem durch den beim Beginn der *gestio* kundgegebenen Entschluß vorgezeichnet ist (l. 20 pr. C. de neg. 2, 18 [19]). Indessen ergiebt sich aus der Natur der Sache, daß, wenn jemand ein Geschäft zu besorgen unternommen, welches keine ganz abgesonderte Erledigung zuläßt, sondern mit anderen in untrennbarer Verbindnng steht, so daß eine gedeihliche Erledigung nur durch Besorgung des damit in Zusammenhang Stehenden möglich ist, der *gestor* seine Thätigkeit auf alles zu erstrecken hat, was besorgt werden muß, damit das zunächst in Angriff genommene Geschäft gut geführt werde.[4]

Man hat gesagt,[5] die ältere Auffassung habe, wie die Vormundschaftsverwaltung, so auch die *negotiorum gestio* in lauter einzelne Akte zerlegt, erst später habe man die Vormundschaftsverwaltung und auch die *negotiorum gestio* als einheitliche Verwaltung anzusehen angefangen. Es ist zunächst diese Auffassung für die Verwaltung der Tutel nicht richtig; aus der die *familia pecuniaque* in ihrer Einheit ergreifenden einheitlichen *potestas* des Tutors folgt, daß

A. 6, Citierten. *Negotium*, meint Wlassak S. 57 f., sei ursprünglich hier in engerem Sinn verstanden, als in der spätern Zeit, in dem Sinn von „Rechtssache", „Prozeß". Dagegen spricht, daß das Wort in diesem Sinn häufiger in den späteren Kaiserkonstitutionen, als in den Digesten, und bei Cicero, soviel ich sehe, überhaupt nicht vorkommt. Für jene Ansicht soll ferner sprechen die Stellung des Edikts *de negotiis gestis*, nämlich unmittelbar hinter den Titeln *de cognitoribus et procuratoribus et defensoribus.* Aber auch wenn die *negotiorum gestio* sich noch auf andere Geschäfte beziehen konnte, welche passendere Stellung konnte der Prätor dem Edikt darüber geben, als hinter jenen Titeln, wenn er es nicht zum Mandat, also den *bonae fidei* Kontrakten, stellen wollte? Auch soll gar nicht geleugnet werden, daß eine Hauptveranlassung zur Aufstellung des Edikts, welches die Grundlage des *contrarium iudicium* bildet, das Streben gewesen ist, namentlich die auftraglose gerichtliche Stellvertretung zu befördern. Vgl. l. 1 D. h. t.

[1] L. 5 (6) § 14 (12) D. h. t. Vgl. auch l. 20 (21) § 2 D. h. t.

[2] L. 20 C. de neg. gest. 2, 19. [3] L. 14 (15), l. 15 (16) D. h. t.

[4] L. 31 § 1 D. h. t.

[5] Pernice, Labeo I, S. 497 ff.

seine *administratio* seit alters her als eine einheitliche angesehen wurde, über welche er nach Beendigung der Tutel dem gewesenen Pupillen Rechenschaft zu legen hatte. Vielmehr war die von Sabinus und Cassius[1] verteidigte Auffassung: *tutorem, prout gerit, in singulas res per tempora velut ex pluribus causis obligari* eine neuere, vermöge welcher sie für gewisse Fälle zu praktisch zweckmäßigeren Konsequenzen zu gelangen suchten; doch ist in den Worten „*velut ex pluribus causis*" genügend angedeutet, daß die *obligatio*, die Haftung des Tutors *ex una causa*, nämlich dem Beginn der *gestio* vermöge der vormundschaftlichen *potestas*, herrühre, und nur deren Wirkungen *per tempora* beurteilt werden sollten. Hatte z. B. der zur Tutel Berufene die *gestio* als *filiusfamilias* angetreten und dieselbe nach der Emancipation fortgesetzt, so frug sich, ob, was er vor oder nach der Emancipation geriert habe, nach verschiedenen Grundsätzen behandelt werden könne. Sabinus und Cassius waren dieser Ansicht, sie meinten, bezüglich der Verwaltung nach seiner Emancipation könne der Tutor *in solidum*, bezüglich der vor die Emancipation fallenden aber *in id quod facere possit* belangt werden. In ähnlicher Weise würden sie also bezüglich einer vor der Emancipation begonnenen und nach derselben fortgesetzten *negotiorum gestio* entschieden haben. Dieser Ansicht stand eine andere gegenüber, welche streng an den Konsequenzen der Einheitlichkeit der *obligatio tutelae, negotiorum gestorum, pro socio* festhielt: sie wollte also auf das *initium* der Obligation sehen und nach der in diesem Zeitpunkt stattfindenden *qualitas* oder *conditio personarum* die Wirkungen derselben beurteilen: war der *dominus negotiorum* in diesem Moment ein Pupill, so sollte er auch bezüglich der Fortsetzung der *gestio* nach eingetretener *pubertas* nur bis auf die Bereicherung belangt werden können; war der Tutor beim Beginn der *tutelae gestio filiusfamilias*, so sollte er auch bezüglich der Verwaltung nach erfolgter Emancipation das *beneficium competentiae* geltend machen können. Dieser Ansicht waren noch Pomponius und nach ihm Paulus.[2] — Daß man nicht daran dachte, im Falle einer schon der anfänglichen *voluntas* nach umfassendern *gestio* dieselbe in einzelne Geschäfte aufzulösen und so viel Obligationen als Einzelgeschäfte anzunehmen, zeigt die Äußerung gerade von Sabinus in l. 38 pr. D. pro socio 17, 2, in welcher das *iudicium negotiorum gestorum* neben dem *pro socio* und *tutelae* zu den *bonae fidei iudicia generalia* gezählt wird. Auch die *actio negotiorum gestorum* wurde erst nach beendigter *gestio* angestellt und umfaßte sämtliche der *voluntas* des Gestors nach in den Bereich derselben fallenden Geschäfte und Unterlassungen. Sie konnte natürlich erst angestellt werden, nachdem die Verhinderung des *dominus* aufgehört bezw. derselbe von der Einmischung in seine Interessensphäre Kenntnis erlangt hatte. Von dem Moment an, wo der *dominus* in den Stand gesetzt ist, selbst das Nötige thun zu können, braucht der *gestor* infolge der frühern Übernahme der *gestio* sich nicht mehr in seinem Interesse zu bemühen. Setzt er aber die *gestio* mit Vorwissen und Zulassen des Geschäftsherrn fort, so muß man für die Zukunft ein Mandat des letztern annehmen. — Ohne hier weiter auf den Inhalt der *actio negotiorum gestorum* einzugehen, möge nur noch bemerkt werden, daß zwar die Stellung des *gestor* auch als ein *officium* bezeichnet wird, welches ihn dem Geschäftsherrn *fidem* zu prästieren verpflichtet, daß dieses *officium* aber keineswegs als ein so heiliges

[1] L. 37 D. de admin. et per. tut. 26, 7.
[2] L. 14 (15) D. de neg. gest. 3, 5.

angesehen wird, wie das infolge Mandats übernommene oder das durch Berufung zur Tutel überkommene. Das *iudicium negotiorum gestorum* ist daher nie zu den *iudicia turpia* gerechnet, die Verurteilung des *gestor* zog nicht die Infamie für ihn nach sich. Es hat das darin seinen Grund, daß er, selbst wenn er dolos handelt, doch kein in ihn gesetztes Vertrauen getäuscht hat. Auch sah man wohl das ganze Rechtsverhältnis als ein für den Rechtsverkehr so unentbehrliches und nützliches an, daß man, um nicht dem notwendigen Eintreten einer *gestio* irgend welche Hindernisse zu bereiten, sich wohl hütete, die Übernahme derselben noch gefährlicher zu machen.

e. Die *actiones contrariae.*

§ 63. Es giebt eine Anzahl von *bonae fidei*-Obligationen, bei welchen dem Verpflichteten gegenüber dem Berechtigten ein *iudicium contrarium* zur Geltendmachung von mit dem Anspruch dieses zusammenhängenden Gegenansprüchen zusteht: es sind einmal die zu den *bonae fidei*-Obligationen gehörenden *obligationes quae re contrahuntur,* nämlich Kommodat, Depositum, Pfandrealkontrakt, zu welchen noch die alte *fiducia* hinzukommt, sodann die Obligationen auf Führung von Geschäften in Vertretung eines Andern, also Mandat, *negotiorum gestio, tutelae obligatio.* Es fragt sich, ob die später aus allen diesen Obligationen entspringende *actio directa* und *contraria* gleichzeitig aufgekommen oder successiv entstanden sind, so daß eine Zeit lang die *directa* ohne die *contraria* bestand. Wenn Zimmermann sich gegen die successive Entstehung der aus der *negotiorum gestio* entspringenden *actio directa* und *contraria* mit Entschiedenheit namentlich wegen des Charakters dieser Klagen als *bonae fidei actiones* erklärt, so muß er bei allen jenen Obligationen gleichzeitige Entstehung der *directa* und *contraria actio* annehmen, denn sie alle gehören zu den *bonae fidei iudicia.* Dieser Ansicht gegenüber steht die Ansicht Bekkers u. a., daß die *actiones contrariae* später als die ihnen entsprechenden *actiones directae* entstanden seien.[1] Auch ich halte das für richtig. Alle die obengenannten Obligationen sind zunächst einseitige: der Kommodatar, Depositar, Pfandgläubiger sind zur Rückgabe verpflichtet, der Mandatar u. s. w. zur Führung der übernommenen Geschäfte. Aber es sind Kausalobligationen, welche unter der Herrschaft der *bona fides* stehen; es stand zwar nur dem Kommodanten, Mandanten eine *actio* zu, aber diese Klage war von jeher ein *arbitrium,* später *bonae fidei iudicium.* Dem Ermessen, dem *officium* des *arbiter* war es überlassen, Retentionen wegen auf die zurückzugebende Sache gemachter Verwendungen, Abzüge aufgewendeter Kosten von den herauszugebenden Geldern zu gestatten. Später noch erscheint es den römischen Juristen als das Zunächstliegende, solche Gegenansprüche wegen Verwendungen durch Retention, Abrechnung gegenüber der *actio directa* geltend zu machen und erst für Fälle, wo solche Geltendmachung nicht thunlich ist, auf die *contraria actio* zu verweisen. Auch der *arbiter* selbst konnte, seit er den Inhalt des Anspruchs in Geld umzusetzen hatte, Anspruch und Gegenanspruch zu Geld abschätzen und den Beklagten nur auf den Betrag, um welchen der erstere den letztern überstieg, verurteilen. Daß solche Kompensation möglich war, auch ohne daß ein klagbarer Gegenanspruch existierte, deutet schon

[1] Aktionen I, S. 150. Bernice, Labeo II, S. 315 f., S. 124 f. Demelius, Ztschr. f. Rechtsgesch. II, S. 221. Wlassak, Zur Gesch. der *neg. gest.* S. 195.

Q. Mucius bei Cic. de off. III, 17 an, indem er als Sache des *iudex* bei den *bonae fidei iudicia* erklärt, festzusetzen, *„quid quemque cuique praestare oporteat (praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria)*, also das Bestehen der *iudicia contraria* nur als bestärkend für jenen Satz, nicht als unumgängliche Voraussetzung bezeichnet; man betrachtete eben den Betrag der Impensen als nach der *bona fides* einfach den des Klaganspruchs mindernd. Aber auf die Dauer war damit dem Interesse des Hauptverpflichteten nicht genügt; es gab Fälle, wo von dem Retentionsrecht kein Gebrauch gemacht werden konnte, viele Fälle mochten auch vorkommen, in denen der *arbiter* von dem ihm zukommenden Kompensationsrechte nicht Gebrauch machte. Q. Mucius bezeichnet es ja geradezu als Sache eines *magnus iudex*, eines bedeutenden Richters, hier die richtige Festsetzung zu treffen. Man mochte sich im voraus möglichst durch ausdrückliche Verabredung von Deduktionen, welche der *arbiter* demnächst nicht übersehen konnte, zu schützen suchen. In den *leges locationis*, welche bei Cato überliefert sind, c. 144 u. 145, werden die Abzüge, welche der *locator* zu machen befugt sein soll, genau bestimmt. Daraus darf man nicht schließen, daß das Gegenüberstellen, Abrechnen und durch Rechnung Aufheben von Ansprüchen ganz außerhalb der Thätigkeit des Richters jener Zeit gelegen habe.[1] Nur das ist daraus zu entnehmen, daß mancher schwerfällige und steife *iudex* von seinem Ermessen keinen genügenden Gebrauch machte, darum suchte man durch vorsichtige, fast pedantische Verabredungen sein Ermessen möglichst zu binden. Immerhin kamen Fälle genug vor, wo auch derartige spezielle Verabredungen nicht ausreichen konnten, und das Bedürfnis einer dem Hauptverpflichteten zu gewährenden Klage hervortrat. Begründen konnte man eine solche dadurch, daß man das Vertragsverhältnis als ein gegenseitiges auffaßte: der Depositar, Kommodatar u. s. w. versprachen die Rückgabe für Ersatz der etwa von ihnen zu bestreitenden, nach *bona fides* ihnen zu ersetzenden Verwendungen. Von einer derartigen Auffassung aus konnte man sagen: *geritur negotium invicem*, es kam danach von vornherein eine *obligatio*, eine Haftung auch des Hauptberechtigten zustande, wenngleich es von Eventualitäten abhing, ob daraus wirkliche Ansprüche des Hauptverpflichteten erwachsen würden. Bei welchem Verhältnis zunächst eine solche Klage zur Geltendmachung von Gegenansprüchen aufgekommen ist, wissen wir nicht. Das aber läßt sich sagen, daß sie bei einigen jener Verhältnisse im Civilrecht noch nicht aufgestellt ist, nämlich bei *negotiorum gestio* und Tutel. Der Grund davon liegt wohl darin, daß bei ihnen jene oben angegebene Begründung der Gegenklage nicht möglich war. Es sind keine Verträge, man konnte nicht sagen, der Geschäftsherr habe für die Besorgung der Geschäfte die Erstattung der bei der Besorgung *bona fide* zu machenden Auslagen zugesagt. Nur direkt auf Grund des praktischen Bedürfnisses konnte hier eine *actio* gewährt werden, wie es demnächst durch das Edikt geschehen ist. Warum aber wurden diese *actiones* als *contrariae* bezeichnet? Deshalb, weil ursprünglich solche Klage zur Geltendmachung von Impensenansprüchen nur gegenüber der *actio* des Hauptberechtigten erhoben werden konnte: sie setzte die Anstellung dieser letztern *actio* voraus. Noch später wird mit einer gewissen Betonung gesagt in l. 17 § 1 D. commodati 13, 6: *Contraria commodati actio etiam sine principali moveri potest*, l. 1 § 8 D. de contraria tutelae act. 27, 4: *Hanc actionem dandam*

[1] Bekker in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. III, S. 438.

placet, et si tutelae iudicio non agatur. Demnächst verstand man sich allerdings dazu, die *contraria actio* auch, ohne daß die *directa* angestellt war, zuzulassen. Ursprünglich erschien sie gleichsam nur als ein Anhang der *directa actio*, welcher vor denselben *iudex*, wie diese, gewiesen wurde und denselben nötigte, auch über die etwaigen Impensenansprüche des mit der *actio directa* belangten Hauptverpflichteten zu erkennen. Aber auch der Umfang des Inhalts der *actiones contrariae* war, wie man mit Recht gesagt hat, früher ein beschränkterer. Für das ursprüngliche Wesen derselben ist sehr bezeichnend, daß der in einem *contrarium iudicium* Kondemnierte nach ausdrücklicher Bestimmung des prätorischen Edikts nicht infam wurde. In l. 6 § 7 D. de his qui not. i. 3, 2 ist der Grund davon dahin angegeben: — *nec immerito, nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere iudicio solet dirimi.* Der Satz samt dieser Begründung zeigt, daß ein von dem Hauptberechtigen gegen den Hauptverpflichteten begangener *dolus* ursprünglich nicht mit der *actio contraria* geltend gemacht werden konnte, sondern daß deren ursprüngliche und Hauptbestimmung die Abrechnung wegen der Verwendungen mit dem Hauptberechtigten war. Für den mit der *actio contraria* geltend zu machenden Impensenersatz scheinen dieselben Grundsätze gegolten zu haben, wie bezüglich des denselben Zweck verfolgenden Retentionsrechts.[1]

f. Allgemeiner Charakter der *bonae fidei iudicia.*

§ 64. Die aus den zuletzt dargelegten Geschäften *(commodatum, depositum, pignus, emtio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, negotiorum gestio)* entspringenden *actiones* werden nebst ein paar anderen zu den *bonae fidei actiones* oder *iudicia* gerechnet. Es erscheint daher hier nach der Einzelbetrachtung derselben der geeignete Ort, ihren Gesamtcharakter ins Auge zu fassen. Ihnen allen gemeinsam ist die *intentio: quidquid dare facere oportet ex fide bona.* Mehrfach werden schon bei Cicero als eine große Gattung hervorgehoben *omnia iudicia* oder *arbitria in quibus additur ex fide bona.* Fragen wir nun vor allem, wie ist die *bona fides* zu verstehen? Voigt[2] sagt mit Recht, *fides* sei Prädikat eines Subjekts: bald Qualität, welche dem Subjekt inliege oder als inliegend gedacht werde (Zuverlässigkeit), bald Attribut, welches dem Subjekt von einem beigemessen oder als beigemessen gedacht werde. Weiter fragt sich, an welches Subjekts *fides* bei der Klausel *ex fide bona* unserer *iudicia* gedacht sei. Bruns[3] meint, es lasse sich nicht sagen, daß der juristische Begriff der *bona fides* in Verbindung mit *negotia* und mit *actiones* ein anderer sei, als bei der subjektiven *bona fides* eines Besitzers. In der Formel hätten die Worte „*ex bona fide*" unzweifelhaft die subjektive Bedeutung, schon an sich und weil sie aus der alten Formel „*uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem*" hervorgegangen seien. Bruns scheint also als Subjekt der in der Formel erwähnten *bona fides* den Beklagten zu denken, er fügt dann aber hinzu, natürlich werde das Maß der zu prästierenden *bona fides* objektiv nach Billigkeit, *aequitas*, bestimmt, und insofern bekomme der Begriff dann auch eine objektive Bedeutung. Wenn aber die *bona fides* so schlechthin, ohne Hervorhebung eines bestimmten Subjekts hingestellt wird, so kann dieselbe überhaupt nicht als

[1] Vgl. Pernice, Labeo II, S. 165. [2] Ius naturale Bd. IV, 3. Abt., S. 377.
[3] Das Wesen der *bona fides* bei d. Ersitzung S. 79 f.

Prädikat eines konkreten Subjekts, welches hier nur der Beklagte oder Kläger sein könnte, sondern nur als Prädikat eines abstrakten Subjekts, des *bonus vir*, dessen Funktion hier der ernannte *arbiter* ausüben soll, gedacht sein. Damit gewinnt die *bona fides*, trotz ihrer subjektiven Beziehung, die Bedeutung einer allgemeinen Norm, einer Norm aber, welche ebenso wie die *aequitas* nicht von Anbeginn an in festen Satzungen ausgeprägt ist, sondern aus dem redlichen Willen, der ehrlichen Gesinnung des *bonus vir* zu schöpfen ist. Nicht unterschieden zwischen der subjektiven *fides* (der des konkreten Subjekts) und der, wenn ich so sagen darf, objektiven *fides* (der des *bonus vir*) wird auch in der Äußerung von Brinz,[1] die *bonae fidei negotia* seien allem Anschein nach einst lediglich auf Treu und Glauben gestellt, also klaglos oder rechtlich völlig frei gewesen, wie die voraugusteischen Fideikommisse auch durch *fides* bindend gewesen. Seit ihrer Klagbarkeit seien sie nun zwar rechtlich bindende oder obligatorische Geschäfte und insoweit unter der Herrschaft des Rechts, immerhin aber noch in gewissen näher angeführten Beziehungen der Moral von Treu und Glauben unterstellt. Offenbar denkt sich Brinz hier die *bona fides* als die subjektive, wenn er sie der *fides* gleichstellt, welche die voraugusteischen Fideikommisse schützte, denn diese war die subjektive Redlichkeit des belasteten Erben *(fidei tuae committo)*. Ihre Klagbarkeit verdanken auch die *bonae fidei negotia* nach ihm nicht der *bona fides*, sondern dem Recht, welches ihr gegenübergestellt wird. In dieser Beziehung stimmt also Brinz mit Bechmann überein, welcher kategorisch behauptet,[2] die *bona fides* sei schlechterdings kein schulderzeugendes Prinzip, sie könne sich nur auf den Inhalt des obligatorischen Willens beziehen und auf die Art und Weise, wie sich innerhalb des als verpflichtend vorausgesetzten Verhältnisses Gläubiger und Schuldner gegeneinander verhielten. In Wahrheit ist aber jene objektive *bona fides*, die des *bonus vir*, eine die Geschäfte, auf denen die *societas vitae* zumeist beruht, die Kausalgeschäfte, von Grund aus beherrschende Norm, sie ist eine rechtsbildende Macht, welche innerhalb des Rechts steht und ein bestimmtes Gebiet desselben zwingend beherrscht. Das ist deutlich in der bekannten Formel: *quidquid o. e. r. N^um N^um A° A° dare facere oportet ex fide bona* anerkannt, denn *ex fide bona* hängt zunächst zusammen mit *oportet*, und *oportere ex fide bona* kann nur bedeuten: sollen nach der *bona fides*, gemäß der *bona fides*, sowie *meum esse ex iure Quiritium* bedeutet: mein sein nach dem Rechte der Quiriten. Also nicht bloß der Inhalt der Obligation, sondern diese selbst gründet sich auf die *bona fides* als bindende Norm. Dadurch erst, daß sie die Macht ist, welche dem Geschäft die Sanktion verleiht, wird sie auch für den Inhalt der Obligation maßgebend. Wie könnte Paulus den Kaufkontrakt als einen bezeichnen, *qui ex bona fide descendit*, wie könnte derselbe die daraus entspringende *actio* als ein *iudicium, quod ex bona fide descendit* bezeichnen,[3] wenn diese *bona fides* nicht die das Geschäft sanktionierende und die Obligation erzeugende Macht wäre? Aber da das Gewissen und der dadurch bestimmte redliche Wille des *bonus vir* die Norm abgiebt, so ist die Richtschnur, welche dieser abgiebt, zunächst nicht in objektiven Sätzen ausgeprägt, dem *officium* des Richters ist es überlassen, hier das für den einzelnen Fall Zutreffende zu finden. Dem *arbiter* ist damit eine *infinita largitio* eingeräumt, seine Instruktion

[1] Lehrb. d. Pandekt. II. 2. Aufl., S. 59. [2] Der Kauf I, S. 629.
[3] Sent. II, 17, 13. L. 57 § 3 D. de contrahenda emt. 18, 1.

hat keine ihn fesselnde Enge. Es ist hier der Ort, einer andern Ansicht über die Entwickelung der *bonae fidei iudicia*, welche sich Anhänger erworben hat, Erwähnung zu thun. Bekker[1] verteidigt die Annahme, daß manche der späteren *bonae fidei actiones* schon früher in das Rechtsleben eingeführt seien und später erst *bonae fidei* geworden, mit der Klausel *ex fide bona* versehen seien. Diese Annahme kann nur von derselben Anschauung ausgehen, daß die *bona fides* keine Obligationen erzeugende, sondern den Inhalt derselben bestimmende Norm sei. Hat eine Klage erst später den *bonae fidei*-Charakter angenommen, so war ihre Klagbarkeit keine Konsequenz der Herrschaft der *bona fides*. Meines Erachtens ist für alle die *bonae fidei iudicia* die *bona fides* in dem hier entwickelten Sinne die Obligation und Klage erzeugende Norm gewesen; seit sie überhaupt als klagbar anerkannt waren, sind sie *arbitria* (demnächst *bonae fidei iudicia* genannt) gewesen. Zu Ciceros Zeit war der Begriff keineswegs ein neuer. Macht es den Eindruck der Erwähnung einer neuen Einrichtung, wenn er sagt de off. III, 15 § 61: *Atque iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut tutela XII tabulis, et circumscriptio adolescentium lege Plaetoria et sine lege iudiciis, in quibus additur: ex bona fide agitur?* Ist von etwas Neuem die Rede, wenn es de natura Deor. III, 30 § 74 heißt: *Inde illa actio: Ope consilioque tuo furtum aio factum esse: inde tot iudicia de fide mala tutelae, mandati, pro socio, fiduciae; reliqua, quae ex emto vendito, conducto aut locato contra fidem fiunt?* In einem andern Punkte aber kann ich Bekker u. a. zustimmen, darin, daß die praktische Wirkung der Klausel allmählich gewachsen ist. Erst allmählich sind für die einzelnen *bonae fidei negotia* und für sie insgemein die Sätze entwickelt worden, welche wir im ausgebildeten römischen Recht finden. Zunächst war der *arbiter* auf sein eigenes Gewissen, seine eigene Erfahrung und Verkehrskenntnis angewiesen: er hatte hier eine unendlich schwierigere Aufgabe zu lösen, als der *iudex* bei der *actio de certa credita pecunia*. Die Aufgabe, welche hier zu lösen war, bezeichnet Q. Mucius daher mit Recht als die eines *magnus iudex*, eines bedeutenden Richters. Wie leicht konnte die *infinita largitio*, welche ihm eingeräumt war, in Willkür ausarten, wie leicht konnte er in Beurteilung dessen, was der *bona fides* in dem vorliegenden Fall entspreche, fehlgreifen![2] Daraus erklärt es sich, daß in älterer Zeit die Parteien bei Abschluß solcher *negotia* in der *lex* derselben so genau alles speziell vereinbarten. Dies geschah nicht etwa deshalb, weil im Judicium nichts habe Beachtung finden können, was nicht zwischen den Parteien ausdrücklich vereinbart worden wäre, sondern um das so weite und elastische *officium arbitri* zu binden: er hätte leicht etwas als gewollt annehmen können, was die Parteien in der That nicht wollten. Es gab ja noch keine genauer im Detail entwickelte *natura negotii*. Es bedurfte einer längern Arbeit der Jurisprudenz, welche in genauer Beobachtung der Verkehrssitte und der Zwecke der verschiedenen *negotia* erst das, was der *natura negotii* entspreche, reicher und reicher entwickelte. Daß diese Arbeit zwar noch keineswegs abgeschlossen,

[1] Aktionen I, S. 162 ff., S. 307. Ganz eigentümlich ist die Ansicht H. Krügers (Ztschr. d. Savignystift. XI, S. 193), nach welcher die *bonae fidei iudicia*, trotz der Formelworte *ex fide bona*, ursprünglich *stricti iuris* waren!

[2] Diese von dem unrichtigen Gebrauch des freien Ermessens her drohende Gefahr hebt noch Seneca de benefic. III, 7 hervor: *Ideo melior videtur conditio causae bonae si ad iudicem quam si ad arbitrum mittatur: quia illum formula includit et certos quos non excedat terminos ponat; huius libera et nullis adstricta vinculis religio, et detrahere aliquid potest et adiicere.*

aber schon tüchtig in Angriff genommen war, zeigt die Äußerung Ciceros in den Topica 17: *Privata enim iudicia maximarum quidem rerum in iurisconsultorum mihi videntur esse prudentia — —. In omnibus igitur iis iudiciis, in quibus „ex fide bona" est additum — — parati esse debent. Illi enim dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum, qui negotia aliena curasset, ei, cuius ea negotia fuissent; quid eum, qui mandasset eumve, cui mandatum esset alterum alteri praestare oporteret; quid virum uxori, quid uxorem viro, tradiderunt.* Es gab also schon eine juristische Tradition über die *bonae fidei negotia* und die einzelnen aus denselben sich ergebenden Verpflichtungen.

Für jene besonderen Vereinbarungen der Kontrahenten bei den *bonae fidei negotia* kommen zwei Ausdrücke vor: *lex* und *pactum*. Pernice[1] bemerkt darüber, der Ausdruck *lex* bezeichne den Kontrakt selbst samt den von den Parteien beliebten Zusätzen und besonderen Vereinbarungen, Bechmann:[2] *lex* im formellen Sinne bedeute den Vertrag selbst nach der Seite seiner formellen Redaktion. Pernice fügt hinzu, eigentlich aber verstehe man unter *lex* lediglich die von den Parteien beliebten Zusätze und besonderen Verabredungen, da die selbstverständlichen Voraussetzungen des Kauf- und Mietvertrags natürlich keiner ausdrücklichen Wiederholung bedürften. Ebenso sagt Bechmann, unter die *legum dictio* im materiellen Sinne werde niemals die Festsetzung der wesentlichen Punkte des Geschäfts bezogen, vielmehr sei diese etwas zu dem Abschluß des Geschäfts in seiner einfachsten Gestalt Hinzukommendes. Dies letztere trifft zu, aber es ist weiter zu behaupten, daß *lex* überhaupt nie das Geschäft in seinem wesentlichen Inhalt, auch nicht nach der Seite der formellen Redaktion bezeichnet. *Lex* bezeichnet immer nur die zu dem *bonae fidei contractus* hinzutretende nähere Vereinbarung und Regulierung von Punkten, welche durch den wesentlichen Inhalt des Geschäfts nicht gegeben sind. *Lex venditionis* ist nie die *venditio* ihrem essentiellen Inhalte nach, sondern es ist die für die *venditio* festgestellte *lex:* die *venditio* ist, wenn ich mich so ausdrücken darf, das Objekt der *lex,* sie kann also nicht selbst die *lex* sein. Wenn *in lege venditionis* und *in venditione* gleichbedeutend gebraucht ist, so bedeutet in der letztern Wendung das Wort *venditio* den Kontrakt samt seiner *lex.* Was uns denn auch von *leges venditionis* und *locationis* erhalten ist, enthält nie den wesentlichen Inhalt des Geschäfts, sondern immer nur nähere Regulierung von Punkten, die in demselben noch nicht enthalten sind. Für solche näheren Vereinbarungen kommt auch das Wort *pactum* vor, und es fragt sich, ob die Ausdrücke *lex* und *pactum* in ihrer Anwendung auf Festsetzung besonderer Modalitäten bei *bonae fidei contractus* sich ganz gleichstehen. Das ist nicht der Fall. Wenn die *lex* auch keine besondere Form erheischt, so ist sie doch immer eine Festsetzung in Worten, und zwar in einseitiger Rede des einen Kontrahenten (beim Kauf des Verkäufers, bei der Miete des *locator*), welche sich bei Festsetzung der Verbindlichkeiten des andern Kontrahenten des Imperativs oder Konjunktivs, bei der der eigenen des Futurums bedient. Für das *pactum* dagegen wird jeder beliebige Ausdruck angewandt, es kann möglicherweise auch stillschweigend abgeschlossen werden. Sodann wird *lex* nicht bloß für die zu dem obligatorischen Kontrakt hinzutretetenden Nebenberedungen, sondern auch für solche, welche dem darauffolgenden dinglichen Vertrage beigefügt und selbst von dinglicher Wirkung sind, gesagt. *Pactum* dagegen kommt

[1] Labeo I, S. 473. Vgl. auch III, S. 19 ff. [2] Der Kauf I, S. 264 ff.

nur in Anwendung auf Nebenberedungen obligatorischer, nicht dinglicher Natur vor. So erklärt es sich, daß wohl *lex commissoria*, nicht aber *pactum commissorium* gesagt wird. Fassen wir aber lediglich die Geschäfte obligatorischer Natur ins Auge, so findet der Ausdruck *lex* keine Anwendung auf die eine Societät näher regulierenden Parteiberedungen und ebenso nicht auf die das Dotalverhältnis regulierenden Beredungen. Was das letztere anlangt, so findet sich einmal in einem Fall, wo ein *extraneus* der Besteller der *dos* ist, das Wort *lex* angewandt, in l. 20 § 1 D. de pactis dotalibus 23, 4: *Si extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid vult pacisci et ignorante muliere, sicut et stipulari potest: legem enim suae rei dicit.* Der Grund, warum gerade bei Societät und Dotalverhältnis der Ausdruck *lex* vermieden wird, scheint mir in folgendem zu liegen. Es kann niemand *sibi legem imponere* (l. 7 § 8 D. de don. int. v. et u. 24, 1) oder doch nur bei Verträgen, welche auf Austausch von Leistungen gerichtet sind, im Interesse des andern Kontrahenten; wer eine Societät abschließt, der verabredet, daß gewisse Angelegenheiten ihm und dem *socius* gemeinsame sein sollen. Wollte man die dabei getroffenen näheren Verabredungen als *leges societatis* bezeichnen, so würden das den *socii* gemeinschaftlich, also von einem von ihnen sich selbst auferlegte *leges* sein. Hier diese Vereinbarungen als *leges* zu bezeichnen, widerspricht dem feinen juristischen und sprachlichen Gefühl der Römer. Auch durch Bestellung einer *dos* wird ein Rechtsverhältnis begründet, an welchem Ehemann und Ehefrau ein gemeinsames Interesse haben. Es ist ferner von so zarter Natur, daß die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten demnächst nach dem, was *aequius melius* sei, abgewogen werden sollen. Ist nun nähere Regulierung des Verhältnisses durch Nebenverträge hier überhaupt in viel beschränkterem Maße zulässig, als bei anderen *bonae fidei negotia*, so widerstrebt es hier wieder dem Gefühl der Römer, zulässige Vereinbarungen als *leges dotales* zu bezeichnen. — Der Satz, welchen Ulpian in l. 7 § 2 D. de pactis 2, 14 als einen bekannten und gebräuchlichen anführt (*solemus dicere*), nämlich: *pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis*, ist gewiß nicht erst in der Kaiserzeit aufgekommen, er muß Geltung gehabt haben, seitdem überhaupt irgend welche *bonae fidei negotia* als klagbar anerkannt sind; in der alten Zeit waren ja ausführliche *leges contractus* erst recht gebräuchlich, sie hätten keinen Sinn gehabt, wenn der *arbiter* sie nicht hätte beachten müssen.[1] Auch die von den Juristen der Kaiserzeit hinzugefügte Beschränkung, daß solche dem Kontrakt hinzugefügte *pacta ex parte actoris* nur dann als zum Inhalt des *bonae fidei iudicium* gehörig anzusehen seien, wenn sie *in continenti, in ingressu contractus* erfolgt seien, muß ebenso alt sein, denn nur unter dieser Voraussetzung konnte die Beredung als *lex* des *contractus* selbst angesehen werden, wie das ja Ulpian selbst in den Worten andeutet: *ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant* etc. Nur welche Beredungen als bloße den Inhalt des Kontrakts im einzelnen gestaltende *leges* angesehen werden könnten, war allerdings noch nicht mit der Anerkennung des Satzes, daß die *leges* an der Klagbarkeit des Kontrakts teilnähmen, entschieden, und läßt sich in dieser Rücksicht allerdings eine lang dauernde Entwickelung annehmen. — Wenn durch immer wiederkehrende Beredungen gleichen Inhalts eine feste Verkehrssitte sich gebildet hatte, so konnten die Parteien ohne Besorgnis solche Beredungen beim Abschluß des Geschäfts weglassen: der *arbiter* mußte den auf der Verkehrssitte beruhenden Satz anwenden, auch wenn dafür im konkreten

[1] So auch Bechmann, a. a. O. S. 657. Anders Pernice II, S. 87, A. 56.

Fall keine spezielle Beredung angeführt werden konnte.[1] Gewohnheitsmäßig mögen aber solche Beredungen in den Verträgen sich noch erhalten haben, auch nachdem ihr Inhalt längst zu den Naturalien derselben gerechnet wurde. Daß aber Jurisprudenz und Richter gar manches über die besonderen, sei es nur im einzelnen Fall getroffenen sei es ständig wiederkehrenden, Beredungen der Parteien hinaus als der *bona fides* entsprechend annehmen konnten,[2] sollte nicht bezweifelt werden: sie konnten insbesondere selbständig aus dem kausalen Moment des betreffenden Geschäfts Sätze herleiten, sowie sie andererseits besonderen Verabredungen der Parteien als über die *natura* des Geschäfts hinausgehend oder der *bona fides* widersprechend die Anerkennung versagen konnten. — Auch wenn man annimmt, daß bei den *arbitria* bezw. *bonae fidei iudicia* das Ermessen des *arbiter* ein weites war, so führt das doch nicht zu der Konsequenz, daß derselbe von Anbeginn auch auf die Motive der Eingehung des Rechtsgeschäfts habe eingehen, daß er also einem durch betrügerische Vorspiegelungen oder durch Drohungen hervorgerufenen Geschäft als gegen die *bona fides* verstoßend die Anerkennung habe versagen können. Die Motive, welche den Abschluß eines Geschäfts hervorgerufen, waren nach alter Auffassung überhaupt etwas ganz außerhalb des Rechtsgebiets Liegendes, der Kognition weder des *iudex* noch des *arbiter* Unterliegendes. Die erste Hilfe, welche dagegen gewährt wurde, war die vom Imperium der Magistrate ausgehende: die *in integrum restitutio*. Daß also die Entwicklung der *bonae fides* ihren Ausgangspunkt gerade von der Richtung gegen den sogenannten *dolus causam dans* genommen hake, muß in Abrede gestellt werden. Wohl aber hat innerhalb der zustande gekommenen Rechtsverhältnisse das Moment der subjektiven *bona fides* eine Rolle gespielt. Bei den verschiedensten *bonae fidei negotia* wird als Inhalt der Obligation das *bonam fidem praestare* angegeben: beim Kauf,[3] der *negotiorum gestio*,[4] dem Mandat,[5] der Societät,[6] der Tutel und Protutel.[7] In dieser Wendung bedeutet aber *fides* die subjektive *fides*, den Gegensatz des *dolus*. Der objektiven *fides*, unter deren Herrschaft jene *negotia* stehen, ist es vor allem gemäß, daß der Obligierte subjektive Redlichkeit, Ehrlichkeit prästiert, daß er sich keines *dolus* schuldig macht. Daß unter *fides* hier die subjektive *fides* zu verstehen sei, geht aus der einmal hinzugefügten Erläuterung hervor: *id est, ut a te dolus malus absit*, geht aber ferner daraus hervor, daß verschiedentlich neben dem *bonam fidem praestare* das *praestare diligentiam* gefordert wird, die *diligentia* also nicht unter *bona fides* begriffen wird. Hat denn aber *diligentia* wirklich mit *bona fides* gar nichts zu thun? Mit der objektiven *bona fides* allerdings: der objektiven *bona fides* ist es gemäß, daß in gewissen unter ihrer Herrschaft stehenden Obligationen der Schuldner *diligentiam* prästiere. Ja, es giebt *bonae fidei*-Obligationen, bei welchen nach der Auffassung gerade des ältern römischen Rechts die Verletzung der Diligenzpflicht als *mala fides*, als Verletzung der zu prästierenden subjektiven *bona fides* charakterisiert wird. Cicero hebt verschiedentlich unter den *bonae fidei negotia* außer der *fiducia* noch drei

[1] L. 31 § 20 D. de aed. 21, 1: — *ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire.* Vgl. Brinz, Pandekten (1. Aufl.) S. 1507. Karlowa, Civilpr. z. Z. der Legisakt. S. 141.

[2] So mit Recht Bechmann, a. a. O. namentl. S. 670.

[3] L. 68 pr. D. de contr. e. 18, 1. [4] Paul. sent. I, 4, 1.

[5] L. 10 pr. D. mandati 17, 2. [6] L. 35 D. pro socio 17, 2.

[7] L. 4 D. de eo qui pro t. 27, 5. L. 5 § 7 D. de adm. t. 26, 7.

andere besonders hervor: das Mandat, die Tutel, die Societät. Die aus diesen Verhältnissen entspringenden *iudicia* bezeichnet er als *iudicia de fide mala*, im Gegensatz der übrigen *bonae fidei negotia*, bei welchen auch etwas *contra fidem* geschehen könne (De nat. deor. III, 30 § 74). Wie er dies versteht, wird deutlicher durch seine Ausführung über das Mandat in d. Or. pro S. Roscio Amerino 38 § 111: *In privatis rebus si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset, sui quaestus aud commodi causa, verum etiam negligentius, eum maiores summum admisisse dedecus existimabant.* Aus dieser Äußerung und der sich daran anschließenden Ausführung geht hervor, daß die Römer beim Mandat nicht etwa bloß den *dolus*, sondern schon die *negligentia*, die Außerachtsetzung der Diligenz als eine Verletzung der subjektiven *bona fides*, als eine *mala fides* ansahen, so daß auch Kondemnation wegen bloßer *negligentia* die Infamie nach sich zog. Und dasselbe gilt von den anderen neben dem Mandat genannten Verhältnissen, nur daß bei Tutel und Societät aus hier nicht zu betrachtendem besonderm Grunde eine etwas weniger sorfältige Diligenz gefordert wurde, als beim Mandat. Bei den gewöhnlichen *bonae fidei negotia:* Kauf, Miete u. s. w. macht sich der Kontrahent nicht in erster Linie besonders zu subjektiver *bona fides* anheischig, sondern zu dem, was in solchem Verhältnis der objektiven *bona fides* entspricht; läßt er die schuldige Diligenz außer acht, so ist solches Betragen zwar *contra fidem*, gegen die objektive *bona fides*, aber es ist keine *fides mala*, keine *perfidia*. Bei Mandat, Tutel u. s. w. übernimmt der Kontrahent ein *officium*, er macht sich in erster Linie zu einer subjektiven *bona fides* anheischig, welche besondere Treupflicht nicht bloß durch *dolus*, sondern schon durch Negligenz verletzt wird. Jetzt wird auch erst die Stelle in Cic. Topica 10, 42 verständlich: *Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit: debet etiam procurator.* Es sind hier nicht die gewöhnlichen *bonae fidei negotia*, sondern die Verhältnisse gemeint, bei welchen die *condemnatio* Infamie nach sich zieht, unter dem *fidem praestare* ist hier also nicht das gewöhnliche *bonam fidem praestare*, sondern die besondere, nur bei jenen Verhältnissen in erster Linie Platz greifende Verpflichtung zu subjektiver *bona fides* gemeint. Zugleich leuchtet ein das Bedenkliche des Schlusses von jenen Verhältnissen auf die *negotiorum gestio*. Wenn der unbeauftragte Geschäftsführer durch den Beginn der *gestio* wirklich in gleicher Weise in erster Linie zu subjektiver *bona fides* verpflichtet würde, so müßte auch bei ihm eine bloße *negligentia* als *perfidia* behandelt werden, und die Verurteilung wegen derselben Infamie nach sich ziehen. In Wahrheit haben aber die römischen Juristen den Mangel der *diligentia* bei der *negotiorum gestio* nicht so behandelt.[1] Es haftet zwar der *negotiorum gestor* im allgemeinen für *diligentia*, aber diese Haftung wird nicht als in dem *fidem praestare* enthalten bezeichnet, sondern sie wird neben das *bonam fidem praestare* gestellt (Paul. sent. I, 4, 1: *Qui negotia aliena gerit, et bonam fidem et exactam diligentiam — praestare debet*).

[1] Verkannt ist der Unterschied zwischen den infamierenden *iudicia de fide mala* und den Klagen aus den gewöhnlichen *bonae fidei negotia* von Bechmann, Der Kauf I, S. 493, welcher von drei infamierenden Realkontrakten redet. Man könnte geneigt sein, dies für einen bloßen *lapsus* zu halten, wenn nicht auch Bekker, Aktionen I, S. 307, in befremdlicher Weise bemerkte, aus der Nichtaufführung der *actio commodati* unter den infamierenden Klagen bei Cic. Top. 42 und in der L. Iulia municipalis v. 111 sei zu schließen, daß die *actio commodati* damals noch nicht *bonae fidei* und noch nicht *famosa* gewesen sei. Selbst die *actio depositi* ist wohl erst später an Stelle der *actio fiduciae* eine *actio famosa* geworden.

Das Elastische, Flüssige im Wesen der objektiven *bona fides* hat nicht ausgeschlossen, daß nicht die römische Jurisprudenz im Anschluß an die Erfahrungen, welche das Rechtsleben ihr boten, Regeln, Maximen für das Verhalten der Parteien zu einander aufgestellt hat, aber diese Regeln sind nicht immer für alle, auch die gewöhnlichen, *bonae fidei negotia*, dieselben, sie passen sich den verschiedenen in diesen *negotia* ausgeprägten Kausalmomenten an; — sie können auch meistens durch spezielle Beredung der Parteien modifiziert werden. Ganz vorzugsweise paßt sich die Lehre der römischen Juristen über Prästation von *dolus* und *culpa* den verschiedenen Verhältnissen nach ihrem Kausalmoment an, die römischen Juristen haben hier nicht geglaubt, „mit einer einzigen kahlen Formel der Mannigfaltigkeit der Verhältnisse gerecht werden zu können".[1] Bis zu welcher Stufe der Ausbildung diese Lehre bereits von der republikanischen Jurisprudenz gefördert war, darüber liegt bei dem Mangel an Nachrichten und Anhaltspunkten ein Dunkel. Daß das „Gesamtfachwerk der sich gegenseitig kreuzenden und beschränkenden Regeln" nicht rasch und auf einmal aufgebaut ist, läßt sich, auch ohne daß wir den Entwickelungsgang kennen, von vornherein annehmen. Da, was der *bona fides* gemäß ist, nicht von vornherein feststand, sondern von den *arbitri* unter der Hilfe der Jurisprudenz aus ihrem Gewissen, ihrer Erfahrung und der Verkehrssitte geschöpft und entwickelt werden mußte, so läßt sich annehmen, daß man zunächst für die einzelnen *negotia* festzustellen suchte, wofür in ihnen die eine Partei der andern einzustehen habe, und erst durch eine Vergleichung der Resultate, welche man so gewonnen, zur Aufstellung allgemeinerer Gesichtspunkte kam. Dem entspricht die Schilderung, welche Cicero von der hier einschlagenden Thätigkeit der Jurisprudenz giebt, Top. 17, 66: — *illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio — — praestare oporteret — — tradiderunt.* Sehen wir nun, was über den Standpunkt der republikanischen Juristen in dieser Lehre bekannt ist. Schon oben ist bemerkt worden, daß nach Cicero pro Rosc. A. 111 ff. bei der *obligatio mandati* zwischen *malitia* und *negligentia* unterschieden wird.[2] Aus l. 5 § 3 D. commodati 13, 6: *Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam* etc. ergiebt sich ferner, daß Q. Mucius beim Kommodat zwischen Haftung für *culpa* und Haftung für *diligentia* unterschied. Von den Juristen der Kaiserzeit wird neben der Haftung für (*dolus* und) *culpa* und für *diligentia* als ein Drittes noch die *custodia* erwähnt, und daß auch diese Unterscheidung auf die *veteres* zurückgeht, wird durch einzelne Stellen direkt bewiesen. Unterschied man aber zwischen Einstehen für *culpa*, Einstehen für *diligentia*. Einstehen für *custodia*, so kann unter der erstern nur fahrlässige positive Vernichtung oder Beschädigung der geschuldeten Sache verstanden sein. Unter *diligentia* ist der der geschuldeten Sache zugewendete Fleiß, die ihr zuzuwendende Sorgfalt zu verstehen. Daß sie beim Kommodat den ordnungs- und abredemäßigen Gebrauch bedeute, kann ich nicht für richtig halten: denn durch nicht ordnungs-

[1] Ihering, Das Schuldmoment im röm. Privatr. S. 54.

[2] Die Stelle § 113: *In minimis privatisque rebus etiam negligentia in crimen mandati iudiciumque infamia revocatur, propterea quod, si recte fiat, illum negligere oporteat, qui mandarit, non illum, qui mandatum receperit* befindet sich in einem sehr zerrütteten Zustande, dessen Heilung allerdings juristische Kenntnis voraussetzt. Cicero schrieb wohl: *In minimis privatisque rebus etiam negligentia mandati in crimen vocatur iudicioque infamia notatur eo quod directe fit, propterea quod illum negligere oporteat, qui mandarit, non illum qui mandatum susceperit.*

und abredemäßigen Gebrauch überschreitet der Kommodatar ganz die Grenzen des Kommodats, für Diligenz haftet er aber innerhalb der Grenzen desselben. Der Gegensatz der *diligentia* ist die *negligentia;* eine solche würde z. B. vorliegen, wenn sich der Kommodatar der Pflege und der Unterhaltung des ihm geliehenen Tiers nicht in ordnungsmäßiger Weise annehmen würde. *Custodia* endlich ist die Behütung einer Sache, welche der Behütende detiniert, gegen Abhandenkommen, Beschädigung bezw. Vernichtung durch von außen eintretende Ereignisse, insbesondere auch Behütung derselben gegen Beschädigung und Vernichtung, Entwendung von seiten Dritter, endlich Überwachung des Sklaven oder Tiers zum Zweck der Verhütung von Entfliehen, Entspringen, kurz: Überwachung des geschuldeten Objekts zum Zweck der Sicherung desselben.[1] Die *custodia* ist nicht etwa eine *species diligentiae,* sie ist etwas neben der Diligenz, wie dies am schärften Brinz[2] ausgeführt hat. *Custodire,* sagt er mit Recht, ist eine gewisse Art von Handlungen (Postenstehen, Umzäunen, Verschließen u. s. w.), *diligentia* dagegen keine gewisse Handlung, sondern nur ein gewisses Maß leiblicher und geistiger Anstrengung (Energie) in einer Handlung oder Unterlassung. Sofern das *custodire,* was möglich ist, den selbständigen und alleinigen Inhalt einer Obligation bildet, kommt es hier für uns nicht in Betracht. Es kann aber jemand neben anderweitigen Leistungen ausdrücklich oder stillschweigend *custodiam* übernehmen. Da fragt sich nun, worauf Brinz nicht antwortet, wie denn das Haften für *custodia* neben dem Haften für *culpa* und *diligentia,* welche nur Modalitäten im sonstigen Inhalt der Obligation zu bilden vermögen, aufgeführt werden könne, wie wenn es auch nur eine solche Modalität wäre? Das *custodire* ist in diesen Fällen ein die Handlung, welche den Hauptinhalt der Obligation bildet, vorbereitendes und sicherndes Handeln: damit die Sache restituiert, geleistet werden könne, damit dieses Restituieren einigermaßen gesichert sei, muß zunächst das *custodire* stattfinden. Insofern kann die *custodia* neben jenen Modalitäten im Inhalt der Leistung aufgeführt werden.

Das Einstehen für *culpa* kommt natürlich nur bei Obligationen vor, bei welchen eine Sache geschuldet wird, das Einstehen für *diligentia* vorzugsweise bei Obligationen, welche Führung fremder Geschäfte zum Inhalt haben; indessen kann die erstere Haftung auch bei diesen letzteren Obligationen vorkommen, sofern durch die Geschäftsführung Sachen in die Hände des Geschäftsführers gekommen sind, welche er dem Vertretenen herauszugeben hat, und das Einstehen für *diligentia* kann neben der Haftung für *culpa* auch bei den Obligationen stehen, bei welchen eine Sache geschuldet wird, wie beim Kommodat und dem Kauf. Das Einstehen für *custodia* trifft diejenigen, welche fremde Sachen zur Detention erhalten und dieselben demnächst zurückzugeben verpflichtet sind, wie Kommodatare, Pfandgläubiger, Mieter, Vermieter; es trifft auch den Verkäufer bezüglich der noch nicht tradierten Sache. Warum der *venditor* für *custodia* hafte, hält Brinz für unaufgeklärt. Er sagt, es geschehe aus Gründen, welche sich denken, aber nicht sagen ließen.[3] Meines Erachtens liegt dem Verkäufer die *custodia* aus ganz ähnlichem, später darzulegendem Grunde ob, wie den anderen für *custodia* einstehenden Obligierten. Daß aber überhaupt die *custodia* ihm obliegen kann, erklärt sich aus dem Übergehen des *periculum* auf den Käufer vom Moment des Kaufabschlusses, wie denn auch

[1] Gut handelt jetzt über den Begriff der *custodia* Bruckner, Die *custodia* nebst ihrer Beziehung zu *vis maior* S. 1 ff.

[2] Lehrb. d. Pandekten II, 1[2], S. 262 f. [3] A. a. O. S. 269.

beides in l. 14 pr. D. de furtis 47, 2 in Beziehung zu einander gebracht wird: — *ei sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.* Dagegen haften an sich für *custodia* nicht der Mandatar, *negotiorum gestor,* Tutor, *socius.* Fassen wir vor allen den Mandatar ins Auge. Er haftet für *diligentia,* also, sagt man, falls ihm Sachen zur Vollziehung des Auftrags übergeben oder durch die Vollziehung in seine Hände gekommen sind, auch für *custodia.* Allein die in Bezug auf das übernommene Geschäft von ihm geschuldete *diligentia* schließt nicht eine besondere Haftung für *custodia* in Bezug auf jene Sachen ein. Sofern sich der Mandatar in Bezug auf die Vollziehung des Geschäfts einer Negligenz schuldig gemacht hätte und dadurch auch jene Sachen vernichtet, verschlechtert, abhanden gekommen wären, so würde er natürlich für den eingetretenen Schaden haften. Er kann aber in Bezug auf das übernommene Geschäft die geschuldete Diligenz anwenden, ohne jenen Sachen ein besonderes Augenmerk, eine besondere Bewachung zu widmen, wie das Einstehen für *custodia* verlangt. Daß die in Bezug auf die Geschäftsausrichtung im ganzen geschuldete Diligenz nicht auch das besondere Einstehen für die *custodia* einschließt, dafür lassen sich auch äußere Belege beibringen. In l. 5 § 4 D. de praescriptis verb. 19, 5 ist als Anwendung des Satzes, daß das *mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere* kann, angeführt, ich könne dir auftragen, daß du mir auch für *custodia* einstehest. Danach liegt also das besondere Einstehen für *custodia* nicht in der *natura mandati.* In l. 1 § 12 D. depositi 16, 3 ist der Fall behandelt, in welchem jemand beauftragt wird, eine Sache einem Dritten, welcher sie als Depositar aufbewahren soll, zu überbringen; zugleich wird ausgemacht, daß der Mandatar, falls der Dritte die Sache nicht annehmen werde, die *custodia* für dieselbe übernehmen solle. Es wird gefragt, ob, falls der Dritte die Sache nicht annehme, gegen den zur Überbringung Beauftragten die *actio depositi* oder auch in Bezug auf die übernommene *custodia* die *actio mandati* begründet sei. Ulpian ist der Meinung, daß die *actio mandati* begründet sei, *quia plenius fuit mandatum habens et custodiae legem.* Hier geht der Auftrag nicht bloß auf Überbringung, sondern eventuell auf Aufbewahrung der Sache: es war ein *plenius mandatum,* nicht aber ein *mandatum,* welches *naturam suam excedit.* Hätte dagegen der Mandatar in Bezug auf die Überbringung noch besonders die *custodia* für die zu überbringende Sache übernommen, so wäre das ein *mandatum ex pacto naturam suam excedens.* Zu diesem Resultat stimmt l. 14 § 17 D. de furtis 47, 2. Danach soll dem, welcher den Auftrag übernommen, einen Brief zu überbringen, im Fall der Entwendung desselben die *actio furti* zustehen, *si custodia eius ad eum pertinet,* wenn ihn die *custodia* für den Brief trifft. Diese trifft ihn also nicht schon vermöge des Mandats, den Brief zu überbringen, sondern, wie sich aus dem Verlauf der Stelle ergiebt, *si custodiam eius rei recepit vel mercedem perferendae accipit,* also wenn er die *custodia* durch besonderes *pactum* übernommen oder wenn kein Mandat vorliegt, sondern nur Miete. Danach ist denn auch § 9 derselben Lex zu verstehen.

Ebenso ist auch für den *negotiorum gestor,* den Tutor, Protutor die Haftung für *custodia* nirgends in den Quellen ausgesprochen: von ihrer allgemeinen Diligenzpflicht werden die zum Zweck der Geschäftsführung und durch dieselbe in ihre Hände gekommenen Sachen umfaßt, aber für eine besondere noch neben dieser allgemeinen Diligenzpflicht stehende *custodia,* wie Kommodatare, Verkäufer u. s. w., stehen sie nicht ein. Für Entwendung, Beschädigungen durch Dritte werden also alle diese Personen lange nicht so oft haften, wie Kommodatare,

Verkäufer, weil sie den betreffenden Sachen keine besondere *custodia* zuzuwenden brauchen. Auch mit dem *socius* steht es nicht anders. Nur in solchem Fall, wie in dem in l. 52 § 3 D. pro socio 17, 2 erwähnten, wo einem Hirten *pecus in commune pascendum,* und zwar *aestimatum,* übergeben ist, haftet der Hirt für *custodia* gegen Entwendung: dieses ist die Wirkung der hinzugefügten *aestimatio.* Fragen wir nun, warum bei den Obligationen auf Rückgabe einer zum Kommodat, Miete, Pfand, Ususfruktus u. dgl. hingegebenen Sache und beim Verkauf der Verpflichtete neben *diligentia* für *custodia* einsteht, bei den Geschäftsführungsobligationen dagegen einschließlich der Societät der Obligierte nur im allgemeinen für eine gewisse Diligenz, nicht daneben noch besonders für *custodia* einsteht, so scheint mir der Grund der Verschiedenheit darin zu liegen, daß bei jenen der Verpflichtete die Sache, welche er zurückzugeben verpflichtet ist, um irgend eines eigenen von der andern Partei ihm zugestandenen Vorteils willen inne hat oder für die Sache einen Preis empfängt, weshalb er billigerweise sein Augenmerk noch besonders auf die Behütung dieser Sache gegen Fährlichkeiten zu richten hat; während bei den Geschäftsführungsobligationen der Geschäftsführer zunächst zur Führung des Geschäfts oder Geschäftskomplexes, nicht in erster Linie zur Rückgabe der Sachen, welche die Geschäftsführung in seine Hände bringt, verpflichtet ist und jene Geschäfte gratis, ohne irgend welche Vergeltung, besorgt. Wie maßgebend hier der Gesichtspunkt der Vergeltung, des eigenen Vorteils ist, zeigt die besprochene l. 14 § 17 D. de furt. 47, 2, wonach dem, welcher die Überbringung des Briefes übernommen hat, die *custodia* zur Last gelegt wird, wenn er *mercedem perferendae accipit.* — Es ist neuerlich behauptet worden, der Kommodatvertrag sei für die Ausbildung der Haftung für *culpa, diligentia* u. s. w. überhaupt von der größten Bedeutung gewesen, die Kulpahaftung beim *pignus* und noch anderen Kontrakten sei der beim Kommodat nachgebildet.[1] Wäre dem so, so läge darin etwas Auffälliges, denn der Leihvertrag als rechtlich bindender Vertrag spielt im praktischen Leben gewiß keine ältere und bedeutendere Rolle, als *pignus* und Kauf. Daß die allgemeinen Erörterungen der römischen Juristen über *culpa, diligentia, custodia* sich vorzugsweise an das Kommodat anknüpfen, hat meines Erachtens einen ganz äußerlichen Grund. Im System des Edikts stand von allen *bonae fidei*-Kontrakten das Kommodat an erster Stelle, dem Kommentator des Edikts bot sich hier also zuerst Gelegenheit, auf Prästation von *culpa, diligentia, custodia* bei *bonae fidei*-Kontrakten einzugehen. Es erscheint also ganz natürlich, daß er hier schon die betreffenden Maximen entwickelte und demgemäß bei der Erörterung der *actiones* aus *pignus,* Kauf u. s. w. darauf verwies.

Zu fragen ist nun, ob aus den Bestimmungen, welche für die einzelnen *bonae fidei*-Obligationen in Praxis und Theorie angenommen waren, schon in republikanischer Zeit die allgemeine Maxime abstrahiert war, welche in l. 108 § 1 D. de leg. I (30) so formuliert ist: *sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut, si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius dolus tamtummodo praestetur.* Daß diese Formulierung der *regula,* wie sie Modestin nennt, eine stehende war, zeigt die Erörterung dieses Juristen in Coll. X, 2, § 1: *quia utriusque contrahentis utilitas intervenit, utrumque praestatur: depositi vero causa sola deponentis utilitas vertitur, et ibi dolus tantum praestatur* § 2 — — *quia utriusque contrahentis utilitas intervenit* — § 3 — —

[1] Pernice, Labeo II, S. 285. Vgl. auch Dernburg, Pandekten II (2. Aufl.), S. 99, A. 3.

quamvis singulariter denotare liceat, in tutelae iudicio utrumque deduci, cum solius pupilli, non etiam tutoris utilitas in administratione versetur. Wann ist diese *regula* aufgekommen? Ist es richtig, wie A. Pernice[1] meint, daß hier einer der vielen juristischen Gedanken Julians vorliege, die die Folgezeit auszuarbeiten nicht mehr die Kraft gehabt habe? Es giebt nun Stellen, welche jedenfalls zeigen, daß die Juristen der letzten Zeit der Republik den Gedanken, welcher der *regula* zu Grunde liegt, schon angewandt haben. Wenn in l. 5 § 3 D. commodati 13, 6 bemerkt ist, daß das Kommodat meistens nur dem Kommodatar Vorteil bringe *(plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur),* und daß deshalb die Meinung des Quintus Mucius *verior* sei, daß der Kommodatar für *levis culpa* und *diligentia* einzustehen habe, so ist danach doch anzunehmen, daß Quintus Mucius darauf seine Entscheidung gestützt, daß der Kommodatar Vorteil aus dem Verhältnis ziehe. Wenn ferner Alfenus in einem *responsum* bei Gelegenheit einer speziellen Entscheidung den allgemeinen Satz hinstellt: *nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi,* so ist doch darin der Gedanke ausgesprochen, daß bei onerosen Verträgen der einzelne Kontrahent für *culpa (levis)* hafte. Die Worte aber: *in re, quae utriusque causa contraheretur* erinnern ganz deutlich an die in der obigen Stelle überlieferte Fassung unserer *regula.* Die Formulierung des Gedankens in der *regula* ist nun aber zu eng und infolgedavon unrichtig. Daß, wenn *unius solius commodum versetur,* nur *dolus* prästiert werde, trifft zu in Bezug auf die Haftung des Depositars, und etwa auch für das *precarium,* wenn man den Grund der Haftung des *precario rogans* nur für *dolus* (was allerdings unrichtig wäre) in unserer *regula* finden wollte. Wohin aber führt die Anwendung der *regula* in jener Fassung für den Kommodatar? Daß man hier in Verlegenheit kam, zeigt Modestins Entscheidung in der Coll. X, 2 § 1: um zu dem richtigen Resultat zu gelangen, daß der Kommodatar für beides, *dolus* und *culpa,* hafte, führt er als Grund an: *quia utriusque contrahentis utilitas intervenit;* denn wenn er annahm, daß *in commodati causa* nur die *utilitas* des Kommodatars versiere, so schien er durch die *regula* zu der Konsequenz genötigt zu werden, daß der Kommodatar nur für *dolus* einstehe. Ob es unter den römischen Juristen Regelgläubige gegeben hat, welche sich zu dieser Konsequenz verstanden, wissen wir nicht. Doch scheinen die Worte Ulpians in l. 5 § 3 D. commodati 13, 16 — *et ideo verior est Q. Mucii sententia existimantis et culpam praestandam* u. s. w. zu zeigen, daß es in der Frage der Haftung des Kommodatars Meinungsverschiedenheiten gegeben; sie zeigen aber auch, daß schon Q. Mucius in Widerspruch mit der Fassung der *regula* den ihr zu Grunde liegenden Gedanken, daß, wer Vorteil aus dem Verhältnis hat, für *(levis) culpa* einstehen solle, richtig gehandhabt hat. Unmöglich kann aber jene *regula* einem Juristen von der geistigen Höhe eines Julian zugeschrieben werden, einem der bedeutendsten Juristen einer Zeit, welche zwar an juristischen Gedanken reich, aber der regelartigen Formulierung derselben abgeneigt war. Gerade weil hier in einer nicht geschickten Formulierung ein fruchtbarer juristischer Gedanke in einer *regula* fixiert ist, wird man dieselbe in ältere Zeit verlegen dürfen: in die Zeit, in welcher die über die reine Kasuistik sich erhebende republikanische Jurisprudenz besonders geneigt zur Aufstellung solcher *regulae* war. Der Gedanke aber, daß das Interesse, welches die Parteien an dem Ver-

[1] Labeo II, S. 282.

hältnis haben, das Maß der Kulpahaftung bestimme, ist überhaupt gar nicht gemeint als ein Prinzip, welches ausschließlich die Haftung für *culpa* und *diligentia* bei *bonae fidei*-Obligationen bestimmen soll: er ist vielmehr nur einer von mehreren leitenden Gesichtspunkten. Alle Obligationen nämlich, welche auf Führung fremder Geschäfte, Wahrnehmung fremder Interessen in Fürsorge für die, um deren Interessen es sich handelt, gerichtet sind, stehen in Bezug auf die zu prästierende *diligentia* nicht unter der Herrschaft jenes Gesichtspunkts. Wer das *officium* übernommen, Geschäfte für andere, sei es nur ihre, sei es in Verbindung mit eigenen zu besorgen, wer für diese Geschäftsbesorgung seine subjektive *fides* eingesetzt hat, haftet für *diligentia*, mag er Vorteil aus dem Verhältnis haben oder nicht. Die übernommene *vicaria fides* ist mit *negligentia* nicht vereinbar. *Quid recipis mandatum*, heißt es bei Cicero, *si — neglecturus — es? — Cur mihi te offers, ac meis commodis, officio simulato, officis et obstas? recede de medio: per alium transigam.* Der unbeauftragte *negotiorum gestor* aber muß sich sagen, daß ihm der *dominus negotiorum* die betreffenden Geschäfte nur in der Voraussetzung, daß er dieselben sorgsam führen werde, anvertraut haben würde: die Norm der objektiven *fides* verpflichtet ihn, in derselben Strenge zu haften, wie wenn er dem *dominus* gegenüber seine subjektive *fides* eingesetzt hätte, seine Einmischung hat vielleicht einen wirklich sorgsamen abgehalten, die Geschäftsführung auf sich zu nehmen. Daß bei gewissen Obligationen auf Wahrnehmung fremder Interessen noch ein anderer, die Haftung mildernder Gesichtspunkt daneben eingreifen kann, hindert nicht, daß sie an sich auch unter dem diese ganze Obligationengruppe beherrschenden Gesichtspunkt stehen.

Zunächst ist jetzt der Maßstab ins Auge zu fassen, welcher an das Verhalten des Schuldners angelegt wird, um zu bestimmen, ob eine *culpa, negligentia* oder Mangel an *custodia* vorliege. Es ist der der *diligentia* eines römischen *paterfamilias*. Pernice[1] meint, der *bonus paterfamilias* trete in republikanischer Zeit schon bei nichtjuristischen Schriftstellern, aber erst seit dem Beginn der Kaiserzeit auch bei den Juristen auf. In Betracht kommt dafür das *responsum* in l. 12 (11) D. de periculo 18, 6. Dasselbe lautet vollständig: *respondit: quia sine patrisfamilias culpa fieri potest neque, si servorum neglegentia factum esset, continuo dominus in culpa erit, quam ob rem, si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.* Der Zusammenhang der Stelle weist deutlich daraufhin, daß im Beginn derselben der Eigentümer des Gebäudes nicht zufällig als *paterfamilias* bezeichnet ist, sondern das Wort hier vorkommt als der technische Ausdruck für den nachher angegebenen Begriff des *homo frugi et diligens*. Es war also dem Respondenten der spätern republikanischen Zeit, mag dies nun Servius oder sein Schüler Alfenus gewesen sein, der Begriff des *paterfamilias* schon geläufig. Und wenn der Jurist Cato in seiner Schrift de agricultura c. II sq. den *paterfamilias* in Bezug auf seine ländliche Wirksamkeit schildert, wie er sein soll, so kann man nicht zweifeln, daß er das Wort schon in dem Sinn der späteren Juristen gebraucht hat. Was ist denn aber unter dem *paterfamilias* zu verstehen? Ist er wirklich ursprünglich so abstrakt gedacht, wie man das gewöhnlich annimmt: als das Ideal eines verständigen Mannes, der überall sorgsam verfährt u. s. w. Solche Ideale wären schlechte Maßstäbe, um danach das Verhalten von Schuldnern in *bonae fidei*-Obligationen zu bemessen. Noch

[1] Labeo II, S. 331 f.

weniger ist es glaublich, daß der Römer der republikanischen Zeit einen solchen, ich möchte sagen, farblosen Maßstab als den anzulegenden gehabt haben sollte. Meines Erachtens ist hier *paterfamilias* in dem Sinne zu nehmen, den es auch sonst hat: es ist der gewaltunabhängige römische Bürger, welcher an der Spitze der *familia* steht und sich bei seiner absoluten Herrschergewalt über das ihm untergebene Hauswesen der vollen Verantwortlichkeit für das Wohl und Wehe desselben bewußt ist, der den Anforderungen der altrömischen *disciplina* entsprechende Hausvater, dessen Verhalten den Censoren bei ihren auf die Familienökonomie sich beziehenden Rügen vorschwebte, dessen Verhalten Cato in Bezug auf das ländliche Leben an der vorher angeführten Stelle vielleicht schon mit einer leichten Nuance der Ausartung in zu rücksichtslosem Egoismus schildert. Das Verhalten dieses römischen *paterfamilias*, wie er in der guten alten Zeit im Durchschnitt war, nicht das Verhalten eines Peregrinen, war das Vorbild, der Maßstab, mit welchem in den früher angegebenen Obligationen das Verhalten des Schuldners verglichen werden und welchem es entsprechen sollte. Das war ein objektiver, aber auch ein nicht zu abstrakter, sondern aus dem praktischen Leben gegriffener Maßstab, welchen ein römischer *arbiter* wohl handhaben konnte, und welcher der römischen Jurisprudenz eine gute Quelle für ihre Einzelentscheidungen wurde. Er kam aber zur Anwendung auf Kontrakte, welche nicht bloß unter römischen Bürgern, sondern auch unter Peregrinen abgeschlossen werden konnten, er spielte also eine Rolle in Prozessen, welche zum Jurisdiktionsgebiet des Peregrinenprätors gehörten und auch wohl von peregrinischen Richtern entschieden wurden. Sollte hier gerade die Diligenz des römischen Hausvaters das Muster abgeben? Mußte nicht an die Stelle des römischen Hausvaters der gute und sorgsame Hausvater überhaupt treten? Bedurfte man beim römischen Hausvater keiner besonderen Zusätze, um ihn als Muster hinzustellen, weil er im Durchschnitt (wenigstens in der alten Zeit) ein guter war, so mußte man jetzt Epitheta hinzufügen: der *bonus*, der *diligens paterfamilias*, oder wie sonst die Epitheta lauten mögen. trat an die Stelle des *paterfamilias* schlechthin, der *bonus paterfamilias* wurde identisch mit dem *homo frugi et diligens*. Nicht also hat sich der ältere *homo frugi et diligens* in den neuen *bonus paterfamilias* verwandelt, sondern der *paterfamilias* ist zum *homo frugi et diligens* abgeblaßt und verallgemeinert. Der Maßstab nun aber jenes *paterfamilias* war sowohl für die Frage der *culpa* wie der *diligentia* wie der *custodia*, wo dieselbe noch neben der *diligentia* geschuldet wurde, derselbe, daher auch wohl die Abwechselung in den Epithetis zum *paterfamilias:* er ist insbesondere *prudens* und *diligens*, auch *attentus* (vgl. l. 54 pr. D. de act. emti 19, 1, Cicero pro Quinctio 11). Ein Satz der römischen Juristen für die *bonae fidei*-Obligationen ist, daß die *imperitia* der *culpa* gleichsteht. Nach Pernice[1] ist es auf das bestimmteste bezeugt, daß erst seit Celsus *imperitia culpae adnumeratur;* indessen gerade die feste schulmäßige Formulierung der Regel, welche auch bei Gaius wiederkehrt,[2] ohne daß dabei irgend angedeutet wird, daß sie von Celsus oder irgend einem der nächstvorhergehenden Juristen herrühre, macht Pernices Behauptung gegenüber mißtrauisch und spricht dafür, daß wir es mit einer traditionell feststehenden, seit alters überlieferten Regel zu thun haben. Dazu stimmt es, daß schon Proculus den Satz anwendet, ohne anzudeuten, daß es sich um etwas Neues handle, nach l. 7 § 8

[1] Labeo II, S. 336 ff. [2] L. 132 D. de reg. iur. 50, 17.

D. ad leg. Aquiliam 9, 2: *Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem.* Pernice meint, es habe Schwierigkeiten gemacht, den Mangel einer besondern Fähigkeit der Fahrlässigkeit gleich zu behandeln, denn im Begriffe des *paterfamilias* liege nicht die Voraussetzung besonderer Kenntnisse und Fähigkeiten. Der *prudentia* eines *paterfamilias* entspricht es aber, daß er weiß, wozu er fähig ist, und daß er zu dem, was er zu leisten übernimmt, fähig sei. Hat er zu leisten übernommen, wozu eine besondere *peritia* gehört, so kann ihm der Mangel der *peritia* und der dadurch zugefügte Schaden allerdings zugerechnet werden. Dieser Satz muß sich in der Praxis früh festgestellt haben.

Nach den Aussprüchen der römischen Juristen haftet der Verpflichtete bei einigen Obligationen für die *diligentia quam in suis rebus adhibere solet.* Im Vergleich mit der *diligentia* eines *diligens paterfamilias* ist die *diligentia quam suis* nicht als nach einem objektiven Maßstabe geringerer Grad der *diligentia* gemeint, sondern als eine *diligentia,* welche nach Anlegung des subjektiven Maßstabs der in den eigenen Angelegenheiten regelmäßig angewendeten Diligenz bei diesem konkreten Verpflichteten als geringer sich herausstellt. Infolge der Anlegung solches subjektiven Maßstabs ist das Maß der Diligenz, für welche der Verflichtete in jenen Verhältnissen einsteht, nicht in allen Fällen dasselbe, sondern es wechselt, da die regelmäßige Diligenz der Einzelnen nicht ganz dieselbe ist, in den konkreten Fällen nach dem Maße jener Diligenz der Einzelnen; nur darf das Maß der *negligentia suis rebus consueta* nicht zum völligen Mangel der *diligentia* sich steigern, denn *diligentia quam in suis rebus adhibere solet* ist immer als Diligenz gemeint, wenn auch als eine weniger exakte. In dem kausalen Moment der betreffenden Obligationen muß etwas liegen, was es erklärt, daß die Diligenz des Schuldners nach diesem veränderlichen, nach seiner konkreten Persönlichkeit sich richtenden Maßstabe bemessen wird. Jene Obligationen sind Societät, die mit der *communio* verbundene Verpflichtung, die Dotalobligation des Ehemanns und die des Vormunds. Prüfen wir die Angaben der Juristen der Kaiserzeit über die Haftung des Schuldners bei denselben. Von der Obligation des Ehemanns in Bezug auf die *res dotales* heißt es in l. 17 D. de iure dotium 23, 3 (Paulus libro VII ad Sabinum): *In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accipit: sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet.* Es kann nicht deutlicher gesagt werden, als in diesen Worten, daß die Haftung für *diligentia quam in suis rebus adhibet* etwas neben der Haftung für *dolus* und *culpa* Stehendes ist. Die *culpa* ist danach als positive Beschädigung oder Vernichtung der Dotalsachen durch den Ehemann zu verstehen, unter Diligenz die ihnen zugewendete Sorgfalt. Daß in Bezug auf die erstere auch der subjektive Maßstab angelegt werde, ist durch nichts in der Stelle angedeutet; es ist anzunehmen, daß nach der Meinung des Paulus der Ehemann schlechthin für *culpa levis* einsteht. In ganz entsprechender Weise sagt Ulpian in l. 1 pr. D. de tut. et rat. 27, 3 von der Haftung des Tutor: *In omnibus quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio, praestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam.* Auch hier ist so deutlich, wie möglich, Haftung für *diligentia quantam in suis* neben die für *culpa* gestellt, welche nur schlechthin als *culpa levis* genommen werden kann. Unter *culpa* kann meines Erachtens auch hier nur die positive Beschädigung oder Vernichtung von Pupillensachen verstanden werden, unter *diligentia* die den Pupillensachen und

-Geschäften zugewendete Sorgfalt. Nimmt man überhaupt an, daß bei der Nebeneinanderstellung der Haftung für *culpa* und der für *diligentia* unter beiden etwas Verschiedenes verstanden ist, so ist es inkonsequent, davon hier abzuweichen, zumal nach der Ausdrucksweise der angeführten Stelle, welche geradezu verbietet, Beides zu identifizieren. — Was dann die Societät betrifft, so spricht § 9 I. de societate 3, 25 geradezu aus, daß in Frage gestellt sei, ob der *socius* dem *socius*, wie der Depositar dem Deponenten, nur für *dolus* oder auch für *culpa* hafte, es habe aber die Auffassung das Übergewicht gewonnen *(praevaluit tamen)*, daß der *socius* auch für *culpa* einstehe. Obwohl in dieser Stelle die Haftung für *culpa* mit der für *diligentia quam suis* identifiziert wird, so giebt es doch Äußerungen in den Digesten, nach denen beides unterschieden zu sein scheint. So wird in l. 52 § 2 D. pro socio 17, 2 von Ulpian die Frage aufgeworfen, ob der *socius* nur für *dolus* oder auch für *culpa* haften müsse. Celsus hat sich nach ihm dahin ausgesprochen, daß der eine *socius* dem andern für *dolus* und *culpa* einzustehen habe. Der weitere Gedankengang der Stelle ist nun folgender. Celsus giebt zunächst gewisse Fälle von Societäten an, in welchen es unzweifelhaft sei, daß der *socius* auch für *culpa* einzustehen habe, wenn man z. B. *pecus in commune pascendum* oder *agrum politori in commune quaerendis fructibus* gegeben habe, denn hier sei das *emolumentum*, der Nutzanteil, welchen der Hirt oder *politor* bekommen, der Preis für die versprochene *ars* oder *opera*. Abgesehen von solchen Fällen, hält Celsus, wenn ein *socius* die gemeinschaftliche Sache beschädigt hat, das Einstehen desselben für *culpa* für nicht so über allen Zweifel erhaben, aber *„magis admittit culpam quoque venire"*. Bei dieser ganzen Erörterung hat Celsus offenbar nur an positive Beschädigung oder Vernichtung der gemeinschaftlichen oder dem *socius* übergebenen Sachen gedacht, nicht an die auf die Betreibung der gemeinschaftlichen Geschäfte verwendete Sorgfalt. Diese Frage berührt er hier gar nicht; man kann sehr wohl annehmen, daß er neben *culpa* den *socius* noch für *diligentia quam suis* haften ließ. Weiter scheint stillschweigend eine Haftung des *socius* nur für *dolus* angenommen zu sein in l. 25 § 16 D. fam. ercisc. 10, 2: *Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum cohorede non contrahimus, sed incidimus in eum: non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit: talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus. eadem sunt, si duobus res legata sit: nam et hos coniunxit ad societatem non consensus, sed res.* Fassen wir zunächst den erstern Teil der Stelle ins Auge. Hier ist gesagt, unser *coheres* hafte bezüglich der *res hereditaria* nicht bloß für *dolus*, sondern auch für *culpa*, weil wir nicht mit ihm kontrahiert haben, sondern *incidimus in eum*. Als Gegensatz ist der *socius* gedacht, mit dem man den Societätsvertrag abgeschlossen. Dieser braucht nur *dolus* zu prästieren, weil der andere mit ihm kontrahiert hat: er hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er einen Societätsvertrag, bei welchem man auf die ganze Persönlichkeit dessen, mit welchem man sich zur Verfolgung gemeinsamer Zwecke verbindet, sieht, mit einem nachlässigen, unbesonnenen Menschen abgeschlossen hat. Der *coheres* aber ist ohne seinen Willen in die Gemeinschaft mit dem andern Miterben geraten, er hat ihn sich nicht ausgesucht; daher sollen Miterben einander, da das zwischen ihnen bestehende Verhältnis in beider Interesse besteht, ungemildert für *levis culpa* einstehen. Wenn dann Paulus im Verlauf der Stelle das Einstehen für *culpa* mit

dem Einstehen für *diligentia quantam in suis* zu identifizieren scheint, so kommt dieser Anschein wohl kaum auf seine Rechnung. Er selbst setzte wohl die Verpflichtung zum *praestare diligentiam quantam in suis* neben die Haftung für *culpa*. Die letztere dachte er als positive Beschädigung oder Vernichtung der gemeinschaftlichen Erbschaftsachen, die *diligentia* als die auf diese Sachen zu wendende Sorge, wie das ja aus den Worten *„quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi* erhellt. Auch ist ja ein ganz anderer Grund für die Prästation der *diligentia quantam in suis* angegeben: für *culpa levis* soll der *coheres* einstehen, *quoniam non contrahimus, sed incidimus in eum,* für *diligentia quantam in suis,* weil er zunächst in seinem eigenen Interesse für die gemeinschaftliche Sache sorgt, und nur, weil sie ihm gemeinschaftlich ist mit dem *coheres,* auch in dessen Interesse. — Vielleicht giebt die Unterscheidung der Haftung für *culpa* von der für die *diligentia* auch Aufschluß über die auffallende Äußerung Modestins in der Collat. X, 2 § 3: *In mandati vero iudicio dolus, non etiam culpa deducitur.* Sah auch Modestin die Diligenzpflicht als etwas von der Haftung für *culpa* Verschiedenes an, so kann die Äußerung bloß besagen, daß der Mandatar, da er keinen Vorteil aus dem Verhältnis ziehe, nicht für bloß kulpose Beschädigung oder Vernichtung der durch die Ausführung des Auftrags in seine Hände gelangten Sachen des Mandanten einstehe, ohne daß damit die Haftung des Mandatars für die *diligentia* eines *diligens paterfamilias* in Beziehung auf die Ausführung der übernommenen Geschäfte geleugnet werden sollte. Wie dem auch sein mag, die bisherigen Erörterungen zeigen, daß in demselben obligatorischen Verhältnis Haften für *dolus* bezw. *culpa* und Einstehen für Diligenz nicht stets nach demselben Gesichtspunkte beurteilt wurden, und daß daher, je nach dem zur Anwendung gebrachten Gesichtspunkt, die Haftung sich strenger oder milder gestalten konnte. Die völlige Nivellierung dieser Unterschiede scheint erst durch den großen Ausgleicher Justinian erfolgt zu sein. Nach ihm ist Haften für *levis culpa* und Haften für die *diligentia* eines *bonus paterfamilias* ganz dasselbe, nach ihm wird in den Verhältnissen, in welchen nur die *diligentia quantam in suis* prästiert wird, dieser subjektive Maßstab auch in Bezug auf die Beschädigung oder Vernichtung der betreffenden Sachen angelegt, und die Spuren der von den klassischen Juristen gemachten Unterscheidungen bezw. der dabei unter ihnen hervorgetretenen Meinungsverschiedenheiten sind in den Digestenfragmenten wohl absichtlich verwischt worden, doch aber hier und da zurückgeblieben. Auch ob Gaius die l. 72 D. pro socio 17, 2 so, wie sie überliefert ist, geschrieben habe, dünkt mich nicht sicher. Der Grund, welcher hier für die gemilderte Haftung des *socius* für die *diligentia qualem suis rebus adhibere solet* angegeben wird, nämlich: *quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet,* ist sicher nicht der richtige: es ist derselbe, welchen Paulus in l. 25 § 16 D. familiae ercisc. 10, 2 als Grund davon, daß der *socius* nur für *dolus,* nicht für *culpa* hafte, andeutet. Daß denselben Grund Gaius für die Haftung für die *diligentia quam suis,* für welche Paulus einen andern, richtigen Grund angiebt, in ganz verkehrter Weise verwendet haben sollte, ist schwer glaublich und muß den Verdacht an eine Veränderung seiner Worte durch die Kompilatoren nahe legen. Den Grund der Haftung für *diligentia quam suis* bei der Societät und *communio* haben wir bereits dahin festgestellt, daß der Socius und Kommunionsinteressent nicht streng in fremden, sondern in gemeinschaftlichen Angelegenheiten thätig werden, also zunächst durch das eigene Interesse bestimmt sind, was aber, weil es unzer-

trennlich mit dem des Genossen verbunden ist, die Wahrnehmung der Interessen auch dieses nach sich zieht. Weil der gerierende *socius* durch sein eigenes Interesse bestimmt ist bezw. bestimmt sein darf, deshalb muß es auch genügen, wenn er in den gemeinschaftlichen Angelegenheiten nur die Diligenz anwendet, welche er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Die Haftung des Ehemanns in Bezug auf die *res dotales* für die *diligentia quam suis* kann man nicht, und will auch Hasse[1] nicht, aus einer wahren zwischen den Ehegatten bestehenden *societas* erklären: aber das ganze Rechtsverhältnis der *dos* soll den Zwecken der sie verbindenden Ehe dienen, die *dos* soll dem Mann die Tragung der *onera matrimonii* erleichtern. Das Interesse der Ehegatten an der *dos* ist, wenn auch die Dotalsachen im Eigentum des Ehemannes stehen, ein gemeinsames, und es wird daher der Ehemann bei der Verwaltung der *dos* im gemeinsamen Interesse thätig, wenn er auch über ihm gehörige Sachen verfügt. Das ist auch wohl der Grund, aus welchem in l. 24 § 5 D. soluto matrimonio 24, 3 bei der Berührung der Haftung des Ehemanns für die *diligentia quam suis* die Dotalsklaven als *servi uxoris*, als *alieni*, nicht *proprii* des Mannes bezeichnet werden. Es soll damit drastisch hervorgehoben werden, daß an den Dotalsklaven nicht bloß der Mann, sondern auch die Frau ein Interesse hat, woraus von selbst sich ergiebt, daß das Interesse an ihnen ein den beiden Ehegatten gemeinschaftliches ist. Wenn also auch nicht geradezu eine *communio* bezüglich der *res dotales*, so doch ein gemeinschaftliches Interesse an denselben erklärt die Anwendung des subjektiven Maßstabs auf die Diligenzpflicht: der Mann wird bei der Verwaltung der Dotalsachen zunächst in seinem eigenen Interesse, und, weil es ihm ein mit der Frau gemeinschaftliches ist, auch in deren Interesse thätig; auch hier muß es also genügen, wenn er *diligentiam quam suis* prästiert.

Die gewöhnliche Erklärung der Haftung des Vormunds für die *diligentia quam suis* geht dahin, daß die Tutel als eine Bürgerpflicht angesehen wurde, und der Tutor gezwungen war, in die *obligatio* einzutreten, daß man also nicht füglich mehr von ihm habe verlangen können, als er sonst seinen Kräften und dem gewohnten Maß der Anstrengung nach zu leisten pflege. Diese Auffassung leitet die gemilderte Art der Haftung nicht aus dem Wesen der *tutelae obligatio* selbst her, sondern aus etwas außer ihr Liegendem: aus der nicht dem Pupillen, sondern dem Staat gegenüber bestehenden Pflicht, die Vormundschaft zu übernehmen. Meines Erachtens geht das nicht an, es muß der Grund der Haftung in der Stellung des Tutors dem Pupillen und dem Pupillenvermögen gegenüber gesucht werden. Ich sehe den Grund darin, daß der *tutor* das Vermögen des Pupillen *domini loco* verwaltet, er ist *vice domini*; das will sagen, daß er mehr als ein gewöhnlicher Vertreter ist. Eine dem Pupillen entwendete Sache, welche als *res furtiva* der Ersitzung entzogen ist, hört auf es zu sein, wenn sie in die *potestas* des *tutor* zurückgelangt ist (l. 57 (56) D. de furtis 47, 2), während die jemand entwendete Sache nicht aufhört, *furtiva* zu sein, wenn sie in den Besitz seines *procurator* gelangt ist (l. 41 D. de usurp. 41, 3). Ja, wenn Tutoren eine Sache des Pupillen unterschlagen haben, so wird mit Rücksicht auf jene ihre Stellung *(propter admissam administrationem)* gesagt, daß sie *„non tam invito domino contrectare eam videntur quam perfide agere"*. Verwaltet aber der Tutor das Vermögen *vice domini*, so muß es auch genügen, wenn er nur die Diligenz anwendet, die er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

[1] Die *culpa* des röm. Rechts S. 528 ff.

So viel wir wissen, haben die römischen Juristen nicht den Versuch gemacht, aus den Fällen, in welchen der Schuldner für die *diligentia quam suis* einsteht, einen allgemeinen Gesichtspunkt zu abstrahieren. Das beweist natürlich noch nicht, daß ihnen nicht ein solcher unterliegt. Ist die hier gegebene Beurteilung der einzelnen Fälle zutreffend, so unterscheidet sich der Fall der Tutel allerdings von den anderen drei Fällen, in welchen der Schuldner im gemeinschaftlichen Interesse thätig zu werden hat, während der Tutor lediglich im Interesse des Pupillen thätig werden soll; der Fall des Tutors hat aber mit jenen drei das gemeinsam, daß in ihnen allen der Gesichtspunkt der Vertretung fremder Interessen nicht rein und ausschließlich zur Geltung kommt, sondern durch das zugleich eingreifende Recht, als Eigentümer bezw. *vice domini* zu verfügen, modifiziert wird. Sollte nun dieser gemischte Gesichtspunkt erst von den Juristen der Kaiserzeit bei den betreffenden Obligationen geltend gemacht sein? Es sind doch überhaupt nur wenige Äußerungen, welche in den uns erhaltenen Quellen über die Pflicht zur Prästation von *diligentia quam suis* vorkommen, und nirgends ist in ihnen angedeutet, daß es sich um ein „neues Gebilde" handle. Die feste rechtliche Bezeichnung aber dieser Art der Diligenz als der *diligentia qualem* oder *quam* oder *quantam in suis rebus adhibere (exhibere) solet* läßt eher auf Überlieferung aus älterer Zeit schließen. Auf weitere Einzelheiten in der Lehre von den *bonae fidei iudicia* kann hier nicht eingegangen werden, da sich keine besonderen Anhaltspunkte für eine Erwägung bieten, ob die betreffenden Sätze schon von den republikanischen Juristen anerkannt waren.

2. Die formalen, abstrakten Vollzugsobligationen.

a. Die *stipulatio*.

§ 65. Von allen Formen der Stipulation ist anerkanntermaßen die *sponsio* die älteste. Mehr und mehr neigt man sich jetzt der Annahme zu, daß die ursprüngliche *sponsio* einen religiösen, sakralen Charakter gehabt habe. Das religiöse Element der *sponsio* erblicken die einen darin, daß die *sponsio* ein promissorischer Eid [1] gewesen (mit begleitendem Trankopfer), die anderen [2] wollen es entweder in einem Trankopfer sehen oder in einem Handschlage, welcher als eine Anrufung der Fides gegolten habe. Die Beweise, welche namentlich Danz für die Bedeutung der ursprünglichen *sponsio* als eines eidlichen Versprechens beigebracht hat, scheinen mir durch Girtanner,[3] auf dessen Darlegung ich hier verweise, gründlich widerlegt zu sein. Dafür aber, daß in dem Sponsionsakt überhaupt ein religiöses Element stecke, spricht keineswegs die Grammatikertradition, wie behauptet worden ist. Varro zunächst (de l. l. VI, 69 ff.) leitet *spondere* etc. von *sponte* ab; es findet sich auch nicht die leiseste Hindeutung in seiner Erörterung über *spondere, sponsa* etc. auf ein religiöses Element. Auch die *sponsa* wird *ab eadem sponte, a qua dictum „spondere"* hergeleitet, und *qui spoponderat filiam, despondisse dicebant, quod de sponte eius, id est de voluntate, exierat.*

Auch Verrius Flaccus leitet nach Festus (p. 329) *spondere* von *sponte* ab, und

[1] So Danz, Der sakrale Schutz im römischen Rechtsverkehr S. 105 ff. und die von ihm A. 1—3 und von Girtanner, Die Stipulation S. 7, A. 6 citierten Schriftsteller. Vgl. außerdem Mommsen, Staatsr. I, S. 239, A. 2.

[2] So A. Pernice in d. Sitzungsbericht. d. K. Pr. Ak. der Wiss. 1885. 2. S. 1159.

[3] Die Stipulation S. 14—81.

nur *sponsum et sponsam ex Graeco dictam ait, quod ii σπονδάς interpositis rebus divinis faciant.* Nicht also sagt Verrius, daß die *sponsio* überhaupt *rebus divinis interpositis* zustande gekommen sei. Er meint nur, weil die sich Verlobenden ihr Verlöbnis, griechisch *σπονδάς, rebus divinis interpositis* machten, so sei anzunehmen, daß, da auch das griechische Verlöbnis so geschehe, die lateinischen Worte *sponsus, sponsa* von dem griechischen *σπονδαί* herkämen. Sach- und Wortähnlichkeit schienen ihm hier diese Ableitung zu empfehlen. Daß er sie aber für das *spondere* überhaupt angenommen, wird durch die früher von ihm gegebene Etymologie widerlegt; denn daß er diese bei der spätern vergessen habe, ist nur Festus' Annahme. Es bleibt also als Argument für das in der *sponsio* steckende religiöse Element nur die Etymologie über. Nehmen wir aber auch an, daß *spondere* von *σπένδειν, fundere* nicht zu trennen sei, was folgt daraus? Nichts weiter, als daß *σπένδειν* ursprünglich ein mit einem Trankopfer dargebrachtes Versprechen bedeutet, aus welcher ursprünglichen Bedeutung später die eines förmlichen, feierlichen Versprechens hervorgegangen ist. Daß aber der römische privatrechtliche Akt der *sponsio* jemals ein solches unter einem Trankopfer oder einer sonstigen religiösen Zuthat gegebenes Versprechen gewesen sei, steht ganz in der Luft. Innere Gründe aber, welche dafür sprächen, daß das später rein bürgerliche und weltliche Geschäft der *sponsio* ursprünglich ein sakrales gewesen, scheinen mir gänzlich zu fehlen. Es giebt ja dem Privatverkehr angehörige Geschäfte, welche offenbar eine religiöse Seite haben, die sich auch in der Form der Vornahme geltend macht: es gehört dahin namentlich die alte Form der Eheschließung. Warum aber dahin das unter Bürgern desselben Staats abzugebende Versprechen, eine Summe Geldes zu geben, gehören sollte, ist nicht abzusehen, man müßte denn annehmen, es habe im ältesten Staat überhaupt keinerlei Gebundenheit hergestellt werden können, als durch die Religion: das Recht sei noch gar nichts von der Religion Verschiedenes gewesen. Will man nun nicht die alte *sponsio* in ganz fabelhafte Zeiten zurückversetzen, will man sie in Zeiten verlegen, in welchen schon das Nexum existierte, so würde eine derartige Anschauung auf das Bündigste durch das Nexum widerlegt werden, denn das Nexum ist, wie man es auch auffassen möge, ein Geschäft, welches gar nichts von irgend welchem religiösen Element enthält und doch die kräftigste Gebundenheit des Schuldners bewirkt. Es ist die in sehr bedeutungsvollen Anwendungen hervortretende Anschauung der Römer schon in früher Zeit, daß, wo man ein rechtliches Fundament für staatliche Einrichtungen hat, es eines Eides nicht bedarf, der etwa hinzukommende Eid aber dem schon vorhandenen rechtlichen Fundament rechtlich kein Plus hinzufügt; daß dagegen, wo es infolge von Revolutionen für die durch dieselben neu geschaffenen Einrichtungen der rechtlichen Grundlage ermangelt, zum Ersatz dafür eine solche Grundlage in dem Eid gesucht wird. Das zeigen namentlich die *leges sacratae* nach Vertreibung der Könige und nach der ersten Secession der Plebs. Sollte die Anschauung, welche für die staatlichen Institutionen eine so wichtige Rolle gespielt, sich auf dem privatrechtlichen Gebiet völlig verleugnet haben? Nur einen Fall gab es, in welchem eine rechtliche *obligatio iureiurando* kontrahiert wurde, den der eidlichen Zusicherung von *operae* seitens des *libertus* an den *patronus.* Mommsen bemerkt darüber,[1] es habe ohne Zweifel die uralte Übung, bei rechtlich ungültigen Ver-

[1] Röm. Forschungen I, S. 370.

trägen den Eid als sittliches Verpflichtungsmittel zu verwenden, auch hier einmal Anwendung gefunden, und hat damit auf die richtige Spur zur Erklärung dieses Falles geleitet. Nicht aber möchte ich ihm weiter darin zustimmen, daß die eidliche Verpflichtung der Freigelassenen zur Leistung von *operae* eine Spur davon sei, daß zwischen Patron und Klienten in ältester Zeit kein klagbarer Vertrag möglich war. Ein solcher Satz hat wohl im Verhältnis zwischen dem Patron und einem Freigelassenen, welcher durch die Freilassung *suae potestatis* geworden war, nicht gegolten. Von den beiden Begründungsarten der *operarum obligatio* durch Eid oder durch Stipulation war, wie Leist[1] mit Recht sagt, die Begründung durch Eid wohl die häufigere und, können wir hinzufügen, die ältere. Schon als Sklave sagte der Freizulassende eidlich die nach der Freilassung zu leistenden *operae* zu, wodurch natürlich keine rechtliche Obligation, die zwischen ihm und dem Herrn noch nicht möglich war, sondern nur eine religiöse Bindung bewirkt wurde. Nach erfolgter Freilassung mußte er diesen Eid wiederholen, aber warum erfolgte nach der Freilassung wieder nur ein Eid, warum keine Stipulation? Die *iurata promissio operarum* ist wohl schon zu einer Zeit aufgekommen, als es außer der Sponsionsform noch keine anderen Formen der Stipulation gab, und durch *sponsio* konnte ursprünglich nur eine *certa pecunia* zugesagt werden. Leistung von *operae* konnte also durch *sponsio* nicht zugesagt werden. Zum Ersatz gewährte man dem Patron, da man kein anderes rechtliches Fundament hatte, aus der eidlichen Zusage des *libertus* eine Klage. Aus der hier dargelegten Ansicht erklärt sich das eigentümliche Wesen der *actio operarum*. Mit Recht stimmt man darin überein, daß die Formel derselben eine *in ius* konzipierte gewesen sei. Rudorff[2] nimmt an, die *intentio* dieser Formel sei eine *incerta* gewesen: *quidquid — oportet*. Lenel[3] hält das mit Recht nach den Quellen für wenig wahrscheinlich, will aber über die nähere Gestaltung der Formel eine Ansicht nicht äußern. Demelius[4] dagegen sagt mit Recht, man könne aus allem, was in den Quellen zu lesen, schließen, daß das *iudicium operarum* der *condictio triticaria* gleich gebildet war. Daß die *intentio* auf *operas dare oportere* lautete, kann man aus Stellen, wie l. 8 pr. D. de operis libert. 38, 1 *(— Labeoni placet deberi et peti posse partem operae, cum semper praeterita opera, quae iam dari non potest, petatur)* und l. 54 § 1 D. de verb. obl. 45, 1 deutlich genug entnehmen, und daß, obwohl erst *opera praeterita, quae iam dari non potest*, eingeklagt werden kann, dennoch die *intentio* noch auf *operam dare oportere* lautete, entspricht ganz dem Wesen einer der *condictio triticaria* ähnlichen Klage: die Forderung geht immer noch auf *operam dare oportere*, wenn auch die *solutio* nur in Geld geschehen kann. Eine Erklärung aber dafür, daß aus der *operarum obligatio* eine solche der *condictio triticaria* ähnliche Klage zustand, hat Demelius nicht gegeben, und doch bedarf es einer solchen, denn das Leisten von *operae*, sollte man denken, ist ein bloßes *facere*, also ein *incertum;* es kann also nicht wundernehmen, daß Rudorff eine Formel mit der *intentio: Quidquid — paret* angenommen. Die Erklärung kann nur eine historische sein. In der Zeit, als man aus der eidlichen Zusage von *operae* eine Klage gewährte, gab es nur eine auf Geld lautende *sponsio;* schlechthin auf *certa res* oder gar auf ein reines *incertum* gerichtete Stipulationen waren rechtlich noch nicht anerkannt. Man mußte also eine besondere *actio operarum*

[1] Glück, Erläut. d. Pandekt., fortgesetzt — von Leist, Serie d. Büch. 37 u. 38, V, S. 246.
[2] De iurisdict. edictum p. 140. [3] Das edictum perpetuum S. 270.
[4] Schiedseid u. Beweiseid S. 40 ff.

aufstellen, welche der *actio* auf *certa pecunia credita* möglichst konform gebildet wurde, so daß man die *opera* wie eine *res* behandelte, das Leisten von *opera* als ein *dare* ansah (vgl. l. 4 D. de operis libertorum 38, 1: — *perinde enim operae a libertis ac pecunia credita petitur*). Auch als dann später andere Stipulationsformen aufgekommen und Stipulationen auf ein *incertum* zugelassen waren, behielten die Römer in konservativem Sinne die alte *actio operarum* bei.

Können wir die rechtlich bindende Kraft der alten *sponsio* nicht auf einen Eid oder ein sonstiges in ihr steckendes religiöses Element gründen, so müssen wir uns nach einem andern Fundament für sie umsehen. Um dieses zu erkennen, ist davon auszugehen, daß noch später *sponsus communio* nur unter *cives Romani*, nicht unter Römern und Peregrinen stattfand.[1] Die *sponsus communio* hat ihren Grund in der *propior societas eorum, qui eiusdem civitatis sunt*, in der engern Verbindung der zu demselben Staat Gehörigen: diese engere Verbindung bewirkt ein engeres und stärkeres Rechtsband zwischen ihnen. Vermöge dieses die *cives* umschlingenden engern und stärkern Rechtsbandes können Akte, welchen zwischen solchen, die nur durch die lose *societas, latissime quae pateat, hominum* miteinander verbunden sind, keinerlei bindende Kraft zukommen kann, eine solche haben. *Spondere* hängt wohl sprachlich zusammen mit dem nur im Genitiv und Ablativ vorkommenden *spons*, wovon es auch Varro und Verrius Flaccus ableiteten. *Spons* ist Willenstrieb, Willensregung. der sich selbst bewegende Wille, *spondere* bedeutet: den Willen in Bewegung setzen. Das Moment also, an welches in der *sponsio* die rechtliche Gebundenheit angeknüpft ist, ist der bloß auf die Verpflichtung zu der betreffenden Leistung gerichtete Willensakt, der von der andern Seite angenommen ist. Während in der loseren *societas hominum*, also unter nicht derselben *civitas* angehörigen Personen, rechtliche Gebundenheit zunächst nur an Verträge, welche das bestimmte Kausalmoment in sich enthalten, also an Kauf, Miete u. dgl., geknüpft sein kann, wird in der straffern und engern *societas* der *cives* desselben römischen Gemeinwesens die rechtliche Gebundenheit schon an den abstrakten, auf die betreffende Leistung gerichteten übereinstimmenden Willensakt geknüpft, vorausgesetzt, daß dieser Wille sich in der anerkannten Form durch das recipierte Schlagwort kundgab. Hier zeigt sich recht deutlich, daß die Worte in den alten Geschäftsformeln nicht willkürlich gewählte. sondern der wohlberechnete, dem innern Gedanken vollkommen entsprechende Ausdruck desselben waren. Bei unserm Geschäft mußte der auf die Leistung gerichtete abstrakte Wille gerade durch das Wort, welches solches Wollen bedeutet, durch das Wort *spondeo* kundgegeben werden. Als die *sponsio* ihre ungemeine Brauchbarkeit, ihre vielseitige Verwendbarkeit für verschiedenartige Verkehrsfunktionen bewährt hatte, mußte sich der Wunsch und das Bedürfnis regen, ein ähnliches abstraktes Verbalgeschäft auch für den Verkehr der römischen Bürger mit Peregrinen bezw. der Peregrinen unter sich zu schaffen. Die Weise, in der das geschehen ist, bestätigt das hier angenommene Wesen der *sponsio*. Für den Verkehr mit Peregrinen bezw. unter Peregrinen kam nämlich zunächst die Form des *fidem promittere*, abgekürzt *promittere*, auf. Daß die Form *fidepromittis? fidepromitto* auch für Eingehung einer Hauptschuld, nicht bloß für die Begründung einer Bürgschaftsobligation gebraucht wurde, ist sicher: es kommt so namentlich in den Siebenbürgener Cerattafeln

[1] Gai. III, 93. 179.

vor.[1] Das bloße Erklären des auf die Leistung gerichteten Wollens genügt im Verkehr mit Peregrinen nicht, um daran eine rechtliche Gebundenheit zu knüpfen, denn die beiden Paciscenten waren nicht durch eine so enge Rechtsgenossenschaft miteinander verknüpft, welche dem bloßen erklärten Wollen ihre Sanktion und damit eine Garantie der Unverbrüchlichkeit dieses Wollens verliehen hätte. Anders ist, wenn der die Leistung Zusagende sich dabei auf seine *fides* beruft. *Fides* bedeutet hier eine Qualität des die Zusage Machenden, und zwar die Zuverlässigkeit in Bezug auf sein gegebenes Versprechen. Der Zusagende erklärt also nicht einfach zu wollen, sondern er beruft sich dabei auf seine Zuverlässigkeit in Bezug auf das Wollen, er giebt kund, daß dies Wollen ein beständiges, nicht veränderliches sein werde. Die *fides* in diesem Sinne ist ein nicht bloß die derselben engern Staatsgenossenschaft, sondern alle der *societas hominum* Angehörenden, auch die Peregrinen mit den *cives Romani* und unter sich verknüpfendes Band. Es wurde als ein Satz des *ius gentium* anerkannt, daß, wenn ein römischer Bürger einem Peregrinen oder ein Peregrine einem römischen Bürger eine Leistung in der Form des *fidepromittere* zusage und damit ausdrücklich das alle Menschen verknüpfende Band der *fides* anrufe, er nun auch zu der betreffenden Leistung verpflichtet sein solle. In der *sponsio* wird auf die *fides* nicht Bezug genommen; es war das nicht nötig, da die engere, straffere, die *cives* verknüpfende Rechtsgenossenschaft dem förmlich erklärten Willen noch eine stärkere Sanktion und Garantie gewährte, als die alle Menschen miteinander verbindende *fides*. Diese in der *sponsio* liegende intensivere Garantie fühlte man noch spät, wie die Worte Senecas ep. 19 zeigen: *Iam non promittunt de te, sed spondent* (auch in den Worten Cic. Or. Philip. 5, 18: *promitto, recipio, spondeo* ist wohl nicht eine bloße Häufung, sondern eine Steigerung anzunehmen, *spondeo* ist als das stärkste an den Schluß gestellt). Immer aber hat man doch noch auch im Verkehr mit den Peregrinen zur Begründung einer Stipulationsschuld ein nicht bloß auf den Inhalt der zu übernehmenden Leistung gerichtetes, sondern die Zusage selbst ausdrückendes Schlagwort für nötig gehalten, eben: *fidepromittere* oder *promittere*, wobei das *promittere* in enger Beziehung zu der Berufung auf die *fides* stand, denn *promittere sc. manum* ist dem ursprünglichen Wortsinn nach der Handschlag, das Geben der Hand, des Symbols der Treue. Später sind dann aber als Stipulationsschlagworte auch solche zugelassen, welche auf die zuzusagende Leistung gerichtet waren, wie *Dabisne? Dabo.* — Fragen wir nun nach dem Alter dieser Formeln, so ist die streng civilrechtliche: *Spondesne? Spondeo* jedenfalls die älteste. Darum braucht man sie in ihrer Anwendung auf den privatrechtlichen Vermögensverkehr (als Form eines obligatorischen Kontrakts) noch nicht für uralt zu erklären. Es spricht im Gegenteil manches für die Annahme, daß die *sponsio* nicht zu den ältesten Vermögensgeschäften gehört, daß sie insbesondere nicht so alt ist, wie das Nexum. Sie ist zwar ein Formalgeschäft, aber ihre Form hat nicht einen so altertümlichen Charakter, wie die der Mancipation und des Nexum; auch ist der typische Bestandteil des Formulars auf das Notwendigste beschränkt, wie wir sehen werden. In der *sponsio* ist ferner nicht mehr, wie in den alten Vermögensrechtsgeschäften, das kausale Moment notwendig einbegriffen: sie ist die Geschäftsform, welche auf dem Gebiet des Obligationsrechts die Möglichkeit der Ablösung des Versprechens von seiner *causa*

[1] Bruns-Mommsen, Fontes i. r. a. p. 256 sqq. Vgl. Girtanner, Die Stipulation S. 141.

bewirkt hat. Die *sponsio* läßt auch *condicio* und *dies* zu, kurz diese Geschäftsform hat nicht mehr die Steifheit der älteren Geschäftsformen, vielmehr eine Biegsamkeit und Akkommodationsfähigkeit, welche sie befähigten, einer Fortbildung des Obligationsrechts in sich Raum zu geben und sehr mannigfaltigen Verkehrsfunktionen zu dienen. Andererseits darf man das Aufkommen der *sponsio* auch nicht zu spät verlegen. Ihre Nichterwähnung in den uns erhaltenen Resten der XII Tafeln ist kein genügender Grund für die Annahme, daß sie damals noch nicht existiert habe. Auch wenn sie in der ganzen Gesetzgebung nicht erwähnt wäre, könnte sie doch damals schon bestanden haben: denn die XII Tafeln waren kein Gesetzbuch in dem modernen Sinne, daß sie alles Recht, auch das den *iurisperiti* anheimfallende, durch den Gesetzesbuchstaben zu fixieren unternommen hätten. Die römischen Rechtsgeschäfte und Geschäftsformulare sind durch das Rechtsleben selbst und die dasselbe kontrollierende und in der Zucht haltende Jurisprudenz ausgebildet worden. Was sich in der XII Tafelgesetzgebung in Bezug auf rechtsgeschäftliche Festsetzungen findet, bezieht sich auf Nebenberedungen und Nebenanordungen. Meines Erachtens ist die *sponsio* wohl sehr rasch nach der Einführung des gemünzten Geldes aufgekommen, wie ich das früher schon wahrscheinlich zu machen gesucht habe,[1] worauf ich verweise. Es war ursprünglich ein reines Geldversprechen. Für das *fidepromittere* haben wir einige bestimmte Anhaltspunkte: es wird erwähnt bei Plaut. Menaech. V, 4, 6: *sanum futurum mea ego id promitto fide.* Vgl. auch Pseud. I, 3, 87.[2] Nach Gaius[3] war ferner die *lex Appuleja,* welche sich auf *sponsores* und *fidepromissores* bezog, älter als die *lex Furia,* die *lex Furia*[4] gab aber noch *adversus eum, qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset,* die *manus iniectio pro iudicato,* muß also in eine Zeit fallen, in welcher das Verfahren *per manus iniectionem* noch in ungeschwächter Kraft bestand. Daß Plautus in jener Stelle die Form als etwas Allbekanntes erwähnt, läßt auf längeres Bestehen derselben schließen, sie wird wohl spätestens in den Zeiten entstanden sein, als Roms Herrschaft sich über Italien auszubreiten begann. Auch die Stipulationsformel *Dabisne? Dabo* findet sich schon mehrfach bei Plautus erwähnt oder angedeutet.[5] Daß diese Formel gleichzeitig mit der *fidepromissio* aufgekommen sei, halte ich nicht für richtig: die erstere ist schon eine Abschwächung gegenüber der letzteren. Bei jener erscheint es nicht mehr als nötig, noch besonders auf die *fides* Bezug zu nehmen, sie ist unmittelbar auf die zu machende Leistung gerichtet und drückt die Zusage nicht durch ein besonderes Wort, sondern nur durch das Futurum des die Leistung bezeichnenden Verbums aus. Wenn die *fidepromissio* ihre Entstehung wohl dem Verkehr mit den Latinern und sonstigen Völkern italischen Stammes verdanken wird, dürfte die Formel *dabisne? dabo* wohl erst durch die zahlreichen Verkehrsbeziehungen aufgekommen sein, in welche Rom bei der Ausbreitung seiner Herrschaft über Italien mit den hellenischen Städten in Süditalien u. s. w. trat. Den Griechen war die Formstrenge etwas Fremdartiges, und es begreift sich, daß die Römer wegen des Verkehrs mit ihnen eine gewisse Abschwächung der Stipulations-

[1] Der röm. Civilpr. z. Z. der Legisaktionen S. 45 f.

[2] Diese Zeugnisse verbieten doch wohl der Ansicht Iherings, Geist II, 2. S. 593, beizutreten, welcher es als mehr als wahrscheinlich bezeichnet, daß die gewöhnliche Stipulation, sowohl in ihrer Anwendung auf Peregrinen als auf Römer, spätern Ursprungs sei.

[3] Gai. III, 122. [4] Gai. IV, 22.

[5] Vgl. Pseud. I, 1, 112. I, 5, 122 ff., 140 ff. IV, 6, 7 flg. Bacch. IV, 8, 41 flg.

form zugestanden haben, denn eine solche lag ja schon darin, daß nun nicht mehr die einzige Formel das *fidepromittere*, sondern daneben noch eine andere zulässig war.[1] Und wenn auch die *sponsio* unter römischen Bürgern nach wie vor in der Staatssprache, der lateinischen, abgeschlossen werden mußte, so wurde das doch für die Stipulationsformeln, welche als *iuris gentium* betrachtet wurden, nicht festgehalten. Und daß diese Erleichterung gerade mit Bezug auf die Griechen zugelassen war, zeigt die besondere Erwähnung der Zulässigkeit des Gebrauchs der griechischen Sprache bei diesen Stipulationsformeln. Weiter ist man wohl zunächst nicht gegangen, vielleicht in der ganzen republikanischen Zeit nicht, und dabei war die Voraussetzung, daß der Römer, welcher mit einem Griechen eine Stipulation abschloß, die griechische, der Grieche die lateinische Sprache verstand. Noch Gaius erwähnt Inst. III § 93 nur die Zulässigkeit des Gebrauchs der griechischen Sprache, und Ulpian in l. 1 § 6 D. de verb. obl. 45, 1 bezeichnet es als Gegenstand möglichen Zweifels, ob auch der Gebrauch anderer Sprachen, als der griechischen, zulässig sei (*sed utrum hoc usque ad Graecum sermonem tantum protrahimus an vero et ad alium, Poenum forte vel Assyrium vel cuius alterius linguae, dubitari potest*), und beruft sich dann auf die Autorität des Sabinus für die bejahende Meinung.

Aus den so zugelassenen verschiedenen Formen: *spondere, fidepromittere* etc. hat man dann erst den allgemeinen Begriff des zweiseitigen obligatorischen Verbalakts abstrahiert, welchen man mit dem alle Formen umfassenden Ausdruck *stipulatio* bezeichnete, und seiner Grundbedeutung nach, welche „festmachen" zu sein scheint,[2] paßt dieser ja auch auf alle angeführten Formen, denn sie alle begründeten eine strenge Gebundenheit des Zusagenden. Die allen jenen Formen gemeinsamen Erfordernisse, die der Stipulation schlechthin, sind recht eigentlich darauf berechnet, klug erdacht, um das Wesen des reinen Schuldversprechens, welches eine Haftung des Zusagenden für eine bezeichnete Leistung dem Zusageempfänger gegenüber begründen soll, zum formalen Ausdruck zu bringen. Von sämtlichen in der Form des *per aes et libram gerere* vorgenommenen Geschäften unterscheidet sich die *stipulatio* dadurch, daß bei dem Akt nicht bloß eine Partei, nämlich die, zu deren Gunsten das Geschäft abgeschlossen wird, sondern beide reden. Das hat darin seinen Grund, daß der Akt nicht auf Übertragung bezw. Begründung eines dinglichen Rechts gerichtet ist, auch nicht, wie das *nexum*, auf Begründung eines Forderungsrechts, welchem gegenüber der Schuldner, falls er am Verfalltag nicht zahlt, sofort in einem Zustand der Unfreiheit dasteht, sondern auf Begründung eines Rechtsverhältnisses, in welchem der Schuldner dem Gläubiger gegenüber, wenn auch als eine für die Leistung haftende, doch als eine freie Person dasteht. Um solche Haftung hervorzubringen, genügt es nicht, daß der demnächstige Schuldner das Binden von seiten des zukünftigen Gläubigers duldet, wie beim *nexum*, sondern er muß den Akt selbstthätig durch seinerseitiges Reden mit vornehmen. Darin tritt aber doch die Ähnlichkeit der *stipulatio* mit jenen Geschäften hervor, daß der, zu dessen Gunsten das Geschäft abgeschlossen werden soll, die

[1] Keineswegs aber war die *stipulatio iuris gentium* mit beliebigen Worten möglich und nur an das abstrakte Requisit der mündlichen Frage- und Antwortform geknüpft, wie auffallenderweise Ihering, Geist II, 2[5] S. 555 annimmt. Es waren doch immer nur wenige bestimmte durch die Jurisprudenz anerkannte Schlagworte zulässig.

[2] Vgl. die von Girtanner, Die Stipulation S. 229, nam. A. 192 gegebenen Nachweisungen. Vgl. auch Ihering, a. a. O. S. 558, A. 747.

Initiative ergreift und in Stellung der Frage zuerst redet. Der Vertrag wird durch *loqui,* durch *verba* der beiden Parteien geschlossen, als welche der natürlichste und deutlichste Ausdruck des Willens sind. Damit ist von selbst gegeben, daß er *inter praesentes* abgeschlossen wird.[1] Das Wesen des aus zwei übereinstimmenden, an die Adresse des andern Teils gerichteten Willenserklärungen bestehenden Schuldvertrags kann nicht einfacher und plastischer zum Ausdruck gebracht werden, als wie es bei der Stipulation geschieht, nämlich durch an die Adresse dessen, der Schuldner werden soll, zu richtende Frage und durch an die Adresse dessen, der Gläubiger werden soll, zu richtende Antwort, wobei der Frageakt als *stipulari,*[2] der Akt des Antwortens als *spondere, respondere, promittere* bezeichnet wird.[3] Dabei ist bezüglich des Sprachgebrauchs zu bemerken, daß die beiden Vertragschließenden, vorausgesetzt, daß sie *suo nomine* sich versprechen lassen und versprechen, als *reus stipulando* und *reus promittendo*[4] bezeichnet werden, welche Ausdrücke für accessorische Gläubiger *(adstipulatores)* und accessorische Schuldner (*adpromissores*) nicht gebraucht werden. Es muß aber auch, damit kein Zweifel entstehen kann, daß wirklich Einverständnis unter den Parteien vorlag, *continuus actus stipulantis et promittentis* sein,[5] die Antwort muß auf die Frage sofort erfolgen, es darf nicht etwas Fremdartiges dazwischen betrieben werden. Die Antwort muß ferner mit der Frage übereinstimmen. Möglich, daß in alter Zeit der Promittent den ganzen Satz, welchen der Stipulant in Frageform gesprochen hatte, wiederholen mußte. Jedenfalls mußte er aber das die Zusage enthaltende Wort, welches der Stipulant gebraucht hatte, auch gebrauchen, eine Abweichung war hier nicht zulässig; auf *fidepromittisne?* konnte also nur mit *fidepromitto,* nicht mit *dabo,* auf *dabisne?* nur mit *dabo,* nicht mit *fidepromitto* geantwortet werden. Größere Laxheit in dieser Beziehung gehört erst der Kaiserzeit an.

Ein für allemal stehender Bestandteil der *stipulatio* war nur ein bestimmtes Schlagwort, dasjenige, welches die Zusage ausdrückte: dieses, oder nachdem es mehrere geworden waren, eines dieser mußte in der Stipulation gebraucht werden. *Uno verbo* wird dabei der Zusagende obligiert (Cic. pro Caecina 3: *Si quis, quod spopondit, qua in re verbo se uno obligavit* etc.). Dagegen die den Inhalt der Zusage ausdrückenden Worte waren variabel: sie richteten sich nach dem konkreten Inhalt der Stipulation und erlitten nur insofern eine Beschränkung, als sie einen zulässigen Stipulationsinhalt ausdrücken mußten. Der zulässige Inhalt der Stipulationen entsprach aber genau den *actiones,* welche man zur Geltendmachung derselben hatte. Als Inhalt der *sponsio* war ursprünglich wohl nur das *dare* von *certa pecunia,* einer festen Summe römischen Geldes zugelassen. So sagt Varro ausdrücklich de l. l. V, 70: *Spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa,* und wenn Varro[6] und Festus[7] *stipulatio* von *stips* (Geldstück) ableiteten, so ist, auch wenn diese Ableitung unrichtig sein sollte, doch die Anschauung dieser Antiquare, wonach die *stipulatio* ursprünglich ein Geldgeschäft war, von historischer Bedeutung. Von dem absoluten *certum,* der festen Geldsumme, ging der Fortschritt zum *incertum* hin. Es wurde, vielleicht mit dem Aufkommen anderer Stipulationsformen, auch das *dare* eines sonstigen *certum* als Inhalt von Stipulationen zugelassen. Was man unter *cer-*

[1] L. 1 pr. D. de v. o. 45, 1. Gai. III, 92. 105. Pauli sent. r. V, 7, § 2.
[2] Z. B. l. 83 pr. D. eod. tit. [3] Z. B. l. 5 § 1 D. eod. tit. Paul. II, 3, 1.
[4] L. 1 D. de duob. r. 45, 2. Fest. s. v. reus. p. 273.
[5] L. 1 § 1, l. 137 pr. D. eod. tit. [6] de l. l. V, 182. [7] s. v. Stipem p. 313 M.

tum verstand. darüber giebt Gaius in l. 74 D. de verb. obl. 45, 1 Auskunft: *Certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum.* Zum *certum* gehören also, außer der bestimmten Geldsumme, eine bestimmte Quantität fungibler Sachen, so aber, daß nicht bloß die Art, sondern auch die Qualität auf das genaueste und engste (die beste) bestimmt, und zwar in der Stipulation wörtlich ausgesprochen sein muß (*ex ipsa pronuntiatione apparet*), sodann eine festbestimmte Sachspecies. Weiter scheint man zunächst in der Grenzbestimmung des *certum* nicht gegangen zu sein, wie denn ja auch die *legisactio per condictionem* durch die *lex Calpurnia* für das *dari oportere* von *omnis certa res* eingeführt ist, wobei unter *certa res* doch wohl nur körperliche Sachen verstanden sind. Wie man von da aus weiter vorgeschritten ist, liegt nicht klar vor. Daß aus der Stipulation auf *dare* einer *servitus rustica* eine Klage mit der *intentio* auf *dari oportece* (also die *condictio de certa re*) gegeben wurde, zeigt l. 19 D. de serv. praed. rust. 8, 3: — *sed si omnes stipulentur sive communis servus, singuli ex sociis sibi dari oportere petere possunt* —. Diese Ausdehnung des Begriffs der *certa res* auf die *servitus rustica* machte vielleicht keine bedeutenden Schwierigkeiten, denn *servitutes rusticae* wurden ja gleich körperlichen Sachen mancipiert, sie wurden auch mit einer ächten *vindicatio* geltend gemacht. Anders stand es schon mit Stipulationen auf Bestellung eines *ususfructus*. Das „*usumfructum alicuius rei dari mihi oportere*" ist nach l. 11 § 2 und nach l. 30 § 5 de iureiurando 12, 2 als Wortlaut eines *iusiurandum* bezeichnet, woraus man entnehmen kann, daß später eine *condictio* auf *dari oportere* eines *ususfructus* gehen konnte, wie denn ja l. 1 D. de cond. triticaria 13, 3 sagt: — *quare fundum quoque per hanc actionem petimus* — — *sive ius stipulatus quis sit, veluti usumfructum vel servitutem utrorumque praediorum.* Aber Bestellung eines *ususfructus* als *dare* eines *certum* aufzufassen, wird doch mehr Schwierigkeiten gemacht haben. Sagt doch Ulpian in l. 75 § 3 D. de verb. obl. 45, 1: *Fundi certi si quis usumfructum stipulatus fuerit, incertum intellegitur in obligationem deduxisse: hoc enim magis iure utimur.* Wie reimt sich dieser Ausspruch mit der Zulassung der *condictio certae rei* auf *dare oportere* eines *ususfructus?* Daß man in alter Zeit geneigt gewesen sei, die Bestellung eines *ususfructus* als ein *incertum* anzusehen, ist nicht schwer begreiflich, denn wegen der ungewissen Lebensdauer des Berechtigten ist der Geldwert des zu bestellenden *ususfructus* ein ganz ungewisser. Wenn man aber überhaupt Stipulationen auf *dare* eines *incertum* zuließ, wie man das mit der Zulassung alternativer und generischer Stipulationen gethan hat, aus denen ja auch eine *condictio* auf *hominem dari oportere,* auf *Stichum aut Pamphilum dari oportere* zugelassen ist, so konnte man natürlich auch keinen Anstoß mehr an einer *condictio* auf *usumfructum dari oportere* nehmen. Dunkel wird nur bleiben, wie weit man schon vor Einführung des Formularverfahrens gegangen ist, bezw. in welcher Form etwa derartige Forderungen zur Zeit des Legisaktionsverfahrens geltend gemacht wurden. Es zeigt sich aber hier schon, welche ungemeine Entwickelungsfähigkeit dem Obligationsbegriff innerhalb der Stipulation gegeben war, denn daß z. B. der Begriff der alternativen Obligation den römischen Juristen bei der Stipulation, mit welcher nur noch das Legat in Vergleich gebracht werden kann, zum Bewußtsein gekommen ist, darf wohl nicht bezweifelt werden.

Alle die bisher bezeichneten Fortschritte in der Erweiterung des zulässigen Stipulationsinhalts waren doch noch mit weniger Schwierigkeit verknüpft und sind

früher gemacht, als der, welcher in der Zulassung eines *facere* als Inhalt einer Stipulation bestand. Die Schwierigkeit lag darin, daß auf das *facere* das *quanti ea res est* oder *erit* der Klagformel nicht anwendbar schien, denn von einem Sachwert im buchstäblichen Sinne konnte man hier nicht sprechen, diese buchstäbliche Erklärung ist aber die ältere; zu der freiern Erklärung jener Worte vom Interesse hat man sich erst allmählich erhoben. Solange das aber nicht der Fall war, konnten Stipulationen, welche schlechthin auf ein *facere* lauteten, nicht wirksam sein. Man half sich daher zunächst so, daß man in die Stipulationen auf ein *facere* für den Fall der Nichtvornahme des versprochenen *facere* die Zusage einer *poena* aufnahm, so daß nun auf diese geklagt werden konnte. Es muß das schon zur Zeit des Juristen Cato, des Sohnes des Censorius, eine ganz ausgemachte Sache gewesen sein, denn nach l. 4 § 1 D. de verb. obl. 45. 1 handelte er schon von Obligationen auf ein *facere* oder ein *non facere,* bei welchen für den Fall des *aliter facere* eine *poena certae pecuniae* versprochen war. Dann ging man dazu über, für den Fall der Nichtvornahme des *facere* die Zusage nicht auf eine feste Geldsumme, sondern auf das *quanti ea res est* zu stellen, denn solchen Falles konnte es ja nicht zweifelhaft sein, daß nach der Meinung der Stipulationssubjekte das *quanti ea res est* von dem *quanti interest,* der *utilitas* zu verstehen sei. Der letzte Schritt war, daß man auch diesen Beisatz wegließ und ohne weiteres annahm, daß eventuell der *iudex* das Interesse des Klägers an dem zugesagten *facere* abschätzen könne.[1] Ist das, wie nicht zu bezweifeln, der Entwickelungsgang gewesen, so gelangt man, in Anwendung des Satzes *„sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet“*, folgerecht zu dem Resultat, daß es später eine Klage gegeben haben muß, deren *intentio* auf ein *dare facere oportere* gelautet hat. Das kann nicht wohl die *condictio certae rei* gewesen sein, denn wie weit man auch das Anwendungsgebiet dieser ausgedehnt haben mag, immerhin kann sie nur auf ein *dare oportere* gelautet haben. Die *intentio* der *condictio incerti* kann aber auch nicht, wie eine verbreitete Ansicht annimmt, auf *quidquid — dare facere oportet* gelautet haben. Diese Ansicht hat neuerlich wieder einen Verteidiger in Lenel gefunden.[2] Lenel stößt sich zunächst an der früher von mir[3] proponierten Formel mit spezialisierter *intentio,* in welcher das konkrete *facere* geradezu namhaft gemacht war. Er macht geltend, die regelmäßige Ausdrucksweise der Quellen (z. B. *incerti condictione consequi possunt, ut liberentur; incerti condictione compellam, ut mihi acceptum faciat* u. dgl.) weise deutlich darauf hin, daß die *intentio* nicht direkt auf das Klagbegehren gerichtet war. Das ist zuzugeben, allein daraus folgt nur, daß die *intentio* nicht direkt auf das zugesagte *facere,* sondern auch im konkreten Klagfall abstrakt auf *incertum dare facere oportere* gelautet haben muß. Wie in der *praescriptio* der *actio ex stipulatu* das *incertum* ein ständiges Wort war und nicht etwa im wirklichen Klagfall durch die konkrete Leistung ersetzt wurde, so wird es auch bei der *intentio* der *condictio incerti* gewesen sein: schon durch die formlose Verhandlung *in iure* stellte sich das unter das *incertum dare facere oportere* fallende konkrete Begehren des Klägers heraus. Lenels Meinung, daß der angeblichen *intentio* der *condictio incerti „quidquid N^m N^m A° A° d. f. o.“* eine *praescriptio* vorausgeschickt sei, welche die Spezialisierung des Klagbegehrens enthalten habe, scheint mir unmöglich. Eine derartige *praescriptio* wäre ohne alle Analogie: wir kennen wohl eine *praescriptio*

[1] L. 68, 81, 137 § 7 D. de v. o. 45, 1. § 7 I. de v. o. 3, 15.
[2] D. ed. p. S. 122 f. [3] Civilpr. z. Z. d. Legisakt. S. 240.

pro actore, durch welche eine an sich umfassendere *intentio* auf einen einzelnen Anspruch beschränkt wird, nicht aber eine solche, durch welche, was in der *intentio* unbestimmt ausgedrückt war, zu bestimmterem Ausdruck gelangt wäre. Solche *praescriptio* wäre völlig überflüssig gewesen: die Angabe des Begehrens bei der formlosen Verhandlung *in iure* genügte vollständig, um solche Spezialisierung des in der *intentio* unbestimmt Gelassenen herbeizuführen. — Worin lag aber der Grund, daß man bei der *condictio certae pecuniae* und der *certae rei* die *intentio* direkt auf das konkrete Klagbegehren *„centum dare oportere", „fundum Cornelianum dare oportere"* koncipierte, während sie nach unserer Annahme bei der *condictio incerti* in abstrakter Fassung auf *„incertum dare facere oportere"* gerichtet gewesen sein soll. Um dies zu erklären, muß noch näher auf die Verschiedenheit des *dare* und *facere* eingegangen werden. *Dare*[1] ist Verschaffung des quiritischen Eigentums einer Sache oder Bestellung eines civilrechtlichen Servitutrechts an derselben, es hat einen äußeren körperlichen Gegenstand zum Objekt. Der Geldwert dieses *dare* ist nach römischer Auffassung nie unmittelbarer Obligationsinhalt: auch wenn das *dare* vom Verpflichteten verweigert wird oder wenn infolge von ihm verschuldeten Untergangs des Gegenstands das *dare* nicht mehr realisiert werden kann, so bleibt es noch rechtlicher Inhalt der Obligation und wird als geschuldete Leistung in der *intentio* der Klage angegeben. Nur die Ausübung des Forderungsrechts, das Verlangen der Erfüllung, welches in der *condemnatio* zum Ausdruck kommt, ist auf die *aestimatio,* den Geldwert des *dare,* gerichtet. Anders beim *facere,* dem Thun, welches nicht *dare* ist, an welches sich aber für den Gläubiger ein in Geld ausdrückbares Interesse knüpft. Die Obligation, das Recht selbst ist eventuell auf diese Interesseleistung gerichtet, wenn der Schuldner das *facere* vorzunehmen sich weigert, bezw. die Vornahme desselben durch seine Schuld unmöglich geworden ist: in der *intentio* der Klage ist die Forderung dieses in seinem Betrage unbestimmten Interesses zum Ausdruck zu bringen. Das *dare* kann auf ein *certum* oder *incertum* gerichtet sein; aus dem Ziel des *dare* oder aus der Modalität, in welcher es zum Inhalt der Obligation gemacht ist, ergiebt sich, ob es auf ein *certum* oder *incertum* gerichtet ist. Das *facere,* mag es noch so genau und speziell bestimmt sein, ist stets und notwendig ein *incertum,* denn schon der eventuelle Obligationsinhalt, die eventuell geschuldete Leistung, nicht etwa erst das Mittel der Erfüllung ist das seinem Betrage nach unbestimmte Interesse, welches der Gläubiger an dem *facere* (oder *non facere*) hat.[2] Die *intentio* der Klagen

[1] § 14 I. de act. 4, 6. L. 75 § 10 D. de v. o. 45, 1. L. 19 D. de s. p. r. 8, 3.

[2] Wenn eine früher sehr verbreitete Meinung annahm, bei Obligationen auf ein *facere* sei der Geldwert des nicht geleisteten Faktums *(id quod interest)* das wahre Objekt der Verpflichtung gewesen, das *facere* dagegen nicht sowohl *in obligatione,* als lediglich *in solutione* gewesen, so war man damit allerdings nicht zu klarer Erfassung und Formulierung des Unterschiedes der *obligationes* auf ein *facere* von denen auf ein *dare* gelangt. Wenn aber Neuere, wie Mommsen, Interesse S. 85, A. 2; Mora S. 32 ff.; Ubbelohde, Lehre von d. unteilbaren Obligationen S. 77 ff. u. a., den hier vorliegenden römischen Unterschied zwischen den Obligationen auf ein *dare* und denen auf ein *facere* ganz leugnen und meinen, die betreffenden Quellenstellen bezögen sich nur auf die ganz allgemein geltende *condemnatio pecuniaria,* so haben sie sich damit von der Wahrheit weiter entfernt, als jene ältere Ansicht. Von dem Wesen der *condemnatio* als Formelteil kann erst bei der Darstellung des Prozesses gehandelt werden. Schon hier aber möge die Bemerkung Platz finden, daß sie nicht das behauptete Recht ausdrücken soll (dazu ist die *intentio* bekanntlich bestimmt), sondern die Ausübung des Rechts, welche in Geld umgesetzt werden soll, bei Obligationen also das Verlangen der Erfüllung.

auf solches *facere* aus einer Stipulation oder sonstigem Grunde mußte daher eine Fassung erhalten, welche auch den eventuellen Leistungsinhalt, das unbestimmte Interesse mit umfaßte. Daher lautete die *intentio* der *condictio incerti* nicht auf das versprochene konkrete *facere,* sondern auf *incertum dare facere oportere.* Von dieser Auffassung aus läßt sich die von Celsus in l. 72 pr. D. de verb. obl. 45, 1 referierte Meinung des Tubero begreifen, welcher auch die auf ein unteilbares *facere* gerichtete Obligation doch als eine teilbare ansah, weil die Obligation selbst schon eventuell auf Geld gerichtet sei. Nur darin stand Tubero mit seiner Meinung vereinzelt da, daß er solche Obligation als teilbar ansah, denn die herrschende Meinung ging dahin, daß man für die Frage der Teilbarkeit nicht auf diesen eventuellen, sondern den ursprünglichen Obligationsinhalt sehen müsse. Daß Cassius aber Tuberos Meinung als beachtenswerte ansah, geht aus der Art, wie er sie in ihre Konsequenzen verfolgt, hervor. Nach der Meinung des Tubero, legt er dar, müsse die Klage eines Einzelnen von den mehreren auf das *facere* Berechtigten so eingerichtet werden, daß in der *intentio* das Recht des Klägers auf die betreffende Quote des nach Abschätzung des Interesses der Gläubiger an dem *facere* sich ergebenden Geldquantums bezeichnet werde.

Die *condictio incerti* teilt also darin das Wesen aller *condictiones,* daß sie auf ein *si paret — dare facere oportere,* nicht auf *quidquid dare facere oportet* lautete, wenn sie auch als Inhalt des *dare facere oportere* nur ein *incertum* bezeichnete. Neben dieser *condictio incerti,* welche, wie die *condictio certi* und die *condictio certae rei,* nicht auf bestimmte Rechtsgründe beschränkt war, kamen aber für Forderungen auf Leistung eines *incertum* aus Stipulation und Testament noch besondere Klagen auf: die *actio ex stipulatu* und die *actio ex testamento,* von welchen hier nur die erstere unser Interesse in Anspruch nimmt. Wie es zur Aufstellung dieser Klage kam, ist begreiflich genug. Seitdem Stipulationen schlechthin auf ein *facere* zulässig waren, konnte der Inhalt der Stipulation auch auf ein *Quidquid te dare facere oportet* etwa *ex causa emtionis* oder *ex causa conductionis* gestellt werden (vgl. z. B. l. 89 D. de verb. obl. 45, l. L. 125 D. eod. tit. L. 1 § 4 D. quar. rer. actio 41, 5. L. 27 D. de novat. 46, 2). Solchem Stipulationsinhalt entsprechend haben die Römer eine *incerti actio* zugelassen mit der *intentio quidquid dare facere oportet.*[1] Durch solche *intentio,* welche bis auf das fehlende *ex fide bona* mit der *intentio* der *bonae fidei actiones* übereinstimmte, war zur Ergänzung ein der *demonstratio* bei den *bonae fidei actiones* analoger, jener *intentio* voraufgehender Formelteil gefordert, in welchem als Rechtsgrund des Anspruchs die Stipulation anzugeben war. Diesen Dienst leistete, wie wir aus Gaius IV, 136 wissen, eine *praescriptio loco demonstrationis* folgender Fassung: *Quod A. Agerius de N. Negidio incertum stipulatus est* u. s. w. Da diese *praescriptio* offenbar nach dem Vorbilde der *demonstratio* der *bonae fidei actiones* gebildet war, so ist daraus zu entnehmen, daß die *incerta actio ex stipulatu* später entstanden ist, als wohl die Mehrzahl der *bonae fidei actiones;* doch muß sie schon in republikanischer Zeit entstanden sein, denn aus der in Lex Rubria c. XX[2] mitgeteilten Klagformel geht hervor, daß der Peregrinenprätor in Rom damals schon in seinem Edikt ein Formular einer Stipulation wegen *damnum infectum* proponiert gehabt haben muß, aus welcher eine *actio* mit der *intentio quidquid dare facere oportet* gegeben wurde. Lautete die Stipula-

[1] pr. I. de v. o. 3, 15. L. 24 D. de r. c. 12, 1. Gai. IV, 131.

[2] Bruns-Mommsen, Fontes p. 96 f.

tion, welche den Inhalt eines *bonae fidei*-Kontrakts in sich aufnahm, selbst auf *quidquid te dare facere oportet ex fide bona,* so soll nach Huschke[1] auch die *actio ex stipulatu* in der *intentio* den Zusatz *ex fide bona* erhalten haben. Wenn er aber mit Recht angenommen hat, daß die *actio ex stipulatu* nie eine *bonae fidei actio* im eigentlichen Sinne gewesen sei, sondern daß bei ihr immer die Stipulationsform der Grund der Verpflichtung und Klage war, so glaube ich mit Bethmann-Hollweg[2] leugnen zu müssen, daß der *intentio* der *actio ex stipulatu* jemals der Zusatz *ex fide bona* eingerückt sei. Was aber den Inhalt der Klage anlangt, so hatte gewiß bei der *actio incerti ex stipulatu* auch ohne jenen Zusatz der *iudex* in Bezug auf Verzugszinsen und Früchte ein freieres Ermessen, als bei den Kondiktionen (l. 4 pr. D. de usuris 22, 1). Immer galten aber bei dem *bonae fidei iudicium* Sätze, welche auf die nicht völlig der Herrschaft des *strictum ius* zu entziehende *actio ex stipulatu* nicht anwendbar waren, so das *compensare officio iudicis.*

Wenn wir annehmen konnten, daß die *actio ex stipulatu* zuerst aufgekommen sei für Stipulationen, welche ausdrücklich auf *quidquid te dare facere oportet* lauteten, so ist sie doch nicht darauf beschränkt geblieben, sie hat vielmehr ein viel weiteres Anwendungsgebiet erlangt. Um dieses, soweit möglich, festzustellen, muß auf die eine große Rolle spielende *clausula doli* eingegangen werden.[3] Nach dem *iuris rigor,* unter dessen Herrschaft die Stipulation ursprünglich völlig stand, galt nur der in den Worten zum Ausdruck gekommene Wille. Es ist daher begreiflich, daß die alten Stipulationsformulare in ihrer Wortfassung peinlicher, pedantischer, schwerfälliger waren: man suchte sie so zu fassen, daß alles, was die Parteien beabsichtigten, im Wort zum Ausdruck kam. Das ist aber ein Bemühen, welches nie völlig gelingt: es können immer Eventualitäten eintreten, welche die Parteien nicht in Aussicht genommen und daher in den Worten der Stipulation nicht zum Ausdruck gebracht haben. Gegen jeden aus einer Zweideutigkeit der Worte oder ungenügender bezw. ganz fehlender wörtlicher Berücksichtigung von Fällen, die dem Sinn des Geschäfts nach hätten berücksichtigt werden sollen, etwa sich ergebenden Schaden suchte man sich durch einen allen *dolus* des *promissor* in Bezug auf den Inhalt des Versprechens ausschließenden Zusatz zu sichern, durch den Zusatz: *dolumque malum huic rei abesse abfuturumque esse,* bezw. durch ähnliche Wendungen. Diese Klausel findet sich namentlich, wie es scheint, in allen prätorischen Stipulationen und in den Stipulationen, welche entweder vom Prätor oder vom Richter gefordert werden,[4] und es mag wohl sein, daß sie gerade bei diesen zuerst aufgekommen ist, da es Obliegenheit des Prätors war, die Parteien möglichst zu sichern und er auch in der Lage war, der Klausel die gewünschte rechtliche Wirkung zu verleihen. Aber auch in die *stipulationes conventionales* fand sie Aufnahme. Ehe wir fragen, in welche, wollen wir die Wirkung der Klausel ins Auge fassen. Diese bestand darin, daß aus derselben die vorher besprochene *actio incerti ex stipulatu* gewährt wurde: sie milderte also den strikten, nur der Herrschaft des Worts Raum gebenden Charakter der Stipulation. Doch fragt sich, ob sie bewirkte, daß aus der Stipulation, welcher sie hinzugefügt war, nur die *actio ex stipulatu* angestellt werden konnte oder etwa auch die

[1] Gaius S. 231. [2] Civilpr. II, S. 270, A. 62.

[3] Vgl. über dieselbe Brisson. de formulis 6, 180. F. Kaemmerer, *Programma de clausula doli mali in contractibus.* Heidelbergae 1808. Savigny, System V, S. 495 f., S. 500 f. Huschke, Gaius S. 230 f. Voigt, Ius naturale IV, 3, S. 409 ff.

[4] Vgl. Huschke, a. a. O. S. 231, A. 92.

condictio, welche, abgesehen von der *doli clausula*, aus derselben entsprungen wäre. Nach Julian (l. 53 D. de verb. obl. 45, 1) soll die *clausula ad ea pertinere, quae in praesentia occurrere non possint et ad incertos casus pertinent;* und Papinian sagt noch kategorischer in l. 119 D. eod. tit.: *Doli clausula, quae stipulationibus subicitur, non pertinet ad eas partes stipulationis, de quibus nominatim cavetur.* Nach dem damit übereinstimmenden Ausspruch des letzteren in l. 121 D. eod. tit.: *Ex ea parte cautionis: „dolumque malum huic rei promissionique abesse abfuturumque esse stipulatus est ille, spopondit ille", incerti agetur* wird die *actio ex stipulatu* aus dem die *clausula doli* enthaltenden Teil der Stipulation angestellt, womit also indirekt gesagt ist, daß aus dem übrigen Teile möglicherweise eine andere *actio* angestellt werden kann bezw. anzustellen ist (vgl. auch l. 4 § 16 D. de doli mali et m. e. 44, 4: — *quia ex doli clausula non de dolo actio intenditur, sed ex stipulatu).* Ist also z. B. durch Stipulation das *dare* eines Sklaven oder eines *fundus* versprochen und die *clausula doli* hingefügt, so ist auf das Geben des Sklaven oder des *fundus* nach jenen Aussprüchen trotz der hinzugefügten *clausula doli* die *condictio certae rei* begründet. Aber wie weit reicht die Wirkung der *clausula doli?* Ulpian stellt in l. 69 D. de verb. sign. 50, 16 den Satz auf: *Haec verba „cui rei dolus malus aberit afuerit" generaliter comprehendunt omnem dolum, quicumque in hanc rem admissus est, de qua stipulatio interposita est.* Soweit ging man in älterer Zeit nicht. Labeo, der die *clausula doli* auch bei Stipulationen, welche auf ein *dare* gingen, schon kennt, hält nach l. 7 § 3 D. de dolo malo 4, 3 die *actio ex stipulatu* aus der Klausel für zweifelhaft in Fällen, in welchen Ulpian sie ganz unbedenklich gewährt. Wo Labeo die Grenze ziehen wollte, ist nicht recht ersichtlich.

Aus einer nur auf ein *facere* lautenden Stipulation konnte wohl auch ohne Hinzufügung der *clausula doli* die *actio incerti ex stipulatu* angestellt werden, ebenso aus einer Stipulation, welche auf *dare* eines *incertum*, z. B. auf *dare* eines *ususfructus*, ging. Bedürfte es dafür eines besondern Beweises, so wäre er durch Gai. IV, 136 geführt, wonach unsere Klagformel für den aufgestellt ist, *qui incertum promiserit*, und die *intentio quidquid dare facere oportet* nur an das *quod — incertum stipulatus est* geknüpft ist. Bei diesen *stipulationes* auf ein *facere* hatte also die *doli clausula* nicht die Wirkung, die *actio ex stipulatu* erst zu begründen, sondern die, die Verpflichtung zu erweitern und elastischer zu machen. Dagegen einer *stipulatio*, welche nur auf *dare* einer bestimmten Geldsumme, ein *certum* im strengsten Sinne, lautete, konnte gewiß keine *doli clausula* hinzugefügt werden, sie bot dafür keinen Raum.

Nachdem wir uns so über den möglichen Inhalt der Stipulationen einen Überblick verschafft haben, ist zunächst auf die Natur der durch Stipulation begründeten Obligation unser Augenmerk zu richten. In welcher Weise der Wille bei der Begründung der Stipulationsobligation eine Rolle spielt, haben wir bei der Betrachtung der verschiedenen Stipulationsformen, des *spondere* und *fidepromittere*, schon gesehen. In der Begründung der Obligation durch Stipulation liegt eine vermögensrechtliche Zuwendung von Seiten des *promissor* an den *stipulator:* die Begründung einer Forderung auf die zugesagte Leistung. Daß dieser Zuwendung ebenso, wie anderen Vermögenszuwendungen, ein materieller Zweck, welcher dadurch erreicht werden soll, zu Grunde liegt, ist selbstverständlich: schlechthin eine Geldsumme oder irgend eine andere Sache oder ein *facere* versprechen will und kann niemand. Wenn nun das in Stipulationsform abgegebene Versprechen eine Forderung erzeugt, ohne daß irgendwie die

causa des Versprechens aus der Stipulation zu ersehen ist, worin liegt der Grund davon? Es ist gesagt worden, der Grund liege darin, daß das Versprechen wirklich als ein von seinem Grunde abgelöstes, als Versprechen schlechthin, abgegeben worden sei, in dem Verselbständigungswillen, welchem das römische Recht aber nur, wenn er sich in der Stipulationsform (oder einer andern gleichstehenden Form) ausgedrückt habe, Verselbständigungskraft verliehen habe.[1] Aber wie? Wenn der Wille sogar im Zusammenhange mit seinem Warum keine Obligation erzeugt, wie das formlose Schenkungsversprechen, das formlose Dotalversprechen, so kann es doch nicht der Verselbständigungswille sein, welcher in Stipulationsform die eine Obligation erzeugende Kraft hat, sondern es ist die von der Rechtsordnung sanktionierte Form, welche dem in sie eingekleideten Willen Selbständigkeit, Rechtsbestand und Obligation erzeugende Kraft verleiht. Wäre es der Verselbständigungswille, welchem die Verselbständigungskraft zukomme, dann müßte er doch wohl auch in der Form besonders kundgegeben werden, nicht einfach bei Vorliegen der Stipulationsform fingiert werden, oder es müßte jeder beliebigen Versprechensform, welche über den Verselbständigungswillen keinen Zweifel ließe, die gleiche Wirkung, wie dem *spondere, promittere,* zuerkannt werden. Die Privatperson, welche die Stipulationsform benutzte, um eine Obligation zu begründen, konnte möglicherweise den Verselbständigungswillen haben, aber er war gleichgültig; selbst wenn sie ihn nicht hatte, sondern etwa glaubte, trotz der Stipulationsform könne ihr Wille doch nur im Zusammenhange mit seinem Warum eine Obligation hervorbringen, brachte das in Stipulationsform abgegebene Versprechen eine Obligation für sie hervor. Daß die Stipulationsform dem in sie eingekleideten Versprechen einer Leistung die Obligation erzeugende Kraft verlieh, charakterisiert die Stipulation als ein Geschäft, welches nicht zu den ältesten des römischen Rechts gehört, insbesondere an Alter dem Nexum nicht gleichsteht; denn wenn auch das Nexum ein formales Geschäft war, so war es doch ein solches, in welchem ein kausales Moment lag, wie früher dargelegt ist: es kam in ihm keineswegs, wie man noch vielfach annimmt, eine ganz abstrakte Obligation zum Ausdruck. Es setzt schon eine fortgeschrittenere Rechtsbildung voraus, wenn Formen aufgestellt werden, welche dem in sie eingekleideten Willensakt rechtliche Selbständigkeit und Klagbarkeit verleihen, ganz ohne Rücksicht auf das ihm unterliegende kausale Moment. Enthält denn aber die Stipulation wirklich ein von einer *causa* losgelöstes Versprechen? Die Ansicht hat sehr bedeutende Vertreter, wonach die Stipulation die Fiktion eines Darlehns enthalten soll.[2] Wie sie das könne, wird in verschiedener Weise zu veranschaulichen gesucht. Es wird gesagt, die Stipulation gehe von der Idee eines Realkontrakts aus, mit anderen Worten, die Frage und Antwort, worin sie bestehe, enthalte die Fiktion, der Promissor habe das, was er verspreche, empfangen und sei dadurch obligiert. Es gehört schon eine Phantasie, wie die Huschkes, dazu, um in der Frage und Antwort der Stipulation eine solche Fiktion zu wittern. Savigny legt sich die Sache so zurecht: die Stipulation sei eine freiwillige mündliche Unterwerfung unter die Folgen, die außerdem in der Natur des Darlehns gegründet seien, durch sie werde die dem Darlehn

[1] Windscheid, Pandekten II, § 318, A. 2.

[2] Vgl. Savigny, System V, S. 532 ff. Huschke, Nexum S. 106 ff., S. 228. Gneist, Die formellen Verträge S. 134 f. Heimbach, Kreditum S. 288 ff. Girtanner, Die Stipulation S. 156 ff. Ihering, Zweck im Recht I, S. 271.

natürliche Wirkung mit Willkür und künstlich herbeigeführt. Aber eine solche Anlehnung an das Darlehn wird man in der Stipulationsform selbst nirgends nachweisen können. Ihering gesteht denn auch offen zu, der Form nach enthalte die Stipulation nicht den geringsten Hinweis auf die geschehene Vorleistung, aber der juristischen Vorstellung nach habe sie auch ihr zu Grunde gelegen, wenngleich das Auge des Laien davon nichts entdecken könne. Anders noch, als Savigny und Huschke, denkt sich Girtanner das durch die Stipulation erfolgende *credere*. Die einfachste Auffassung, meint er, sei die, daß ein Vermögenswert des Schuldners aus dessen Vermögen in das des Gläubigers übergehe (der deshalb die Stellung eines Anvertrauenden einnehme), aber nur, um im nächsten Augenblick wieder an den *promissor* zu gelangen, nun als ihm anvertrautes. Man wird gewiß auch diese Auffassung als eine überkünstliche bezeichnen müssen, welche als die der Römer nur angenommen werden könnte, wenn dafür die stärksten Beweise beigebracht werden könnten. Die einzigen Argumente nun aber, welche einen Schein der Richtigkeit jener Auffassung hervorrufen können, sind l. 2 § 5 D. de reb. cred. 12, 1: *Verbis quoque credimus quodam actu ad obligationem comparandam interposito, velut stipulatione,* womit übereinstimmt, daß in l. 7 D. de verb. obl. 45, 1 über eine Stipulation, welche von einer notwendigen Bedingung abhängig gemacht ist, gesagt wird: *utilis et praesens est et pecuniam creditam continet;* ferner der Umstand, daß aus der Stipulation einer bestimmten Geldsumme, ebenso wie aus dem Darlehn einer solchen Summe und aus dem auf eine bestimmte Summe lautenden Litteralkontrakt, die *actio de pecunia certa credita* gegeben wird. Nur aus diesen drei Gründen wird diese, wie früher gezeigt, von der *condictio certi* zu unterscheidende *actio* gegeben, also nur in den Fällen, in denen durch Kontrakt (und zwar unbedingten) eine Forderung auf eine bestimmte Geldsumme begründet wird. In diesem Sinne ist auch die *credita pecunia* der *ler Cornelia de sponsoribus et fidepromissoribus* verstanden. *Pecuniam autem creditam dicimus,* sagt Gaius III § 124, *non solum eam quam credendi causa damus* (also die *pecunia mutua*), *sed omnem quam tum, cum contrahitur obligatio* (also nur Kontraktsobligationen), *certum est debitum iri, id est (quae) sine ulla conditione deducitur in obligationem.* Diese Begriffsbestimmung trifft, außer auf die *pecunia mutua,* nur auf die durch Stipulation und Litteralkontrakt begründete Obligation zu. Diesen Sinn haben auch die Worte in l. 2 § 5 cit.: — *quodam actu ad obligationem comparandam interposito:* nicht jede Obligation auf eine *certa pecunia,* sondern die durch einen eigenen auf Bestellung derselben gerichteten Akt, wie die Stipulation, begründete ist eine *credita pecunia* (vgl. noch l. 19 D. de verb. sign. 50, 16: — *et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione).* Es ist nun wohl begreiflich, daß man gerade die aus den genannten Gründen hervorgehende Obligation auf eine *certa pecunia,* bei denen der rechtlich anerkannte Wille von vornherein auf *dare* eines absoluten *certum* gerichtet war, mit einer besondern Klage ausgestattet hat; doch bedarf es noch einer Erklärung, warum man in diesen Fällen, und gerade nur in diesen, die geschuldete Summe als *pecunia credita,* die betreffende Klage als *actio de pecunia certa credita* bezeichnet hat. Die Erklärung kann meines Erachtens nur eine historische sein, ich sehe sie in Folgendem. Wahrscheinlich ist diese *actio* durch ein unbekanntes Gesetz zuerst für die Darlehnsforderung auf eine bestimmte Geldsumme, die *pecunia credita* im engsten Sinne, eingeführt worden, während die *sponsio pecuniae* ursprünglich wohl nur durch die *actio*

sacramento in personam geltend gemacht werden konnte. Später, wohl nach dem Aufkommen anderer Stipulationsformen, wie der *fidepromissio,* und des Litteralkontrakts, wurde die *actio de pecunia certa credita* auch auf diese übertragen, behielt aber ihren bisherigen Namen. Im prätorischen Edikt stand wohl unter der Generalrubrik *de rebus creditis* zuerst unter einer besondern, diesen Namen angebenden Rubrik die Formel der *sponsio* und *actio de pecunia certa credita* proponiert. Die Ediktskommentatoren folgten dem vielleicht zur Zeit der ersten Aufstellung dieses Ediktsabschnitts feststehenden Sprachgebrauch, wonach, weil sie mit dem Verfahren *de pecunia certa credita* geltend gemacht werden konnte, auch die durch Stipulation bezw. durch Litteralkontrakt begründete Geldschuld als eine *pecunia credita* bezeichnet wurde. Der Kommentator sprach also zunächst vom *credere* im engsten Sinne, wie es im *mutuum* liegt, woran er die Besprechung des im *deponere, commodare* liegenden nicht so strengen *credere* anschloß. Dann fuhr er weiter fort: *verbis quoque credimus,* woran sich schließlich, wie schon Savigny[1] sich dachte, ein *litteris quoque credimus* und dessen Erläuterung geschlossen haben wird. So liegt in der Stipulation nicht die Fiktion eines Darlehns vor, wohl aber finden wir eine historische Anlehnung der Stipulation an das Darlehn, insofern als das zunächst für das Gelddarlehn aufgestellte prozessualische Verfahren auf die durch Stipulation begründete Geldschuld übertragen worden ist.

Die Stipulation war also befähigt, ein ganz abstraktes Forderungsrecht auf eine bestimmte Leistung zu begründen, doch war ihre Form eine derartige, daß dieselbe kein Hindernis bereitete, auch den materiellen Zweck des Versprechens in sich aufzunehmen, also „den Inhalt des konkreten Parteiwillens in allen seinen Bestandteilen zu reproduzieren". Fragen wir, ob die Aufnahme des Kausalmoments in die Stipulation selbst oder die gänzliche Ausscheidung desselben aus der Stipulation das ältere sei, so könnte man zunächst geneigt sein anzunehmen, daß die Aufnahme des Kausalmoments in die Stipulation das natürlichere und ältere, die völlige Ausscheidung desselben aus der Stipulation etwas Künstlicheres und daher erst auf einer spätern Entwickelungsstufe Zugelassenes sei. Meines Erachtens würde man mit solcher Annahme irren. Die Stipulation hat in älterer Zeit einen starreren Charakter gehabt, als später: die Schlagworte selbst, wodurch die Obligation begründet wird: *spondesne. spondeo; fidepromittisne, fidepromitto; dabisne, dabo* zeigen nicht die geringste Bezugnahme auf ein kausales Moment, und demgemäß galt nur der im Wort der Stipulation zum Ausdruck gelangte Wille; eine Frage nach dem *id, quod actum est,* nach der *voluntas* im Gegensatz der *verba,* wurde nicht zugelassen. Dieser starre Charakter der Stipulation wird aber am besten gewahrt, wenn sie einfach auf eine bestimmte Leistung ohne alle Hervorhebung des Zweckmoments gestellt ist. Die Aufnahme des Zweckmoments giebt notwendig der *verborum obligatio* einen freieren Charakter, sie verleiht durch eine nun zulässige Berücksichtigung des zum Ausdruck gelangten Kausalmoments der Interpretation einen freieren Charakter. So soll z. B. die Stipulation, durch welche eine *dos* versprochen wird, beim Nichtzustandekommen der Ehe *ipso iure* ungültig sein. Eine Stipulation eines unter einer Bedingung hinterlassenen Legats wird, wenn der Legatar vor Eintritt der Bedingung stirbt, wirkungslos *(evanescit).* Von einer Stipulation aus einem Kaufkontrakt wird gesagt in l. 4 pr. D. de usuris

[1] System V S. 534.

22, 1: — *non est verisimile plus venditorem promisisse, quam iudicio empti praestare compelleretur* u. ä. Danach werden auch diejenigen Funktionen der Stipulation als die älteren anzusehen sein, welche durch rein abstrakte, nur auf eine Geld- oder Sachleistung gerichtete Stipulation erreicht werden konnten. Von Anfang an wird also die Stipulation zu solchen Zwecken abgeschlossen sein, welche durch eine ganz abstrakte Vermögenszuwendung, ein abstraktes Forderungsrecht erreicht werden können, z. B. zum Zweck der Schenkung, zum Zweck der Dotalbestellung. Die Stipulation hat in diesen Fällen die Bedeutung einer reinen Vollzugshandlung; der betreffende Zweck, welcher für sich gar keine rechtliche Existenz hat, wird durch die *stipulatio*, welche, als eine abstrakte Forderung begründend, den verschiedensten Zwecken dienen kann, zum Vollzug gebracht. Hat nun aber das Zweckmoment schon für sich in einem Geschäft Existenz gewonnen, wie in den verschiedenen *bonae fidei*-Kontrakten, so könnte eine etwa hinzutretende Stipulation nicht lediglich die Bedeutung eines Vollzugs des in jenen Geschäften zum Ausdruck kommenden Kausalmoments haben, denn eine Möglichkeit eines zwangsweisen Vollzugs ist hier schon mit der aus jenen Geschäften entspringenden *bonae fidei actio* gegeben. Hier tritt eine andere mit der eben betrachteten zusammenhängende Funktion der Stipulation mehr hervor: die der Sicherung eines Anspruchs. Kann man schon von jeder Stipulation mit Ulpian in l. 1 § 4 D. de stipulat. 46, 5 sagen: *Et sciendum est omnes stipulationes natura sui cautionales esse: hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione,* so tritt doch diese Sicherungsfunktion bei manchen Stipulationen mehr, bei anderen weniger in den Vordergrund. Besonders tritt diese Funktion bei der sogenannten accessorischen Stipulation hervor. Darunter ist zu verstehen eine Obligation, welche nicht schlechthin auf Geben einer Summe, Sache oder dgl. lautet, sondern wodurch eine Summe, Sache als eine bereits aus einem andern Grunde. etwa Kauf, Miete, Societät u. s. w., geschuldete versprochen wird. Dieselbe ist von den neueren Juristen in verschiedener Weise beurteilt worden. Bestritten wird nicht, daß eine Stipulation, welche die Obligierung zur Leistung dieses Gegenstandes schon in ihrer Fassung abhängig mache von der Existenz der als bestehend vorausgesetzten Schuld, mit anderen Worten diese zur Bedingung mache, keine Obligation hervorbringe, wenn die vorausgesetzte Schuld nicht existiere. So sei es namentlich in dem Fall, wenn der Inhalt des durch die *stipulatio* zu begründenden Forderungsrechts bestimmt werde lediglich durch Verweisung auf den Inhalt der Leistung, welche den Gegenstand des als bestehend vorausgesetzten Forderungsrechts bilde: *Quod mihi debes, quod te mihi dare oportet, quidquid te mihi dare facere oportet — dare spondes?* Anders aber soll es sich nach der Meinung angesehener Schriftsteller[1] verhalten bei einer *stipulatio* folgender Fassung: *Centum, quae (ex testamento, ex vendito etc.) mihi debes, dare spondes?* Wer so *centum* verspreche, verspreche eben nicht *centum,* wenn er sie schulde, sondern weil er sie schulde; diese Fassung des Versprechens setze eben das Schulden der *centum* nicht als Bedingung, sondern als Voraussetzung. In dieser Fassung liege gerade der Wille ausgesprochen, daß aus der Stipulation eine Forderung auf die *centum* schlechthin entstehen solle, sie sei gerade der Ausdruck für die Abstraktion von dem Grunde des Versprechens.[2] In Wahrheit besteht aber ein solcher Unterschied zwischen jenen beiden ange-

[1] Vgl. Römer, Abhandlungen aus d. röm. Recht S. 4 ff. und die dort Citierten.

[2] Vgl. dagegen auch Windscheid, Lehrb. d. Pandektenr. II, § 301, A. 2.

gebenen Fassungen der accessorischen Stipulation keineswegs. In der Fassung: *Quod mihi debes, quidquid te mihi dare facere oportet* u. ä. wird das, was aus dem bezeichneten Grunde dem *stipulator* geschuldet wird, zum Inhalt der Stipulation gemacht. Die Fassung: *Centum, quae mihi ex vendito debes,* setzt das Schulden der *centum ex vendito* nicht als Voraussetzung des Versprechens, sondern ebenfalls als Inhalt desselben. Beide Fassungen unterscheiden sich nur darin, daß in dem einen Fall der Inhalt der Schuld, deren Leistung versprochen wird, ganz unbestimmt, in dem andern Fall bestimmt bezeichnet wird. Ist in Wahrheit nichts geschuldet, so ist auch nichts versprochen: es verhält sich dann gerade so, wie wenn eine nicht existierende oder bereits untergegangene Sache versprochen wäre. Wenn aber jemand, wohl wissend, daß er dem *stipulator* nichts oder weniger schulde, demselben eine Summe als ihm aus dem und dem Grunde geschuldet verspricht, so kann das Versprechen als ein Schenkungsversprechen gültig sein. Von einem solchen Falle redet l. 21 D. de v. o. 45, 1. Daß hier angenommen ist, der Mann habe wissentlich, also in Schenkungsabsicht, der geschiedenen Frau mehr als das *dotis nomine* Geschuldete promittiert, geht aus dem Vergleich am Schluß der Stelle hervor: *sicuti, cum filiae vel matri vel sorori vel alii cuilibet dotis nomine legaretur, utile legatum esset,* sowie aus der gegensätzlichen Entscheidung in l. 66 § 4 D. soluto matrimonio 24, 3, wo *a viro errante* mehr, als *in dote* war, promittiert war.[1]

Man könnte meinen, es sei eine solche accessorische Stipulation, da dasselbe schon aus einem andern Grunde geschuldet werde, völlig überflüssig gewesen. Dabei würde aber verschiedenes ganz außer acht gelassen sein. Seneca sagt einmal de benefic. III, 7: *Ideo melior videtur conditio causae bonae, si ad iudicem, quam si ad arbitrum mittatur: quia illum formula includit et certos quos non excedat terminos ponit; huius libera et nullis adstricta vinculis religio, et detrahere aliquid potest et adiicere.* Weil das dem *arbiter* zustehende freie Ermessen in Willkür ausarten kann und eine größere Weisheit und Fähigkeit des Richters voraussetzt, deshalb ist eine *bona causa,* welche vor einen *iudex, quem formula includit,* gelangt, weniger Gefahren ausgesetzt, als bei einem *arbiter.* Andererseits sagt Cicero pro Q. Roscio comoedo 4, 13: *Ceteri cum ad iudicem causam labefactari animadvertunt, ad arbitrum confugiunt.* Mit dem weniger gut und sicher begründeten Anspruch, dessen Durchführung beim *iudex* zu scheitern scheint, kann man beim *arbiter* noch durchzudringen hoffen. Die insbesondere zu dem *bonae fidei negotium* hinzutretende *stipulatio* konnte den Inhalt und Umfang des Anspruchs nach allen Richtungen genau ausdrücken und begrenzen, so ihn gegen künftige Zweifel sicherstellen und seine prozessualische Begründung und Beweisung sichern. Zwar konnte auch bei einem *bonae fidei negotium* durch genau formulierte *leges* dem freien Ermessen des *arbiter* ein Zügel angelegt werden, doch immerhin nicht ein so wirksamer und sicherer, wie durch eine ausführliche Stipulation, denn dem *arbiter* blieb wegen der unbestimmten *intentio quidquid dare facere oportet ex f. b.* die Möglichkeit freierer Auslegung und Nichtachtung der dem *negotium* hinzugefügten *leges,* als dem *iudex* wegen der *formula,* welche ihn *includit,* eine Möglichkeit der Nichtachtung der *verba stipulationis.* Und wenn auch dieser Gegensatz bei *incertae stipulationes,* aus welchen die *actio incerti ex stipulatu* mit der unbestimmten *intentio quidquid dare facere oportet* entsprang, ein viel geringerer war, so kommt des weiteren in Betracht,

[1] Vgl. Karlowa, Rechtsgeschäft S. 230 f.

daß infolge der accessorischen Stipulation der Gläubiger zwei *actiones* auf denselben Inhalt hatte, was unter der Herrschaft des strengen Grundsatzes der prozessualischen Konsumtion ein nicht zu unterschätzender Vorteil war. Auch waren der Anspruch aus dem *bonae fidei negotium* und aus der accessorischen Stipulation doch nicht stets von völlig gleichem Inhalt. Gewöhnlich mag beim Nebeneinanderstehen der beiden auf den gleichen Inhalt gerichteten *actiones* der Gläubiger zunächst zur Klage aus der accessorischen Stipulation gegriffen haben, so daß praktisch die *bonae fidei actio* daneben die Stelle einer subsidiären Klage einnahm; aber eine rechtliche Nötigung zu solchem Verfahren lag nicht vor, der Gläubiger konnte nach seiner Wahl auch die *bonae fidei actio* zuerst anstellen. In der Kaiserzeit ist es Sitte geworden, den verschiedensten formlos abgeschlossenen Geschäften zum Schluß eine Klausel anzuhängen, mittels welcher die Paciscenten die vorher einander zugesagten Leistungen, auf welche verwiesen wird, einander stipulieren. Vielleicht hat diese Sitte durch die späteren Stipulationsurkunden sich fest eingebürgert: diesen wurde ständig eine solche Schlußklausel mit den verweisenden Worten: *Ea quae supra scripta sunt ita recte dari fieri etc.* hinzugefügt. Es ist die Frage, ob solche Schlußklausel schon in republikanischer Zeit vorgekommen sei. Nach dem in l. 71 pr. D. pro socio 17, 2 (Paulus libro tertio epitomarum Alfeni digestorum) berichteten Fall, welcher doch in der berichteten Weise aus Alfenus' Werke entnommen sein wird, läßt es sich wohl nicht bezweifeln. Da man im voraus nicht übersehen konnte, welchen Nutzen etwa die aus der accessorischen Stipulation entspringende *actio* bringen könnte, so fügte man für alle Fälle vorsichtig eine solche Schlußklausel bei.[1]

Eigentümlich gestaltet sich das Verhältnis der Stipulation zum Darlehn. Setzen wir zunächst den Fall, daß die Stipulation auf Leistung der (zurückzugebenden) Summe vorausgeht und die *numeratio* derselben nachfolgt. Hier ist zu unterscheiden, ob die Stipulation abstrakt auf Leistung der betreffenden Summe lautet, also das Geben der Summe von seiten des Stipulators an den *promissor* nur die außerhalb der Stipulation liegende *causa*, den Zweck des Versprechens bildet, oder ob die Stipulation ausdrücklich auf *reddere*, auf Geben der dem *promissor* darzuleihenden Summe lautet. Im ersten Fall kommt die Obligation auch ohne Auszahlung des Darlehns zur Existenz; erfolgte aber die *numeratio* des Darlehns nicht, so konnte später der *actio* eine *exceptio doli* opponiert werden, bezw. mit *condictio* auf Liberation geklagt werden.[2] Im zweiten Fall gehörte die Zahlung des Darzuleihenden zur Hervorbringung der *actio* aus der Stipulation, der Anspruch aus der Stipulation wurde erst durch die Zahlung perfekt, der *promissor* hatte es also noch in seiner Gewalt, durch Nichtannahme der Summe das Perfektwerden des Anspruchs zu verhindern.[3] Der andere mögliche Fall ist der, daß Auszahlung des Darlehns und Stipulation auf Rückgabe gleichzeitig geschehen, oder daß doch die Stipulation *ex continenti* auf die Auszahlung folgt. Hier entsteht nur eine einzige Obligation auf

[1] Über die Schlußklausel vgl. Liebe, Stipulation S. 26 f., S. 299 ff. Gneist, Die formellen Verträge S. 243 ff. Salpius, Novation u. Delegation S. 220. Salkowski, Zur Lehre von d. Novation S. 218 ff.

[2] Gai. IV, § 116a. § 2 I. de except. 4, 13. L. 2 § 3 D. de doli exc. 44, 4.

[3] L. 30 de r. c. 12, 1. L. 4 D. quae res pignori 20, 3. L. 6 D. de Scto. Maced. 14, 6. Vgl. Karlowa, Das Rechtsgeschäft S. 229. Beide Fälle pflegen nicht unterschieden zu werden, z. B. von Salkowski, a. a. O. S. 179 u. S. 180, A. 61.

Rückgabe. Bezüglich der Frage aber, ob diese Obligation *verbis* oder *re* begründet werde, stimmen die Äußerungen der römischen Juristen nicht ganz überein. Die eine Ansicht ist, daß die formale Stipulation die naturale *numeratio* überwiegt, also eine durch Stipulation begründete Obligation anzunehmen und die *numeratio* nur als zur Perfektion dieser Stipulationsschuld erforderlich anzusehen sei (*et magis implendae stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri*).[1] Die andere Ansicht nahm an, daß die Obligation weder bloß *re* noch bloß *verbis*, sondern *simul utroque, re et verbis pariter*, begründet werde,[2] welche Anschauung aber kaum zu anderen praktischen Konsequenzen geführt haben wird. Nur wenn die Stipulation hier aus irgend einem formalen Grunde nichtig war, konnte sich die nebenhergehende *numeratio* doch als selbständiger Obligationsgrund wirksam erweisen und eine Darlehnsschuld begründen.[3] Es bleibt noch der dritte Fall, daß zuerst die *numeratio* und dann, nicht *ex continenti*, sondern später, die Stipulation erfolgt ist. Für solchen Fall heißt es in l. 126 § 2 D. de verb. obl. 45, 1: — *plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum recessum a naturali obligatione.* Liegt kein Grund zur Annahme einer Novation vor, so kommen Darlehnsschuld und Stipulationsschuld auf denselben Inhalt heraus. Es galt hier wohl kaum dasselbe, wie in dem Fall, daß jemand zweimal derselben Person durch Stipulation ebendasselbe versprach, wovon Pomponius in l. 18 D. de v. o. 45, 1 sagt: *Qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur*, denn hier konnte man sagen, es sei völlig überflüssig, aus ganz gleich geartetem Grunde denselben Schuldner zweimal demselben Gläubiger gegenüber verhaftet sein zu lassen. Wenn aber neben der Verpflichtung aus dem *mutuum* die aus einer auf Rückgabe derselben Summe gerichteten Stipulation stand, so entsprang zwar aus beiden Gründen dieselbe *actio de pecunia credita*, aber der Grund der Verpflichtungen war doch ein nicht gleichartiger: der Grund der einen das *naturale numerare*, der der andern die formelle *stipulatio*, und es war wohl kein Grund vorhanden, warum man diese, welche bei gleichzeitiger Vornahme beider Akte überwiegt, bei nachträglicher Vornahme nicht eine auf denselben Inhalt gerichtete *obligatio* hervorbringen lassen sollte.

Den Zweck der Sicherung verfolgte auch die Pönalstipulation, welche in verschiedener Weise vorkommen konnte. Der älteste Fall ist vielleicht der, daß eine Summe Geldes in Stipulationsform versprochen wird, wenn ein bezeichnetes *dare* oder *facere* nicht vorgenommen werde, so daß also die Handlung, an deren Unterlassung das Versprechen geknüpft ist, nur *in conditione*, gar nicht *in obligatione* sich befindet. Für den Fall, daß die betreffende Handlung ein *facere* war, konnte ursprünglich die Stipulation nur so gefaßt werden, denn das *facere* war damals nicht zulässiger Inhalt einer Stipulation. Auch wenn es sich um die Handlung eines Dritten handelte, konnte später noch die Pönalstipulation nur in dieser Weise wirksam abgefaßt werden, denn Leistung eines Dritten konnte man nicht gültig zusagen. Da hier eine bedingte Stipulation vorlag, so lag es nahe, die Grundsätze der negativen Potestativbedingungen streng anzuwenden, und die Bedingung erst dann als eingetreten zu betrachten, wenn das *dare* oder *facere*, an dessen Nichtvornahme der Verfall der *poena* geknüpft war, überhaupt nicht mehr geschehen konnte, wie es Pegasus nach l. 115

[1] L. 6 § 1, l. 7 D. de novat. 46, 2. L. 126 § 2 D. de v. o. 45, 1.
[2] L. 9 § 3 D. de reb. cr. 12, 1. L. 52 pr. § 3 D. de obl. et a. 44, 7.
[3] Vgl. z. B. l. 9 § 4 D. de r. cr. 12, 1. L. 126 § 2 D. de verb. obl. 45, 1.

§ 2 D. de verb. obl. 45, 1 wollte. Die Bedingung brachte aber doch ein kausales Moment in die Stipulation hinein: durch die Furcht vor dem Verfall der zugesagten *poena* soll ein indirekter Zwang auf den *promissor* ausgeübt werden, das *dare* oder *facere*, an dessen Unterlassung das Versprechen der *poena* geknüpft ist, vorzunehmen. Der Sinn solchen Versprechens war nun gewiß, daß die Strafe verfallen sein solle, sobald das *in conditione* gestellte *dare* vorgenommen werden konnte und doch unterlassen wurde. Entschloß man sich erst, auch bei den Stipulationen nicht mehr bloß auf die *verba*, sondern die *sententia contrahentium* zu sehen, so mußte man zu dieser der des Pegasus widersprechenden Entscheidung des Sabinus gelangen. Am wenigsten Bedenken konnte die Entscheidung des Sabinus erregen, wenn dem bedingten Versprechen der *poena* das direkte Versprechen des *dare* oder *facere* vorausging, denn für diesen Fall konnte es gar keinem Zweifel unterliegen, daß der *stipulator* die Vornahme des *dare* wünschte und sich die *poena* zu dem Zweck, um einen indirekten Druck auf den Promittenten auszuüben, hatte versprechen lassen. — Was nun das Verhältnis des Versprechens der *poena* zu dem der in erster Linie stehenden Leistung handelt, so machen sich in der neuern Litteratur zwei verschiedene Auffassungen der sogenannten *poena* mehr oder weniger geltend. Nach der einen ist sie Strafe, ein Nachteil, ein Übel für die Nichtvornahme oder nicht gehörige Vornahme der Hauptleistung, welchem sich der Schuldner vertragsmäßig unterworfen hat; nach der andern das im voraus vertragsmäßig fixierte, häufig schwer zu erweisende Interesse, welches der Gläubiger an der Hauptleistung habe, so daß der Pönalvertrag zur Erleichterung der Verfolgung der Rechte aus dem Hauptvertrag diene. Regelmäßig wird keine dieser beiden Auffassungen rein, sondern es werden beide nebeneinander zur Geltung gebracht. Den Gesichtspunkt der Strafe will neuerlich als ausschließlichen Wendt[1] zur Geltung bringen. Auch bei den Strafverträgen sei das begriffliche Wesen der Strafe lediglich in der *coercitio* zu finden, welche, um eines Thuns und Lassens willen den Schuldigen treffend, ihm Leid und Pein zu bereiten bestimmt sei und von der Rücksicht auf einen Gegner und dessen Interessen völlig frei und unabhängig bleibe. Dann habe aber der Strafvertrag gerade im Zweifel und für die Regel nicht den Charakter einer Feststellung des Interesses. Nach der allgemeinen Natur aller Strafe, welche dem Schadensersatz grundsätzlich gegenüberstehe, wäre an sich, so oft die Strafe verwirkt sei, die Leistung derselben dem Schuldner neben und außer der Hauptleistung anzusinnen. Den Versuch, diese einseitige Auffassung mit den Aussprüchen der Quellen in Einklang zu bringen, sie als die des römischen Rechts zu erweisen, hat Wendt nicht gemacht. Wendt unterscheidet auch die Zeiten nicht, er erhebt nicht die Frage, ob auch schon das ältere römische Recht auf dem Gebiete des Privatrechts Strafe und Schadensersatz genau voneinander scheide. Es ist keineswegs richtig, daß die *poena*, welche den Delinquenten traf, immer einseitig nur den Delinquenten im Auge hatte und nicht den durch das Delikt Verletzten: das Recht hat dabei auch den durch das Delikt Verletzten, der ursprünglich zur Privatrache berechtigt war, und seinen Anspruch auf Genugthuung im Auge. Daß bei dieser ihm zu verschaffenden Genugthuung die Entschädigung eine Hauptrolle spielt, und daß, was ihm über strenge Entschädigung hinaus zugestanden wird, davon nicht streng geschieden

[1] Iherings Jahrbücher f. Dogmatik u. s. w. XXII, nam. S. 400.

wird, sondern beides in dem Begriff der *poena* zusammenfließt, also auch die Entschädigung als *poena* erscheint, ist von solchem Gesichtspunkt aus nicht auffällig. Das trifft auch für die vertragsmäßig festgesetzte *poena* zu: auch bei ihr ist keineswegs bloß auf den den Hauptvertrag nicht oder nicht gehörig Erfüllenden, sondern auch auf den Gläubiger Rücksicht genommen. Er soll eine Genugthuung dafür, daß der Andere nicht oder nicht gehörig leistet, erhalten; und daß auch bei dieser Genugthuung das Interesse, welches er an der versprochenen Leistung hat, eine wesentliche Rolle spielt, liegt auf der Hand. Wie hoch er sich die Genugthuung ausbedingen will, ist seine Sache: das Ausbedungene kann er beanspruchen, auch wenn es sein nachweisbares Interesse übersteigt, aber in dem Ausbedungenen steckt auch dieses sein Interesse; das Ganze erscheint als ihm zu leistende *poena*, ohne daß darin zwischen Interesseleistung und Strafzusatz unterschieden würde. Gehen wir nun noch auf verschiedene Einzelfragen ein, um zu sehen, wie sich daran die hier entwickelte Anschauung bewähre. Nach einer Anzahl von Quellenaussprüchen[1] ist *culpa* des Promittenten zum Verfall der Konventionalstrafe nicht erforderlich. Nur bei den *stipulationes praetoriae*, bei deren Auslegung die Absicht des Prätors, der sie aufgestellt hatte, maßgebend war, verhielt es sich anders, hier wird dem an der Nichterfüllung schuldlosen Promittenten gegen die Klage auf die *poena* eine *exceptio* gegeben.[2] Darin nun, daß bei den *stipulationes conventionales* für den Verfall der *poena* nicht der Nachweis einer *culpa* verlangt wird, darf man nicht mit Neuenfeldt[3] einen Beleg dafür erblicken, daß die Konventionalstrafe in ihrer ausgebildeten Gestalt in vieler Hinsicht den Charakter einer Ersatzleistung an den Gläubiger für sein verletztes Interesse angenommen habe, denn auch von solcher Verpflichtung könnte man ja den an der Nichterfüllung schuldlosen Promittenten befreit sein lassen. Der Grund des Satzes liegt vielmehr in dem Festhalten an den *verba* der Stipulation, welche den Verfall der *poena* nur von der objektiven Nichtvornahme der Leistung abhängig machen. Auch bei *stipulationes praetoriae* galt *ipso iure* nichts Anderes: *ipso iure* war auch bei ihnen im Fall schuldloser Nichterfüllung die *poena* verfallen. Da hier aber die Auslegung des Prätors maßgebend war, so konnte er einer fortgeschrittenern Auffassung hier am ehesten Raum verschaffen und im Fall der Schuldlosigkeit des Promittenten diesem eine *exceptio* gewähren. Bei den Konventionalstipulationen ist es aber bedenklich, die Berufung auf die Schuldlosigkeit zu gestatten, ohne daß dazu ein besonderer Anhaltspunkt in dem Strafvertrag selbst vorliegt, denn vielleicht wollte der Gläubiger sich auf alle Fälle auch gegenüber einem trügerischen Beweise der Schuldlosigkeit sichern. Der Charakter der *poena* tritt auch darin hervor, daß bei teilweiser Nichterfüllung die ganze versprochene Summe verfallen ist; doch tritt auch hier einmal bei einer *stipulatio praetoria* eine mildere Auffassung hervor. Von allen die wichtigste ist die Frage, ob der Schuldner dem Gläubiger kumulativ aus dem in erster Linie stehenden Versprechen und dem Strafversprechen oder nur aus dem einen oder andern hafte. Die Frage kommt zunächst für den Fall in Betracht, daß in derselben Stipulation in erster Linie die Leistung, dann, wenn der *promissor*

[1] L. 77 D. de v. o. 45, 1. L. 9 D. de naut. f. 22, 2. L. 22 pr. D. ad leg. A. 9, 2.

[2] L. 2 § 1 u. 3, l. 4 pr. u. § 1 D. si quis caut. 2, 11. L. 21 § 9 D. de receptis 4, 8. L. 69 D. de v. o. 45, 1.

[3] Ist die Konventionalstrafe ihrem Grundprinzipe nach Strafe oder Ersatzleistung? (Berlin 1885.) S. 4 ff., S. 45.

diese nicht vorgenommen haben werde, die *poena* versprochen ist. Nur wenn der erweisliche Wille hier dahin geht, daß nach nicht rechtzeitiger Vornahme der in erster Linie stehenden Leistung sowohl diese weiter geschuldet, als auch die *poena* verfallen sein solle, kann beides verlangt werden, es liegen also nach Eintritt der Bedingung zwei Obligationen vor. Ist aber dieser Wille nicht erweislich, so kann nach Eintritt der Bedingung nur die *poena* verlangt werden.[1] Das hier zwischen der in erster Linie stehenden Leistung und der *poena* stattfindende Verhältnis wird in l. 44 § 6 D. de obl. et. act. 44, 7 so geschildert, als ob hier eine Art *novatio* vor sich gehe. Daß hier nur eine uneigentliche, bildliche Ausdrucksweise vorliege, zeigen schon die Worte: *et quasi novatio prioris fiat.* In Wahrheit liegt hier nur eine einzige *obligatio* auf eine in erster Linie stehende Leistung, und eine, wenn diese nicht vorgenommen wird, eventuell an die Stelle tretende Geldleistung vor, welche jedenfalls das Interesse des Gläubigers an der erstern in sich enthält und, nachdem die erstere nicht rechtzeitig gemacht ist, nur allein noch gemacht und mit *actio* verlangt werden kann. Von einem Erlöschen der einen Obligation und einem An-die-Stelle-treten einer andern möchte ich hier nicht reden, sondern von einer Veränderung des Leistungsinhalts innerhalb derselben *obligatio,* da die *poena* hier im Zweifel das durch die Kontrahenten fixierte Interesse des Gläubigers an der in erster Linie stehenden Leistung enthält. — Anders steht die Sache, wenn die Pönalstipulation sich an ein *bonae fidei negotium,* ein eine materielle *causa* enthaltendes Geschäft anlehnt, z. B. an einen Societätsvertrag. Hier kann der Gläubiger, wenn ihm nicht rechtzeitig die aus dem materiellen Kontrakt geschuldete Leistung gemacht wird, nach seiner Wahl die Klage aus diesem oder die aus der Pönalstipulation anstellen. Beide nebeneinander durchsetzen kann er nicht, denn in der *poena* steckt das Interesse, welches der Gläubiger an der Leistung hat, die *actiones* aus dem materiellen Kontrakt und der Pönalstipulation sind also konkurrierende, auf dasselbe rechtliche Ziel gerichtete. Nur soweit das mit der einen *actio* zu Erreichende den Inhalt der andern übersteigt, kann auch nach Durchsetzung dieser jene noch angestellt werden. Hier zeigt sich nun recht deutlich das Wesen der vertragsmäßigen *poena* im Verhältnis zur Interesseleistung. Wer sich eine *poena* für den Fall der Nichtvornahme einer Leistung hat versprechen lassen, braucht nicht nachzuweisen, daß er ein Interesse an dieser Leistung habe, bezw. daß sein Interesse sich so hoch belaufe, wie die versprochene *poena,* sondern nur *„inspicitur, quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis“;*[2] er ist aber andererseits mit seiner Klage auch auf den versprochenen Betrag beschränkt. Wer aber aus einer Societät, einem Pachtkontrakt u. s. w. eine Interesseforderung geltend macht, muß nachweisen, daß er ein Interesse an der versprochenen Leistung hatte, bezw. wie hoch sich sein Interesse belaufe, ist dann aber auch nicht gerade auf eine ganz bestimmte Summe beschränkt. Enthält also auch die zugesagte *poena* das Interesse des Gläubigers in sich, so enthält sie doch darin, daß der Schuldner nicht den Nachweis des Vorhandenseins des Interesses bezw. der Höhe desselben verlangen kann, immer noch einen Nachteil für den Promittenten, welcher als Strafe seines Nichtleistens verfällt. Die in erster Linie zugesagte Leistung wird in l. 5 § 3[a] de v. o. 45, 1 gegenüber der *poena* als *sors* bezeichnet. Es erinnert diese Ausdrucksweise an ein anderes Verhältnis, welches mit dem hier

[1] L. 115 § 2 D. de verb. obl. 45, 1. [2] L. 38 § 17 D. cod. tit.

betrachteten eine gewisse Ähnlichkeit hat. Bekanntlich wird beim *constitutum debiti* die Klage aus der ursprünglichen Obligation als *actio de sorte* gegenüber der *actio de constituta pecunia* bezeichnet. Diese letztere als Klage auf das Interesse wegen der Nichtzahlung zur festgesetzten Zeit ist nicht gerade auf den Betrag der ursprünglichen Schuld beschränkt, aber in dem Interesse wegen der Nichtzahlung, welches als eine *poena* der letztern erscheint, ist die *sors*, der Betrag der Hauptschuld, stets von selber mit enthalten.[1]

Eine Pönalstipulation kann nun aber keineswegs bloß zu anderen obligatorischen Verträgen hinzutreten, sondern auch zu Verträgen anderer Art, so zu Verträgen liberierender und feststellender Wirkung, wie Vergleichen, so daß der einen Partei gegen die andere elektiv *exceptio* oder die *actio* auf die *poena*, oder kumulativ beide zustehen. Das Halten solcher Verträge wurde dadurch gesichert, wie dies vor allem beim Kompromiß hervortritt. Auch zu dinglichen Verträgen können, um deren Realisierung zu sichern, Pönalstipulationen hinzutreten. So wurde, wie wir sehen werden, neben dem formlosen Servitutbestellungsvertrage eine Pönalstipulation abgeschlossen, welche, die hier nicht anwendbare Tradition ersetzend, dem Erwerber erst eine dingliche Klage verschaffte.

Nachdem zunächst dargelegt wurde, wie der Zweck der Sicherung und des Vollzugs insbesondere obligatorischer Geschäfte durch accessorische und pönale Stipulationen des Verpflichteten selbst erstrebt bezw. erreicht wurde, ist jetzt zu zeigen, daß derselbe Zweck durch das Nebeneinanderstellen mehrerer Verpflichteter noch wirksamer erreicht werden konnte. Es führt dieser Gesichtspunkt zur Betrachtung der Figuren der Korrealobligation und der Bürgschaftsstipulationen. Selbstverständlich kann bei dieser geschichtlichen Betrachtung nicht auf die unsere Dogmatiker nicht zur Ruhe kommen lassenden Streitfragen bezüglich des Wesens der Korrealobligation eingegangen werden: es muß genügen, die eigene Auffassung des römischen Wesens dieser Obligationsfigur darzulegen. Mit Recht ist gesagt worden, daß der Korrealitätsbegriff sich bei den Stipulationen entwickelt habe. Das geht daraus hervor, daß sie stets in Verbindung mit der Stipulationslehre von den römischen Juristen behandelt ist, sowie daraus, daß in den Digesten der Titel *de duobus reis constituendis* (45, 2) zwischen den Titeln *de verborum obligationibus* (45, 1) und *de stipulationibus servorum* (45, 3), im Codex der Titel *de duobus reis stipulandi et duobus reis promittendi* (8, 39) nach den Titeln *de contrahenda et committenda stipulatione* und *de inutilibus stipulationibus* (8, 37. 8, 38), in den Institutionen der Titel *de duobus reis stipulandi et promittendi* (3, 16) zwischen den Titeln *de verborum obligatione* (3, 15) und *de stipulationibus servorum* (3, 17) steht, eine systematische Anordnung, welche gewiß nicht erst von den Kompilatoren erfunden, sondern aus älteren Systemen übernommen ist. Auch die ständige Bezeichnung der Subjekte der Korrealobligationen als *duo rei stipulandi* und *promittendi* weist auf den Ursprung des Verhältnisses aus der Stipulation hin. In den genannten Rechtsbüchern steht der Titel *de fideiussoribus et mandatoribus* in nahem Zusammenhange mit dem Titel *de duobus reis*, in dem Codex folgt jener unmittelbar auf diesen, in den Digesten sind sie nur durch einen, in den Institutionen durch drei auf die Stipulationen bezügliche Titel getrennt. In der That sind denn auch Korrealstipulation und Bürgschaftsstipulation sehr nah miteinander verwandt. Wenn aber heute vielfach gelehrt wird, die Stipulationsbürgschaft sei eine Spezies der

[1] L. 36 D. de iureiurando 12, 2. L. 18 §§ 2 u. 3 D. de p. c. 13, 5.

Korrealschuld, so geht das zu weit, wie wir sehen werden. Richtig ist nur, daß die Stipulationsbürgschaftsschuld mit der Korrealschuld verschiedene Eigentümlichkeiten teilt, welche ihr mit derselben gegenüber den einfachen Solidarobligationen gemeinschaftlich sind. Der Unterschied der Korrealobligationen von den einfachen Solidarobligationen besteht aber meines Erachtens darin, daß die mehreren Korrealgläubiger bezw. -schuldner zu ein und derselben Leistung berechtigt bezw. verpflichtet sind, während die mehreren Solidarschuldner nicht zu derselben Leistung, sondern zu verschiedenen Leistungen verpflichtet sind, welche aber denselben Inhalt haben. Die Leistung als Inhalt der Obligation und das Ziel, der Inhalt der Leistung sind voneinander zu unterscheiden. Bei den Korrealobligationen handelt es sich nur um ein und dieselbe Leistung: darin besteht ihre Unität, bei den Soldarobligationen nur um eine Identität des Inhalts der Leistungen. Dabei ist zur Vermeidung jedes Mißverständnisses darauf hinzuweisen, daß es sich bei den bloßen Solidarobligationen nicht etwa um eine bloße Identität des äußern Gegenstandes handelt, sondern um eine Identität des rechtlichen Inhalts, wie es der Ersatz eines angerichteten Schadens ist. Dieser Gegensatz des Wesens der Korreal- und Solidarobligationen zeigt sich bei den Beendigungsgründen der Obligationen: jeder Beendigungsgrund, welcher die Korrealobligationen der einen ihren Inhalt bildenden Leistung beraubt, macht allen Korrealobligationen ein Ende, während bei den Solidarobligationen nur die Tilgungsgründe, welche eine wirkliche *perceptio* des Leistungsinhalts durch den Gläubiger bewirken, die verschiedenen Solidarobligationen dieses ihres gemeinschaftlichen Leistungsinhalts berauben und daher allen ein Ende machen, Beendigungsgründe aber, welche eine solche *perceptio* nicht zur Folge haben, Untergang der Obligation nur für den Schuldner bewirken, in dessen Person sie eingetreten sind. Sehen wir, bei welchen Tilgungsgründen vornehmlich der Unterschied sich zeigt. Nach vorjustinianischem Recht wurde, wenn einer von mehreren Korrealgläubigern klagte, durch die Litiskontestation die Forderung sämtlicher Korrealgläubiger konsumiert. bezw. wenn einer von mehreren Korrealschuldnern beklagt wurde und die Litiskontestation mit ihm vollzogen war, jeder Korrealschuldner dadurch liberiert.[1] In l. 5 D. de fideiuss. 46, 1 wird diese gesamtzerstörliche Wirkung auf die *natura* der *obligationes* zurückgeführt. Keller, Ribbentrop und die, welche ihnen folgen, erklären das aus der Einheit der Obligation, deren mehrere Subjekte die Korrealgläubiger und -schuldner seien. Keller[2] sagt, näher erläuternd, bei der Korrealobligation sei trotz der ungleichen subjektiven Beziehung doch in Bezug auf das eine *Titio dare facere oportere* die Intentio der Klage gegen den einen *correus debendi* identisch mit der gegen den andern. Man hat aber mit Recht eingewandt, es verstehe sich gar nicht von selbst, daß die *intentio* in den Klagen gegen die verschiedenen *correi* identisch sei. Denkt man sich die *intentio* so. wie es Keller thut, daß die eine lautet: *Sempronium Titio centum dare oportere,* die andere: *Maevium Titio centum dare oportere,* so fragt man mit Recht, wie ein *iudex* dazu kommen solle, solche Intentionen auch nur objektiv für identisch zu halten. Das legt aber die, soviel ich sehe, bislang nicht aufgeworfene Frage nahe, ob denn wirklich die *intentio* der Klage aus einer Korrealobligation so gefaßt war. Machte sich auch hier, wie doch wohl anzunehmen ist, der Gesichtspunkt: *sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet* geltend, so

[1] L. 2 D. de duob. r. 45, 2. L. 31 § 1 D. de novat. 46, 2.

[2] Über Litiskontestation u. Urteil S. 418 f.

müßte die *intentio* gelautet haben: *Si paret Sempronium eadem centum, quae Maevius Titio dare promisit, Titio dare oportere* bezw. *Si paret, Maevium eadem centum, quae Sempronius Titio dare promisit, Titio dare oportere* etc. Daß bei so gefaßten Intentionen die Konsumtion der einen durch die andere verständlich sei, braucht nicht weiter dargelegt zu werden, und braucht man nicht noch nach anderen Erklärungen zu suchen. Auch durch einen Korrealgläubiger bewirkte Novation sowie die mit einem Korrealschuldner vorgenommene Novation bewirkt Aufhebung der Forderung bezw. der Schuld der übrigen Gläubiger und Schuldner, weil die Novation die aus dem alten Grunde geschuldete Leistung selbst in die neue Obligation überträgt, die Leistung, welche auch den Inhalt der Forderung bezw. der Verpflichtung der anderen Gläubiger und Schuldner bildete. Anders stellt sich die Wirkung von Litiskontestation und Novation bei den bloß solidarischen Verbindlichkeiten, den Obligationen, bei welchen nur der Inhalt der geschuldeten Leistungen derselbe ist. Sind mehrere Personen durch Delikt zum Ersatz desselben Schadens verpflichtet, so hebt wirkliche *perceptio* des erlittenen Schadens durch den Gläubiger natürlich für sämtliche Schuldner deren Verbindlichkeiten auf, es müßte denn der Ersatz des Betrags des Schadens für jeden als eine reine *poena* angesehen werden, welchenfalls natürlich jedem Delinquenten gegenüber die Forderung durchgesetzt werden, aber auch nicht mehr von bloßen Solidarverbindlichkeiten gesprochen werden könnte. Kann aber der Gläubiger den Ersatz des zugefügten Schadens nur einmal beanspruchen, so ist noch ein Unterschied möglich, welcher in l. 15 § 2 D. quod vi aut clam 43, 24 auseinandergesetzt wird. Es soll darauf ankommen, ob der durch Delikte der Mehreren zugefügte Schaden *communi consilio* oder von jedem der Delinquenten *proprio consilio* zugefügt ist. Für den ersten Fall soll der Beschädigte *vel cum uno vel cum singulis experiri*, d. h. er soll entweder jeden der Delinquenten, welche *communi consilio* gehandelt haben, aufs Ganze oder jeden auf seinen Anteil belangen können, so aber, daß *alterius conventio alterum liberat*, so also, daß schon die Wahl des einen die anderen ganz bezw. teilweise befreit, je nachdem der Beschädigte den betreffenden Delinquenten aufs Ganze oder einen Teil belangt. Nicht etwa die Litiskontestation befreit hier die übrigen, so daß hier die Solidarobligationen ebenso wie die Korrealobligationen behandelt würden, sondern die wohl schon mit dem *edere actionem*, dem *convenire* bewerkstelligte Wahl des einen Delinquenten soll die übrigen befreien: der eine oder andere haftet also für den Schaden nach Wahl des Gläubigers. Hat aber jeder *proprio consilio* gehandelt, so befreit erst die *perceptio ab altero* die übrigen Solidarschuldner. Darin ist wohl eine nicht bloß für das *interdictum quod vi aut clam*, sondern allgemein für widerrechtliche Schadenszufügungen geltende Regel ausgesprochen. — Daß aber Novation bei einfacher Solidarobligation für die übrigen Solidargläubiger oder -schuldner keine Aufhebung der Forderung oder Befreiung bewirke, ist am deutlichsten bezeugt für bloße Solidargläubiger. In l. 27 pr. D. de pactis 2, 14 wird von *argentarii socii*, welche eine Forderung auf dieselbe Summe gegen einen Schuldner haben, gesagt, daß keiner von ihnen durch mit dem Schuldner vorgenommene Novation die Forderung des andern aufheben könne. *Tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit;* der für sie aufgestellte Rechtssatz besteht nur darin, daß jeder das Ganze fordern kann, die ihnen geschuldeten Leistungen haben denselben juristischen Inhalt, welchen jeder von ihnen ganz geltend machen kann; sie sind bloße Solidargläubiger, keine Korrealgläubiger.

Mit den Worten *constitutum est* ist auf keine kaiserliche Konstitution hingedeutet, sondern auf den Gewohnheitsrechtssatz, welchen der *Auctor* ad Herenn. II, 13 für *argentarii socii* nach der Schuldseite anführt: *Consuetudine ius est id, quod sine lege aeque ac si legitimum sit, usitatum est; quod genus, id quod argentario tuleris expensum, a socio eius recte repetere possis.* Die durch *expensilatio* an einen *argentarius socius* begründete Geldschuld war immer eine solidarische auch des andern *socius*, sowie die durch *expensilatio* in den Geschäftsbüchern der *argentarii socii* an einen Dritten begründete Geldforderung immer eine solidarische, nicht korreale war.[1] Auch aus innerem Grunde kann aber nicht angenommen werden, daß die mit einem der bloßen Solidarschuldner vorgenommene Novation eine Befreiung der übrigen bewirke, denn wenn auch die Delegation eines Schuldners, welche vom Delegatar angenommen wird, der Zahlung gleichsteht, den Deleganten, welcher Schuldner des Delegatars war, befreit (nach dem Satze *solvit, qui reum delegat*), so ist das doch keine Novation der Schuld des Deleganten gegenüber dem Delegatar. Wenn also ein Solidarschuldner seinen Gläubiger durch von diesem angenommene Delegation eines Schuldners befriedigt, so ist dadurch freilich auch der andere Solidarschuldner befreit; nicht aber wäre das der Fall, wenn einer der Solidarschuldner selbst dem Gläubiger *animo novandi* den Inhalt der Solidarschuld verspräche, denn hier wäre eine Befriedigung des Gläubigers, etwas der *solutio* Gleichstehendes noch nicht eingetreten. Nur dann also, wenn der Gläubiger durch Delegation des Solidarschuldners an einen andern oder durch Annahme eines andern Schuldners für den Solidarschuldner auf Delegation des letztern oder ohne dieselbe sich in Bezug auf die Solidarschuld für befriedigt erklärt, werden auch die anderen Solidarschuldner befreit, nicht aber durch *novatio* der Solidarschuld als solche. Nach dem hier dargelegten Unterschiede zwischen den Korrealobligationen und den einfachen Solidarobligationen besteht zwischen den mehreren Forderungen bezw. Verpflichtungen der Korrealgläubiger und Korrealschuldner ein noch innigerer Zusammenhang, wie zwischen denen der mehreren Solidargläubiger und Solidarschuldner, insofern sie auf ebendieselbe Leistung gehen, die letzteren auf mehrere Leistungen, welche denselben juristischen Inhalt haben. Worauf beruht dieser Unterschied? Darauf, daß bei der Begründung der Korrealobligationen (und der ihnen hierin gleichstehenden Bürgschaftsstipulation) der Wille der Parteien dahin geht, daß der einzelne Gläubiger bezw. Schuldner zu ebenderselben Leistung berechtigt bezw. verpflichtet werde, wie der andere, und daß dieser Wille die Sanktion der Rechtsordnung erhält. Bei den durch Delikt bezw. Widerrechtlichkeit begründeten Solidarobligationen fehlt dieser Wille: es fehlt also das Moment, welches die auf denselben juristischen Inhalt gerichteten Obligationen noch näher miteinander verbinden könnte. Wenn in den Quellen in Bezug auf die Korrealobligationen von *una obligatio, eiusdem obligationis participes* oder *socii, communis obligatio* und in ähnlichen Wendungen gesprochen wird, so soll damit nicht mehr gesagt sein, als daß die Obligationen auf ein und dieselbe Leistung gerichtet sind, was nicht ausschließt, daß mehrere Obligationen vorliegen. Daß in der That mehrere Obligationen vorliegen, wird auch die Betrachtung der Begründung der Korrealobligationen zeigen. Man sagt wohl, es werde bei vertragsmäßiger Begründung von Korrealobligationen ein

[1] Auf *argentarii socii* beziehen sich auch l. 9 pr. D. de pactis 2, 14 u. l. 34 pr. D. de receptis 4, 8, wie Salpius, Novation u. Delegation S. 97 f., mit Recht gegen Savigny, Obligationenrecht I, S. 149 ff., annimmt.

Vertrag zwischen mehreren abgeschlossen — ein und derselbe Vertrag zwischen allen, nicht für jeden Kontrahenten ein besonderer, was besonders deutlich in der Stipulationsformel hervortrete, welche die Quellen für die Begründung einer Korrealobligation angäben.[1] Richtig ist ja, daß die Stipulationsakte, wodurch die mehreren Korrealforderungen oder -schulden begründet werden sollen, nach den Quellen in der Weise ineinander geschlungen sein müssen, daß zunächst die mehreren Fragen der Stipulatoren bezw. an die Promittenten gestellt werden und darauf erst die Antworten folgen dürfen.[2] Durch dieses äußere Ineinander-Geschlungensein soll ohne Zweifel eine innere von den Parteien beabsichtigte und von der Rechtsordnung sanktionierte Verbindung der Rechtsakte angedeutet werden: dadurch, daß nach der ersten Frage vor Erfolgen der Antwort eine zweite Frage, sei es eines andern Stipulators oder an einen andern, der auch versprechen soll, gestellt wird, wird nichts Fremdartiges eingeschoben, welches das Zustandekommen der ersten Stipulation hindern könnte. Da beide Stipulationen auf ebendieselbe Leistung gerichtet sind, so sind sie durch dieses Abzielen auf ganz dieselbe Wirkung selbst miteinander innerlich verknüpft, ohne doch ein einziges Rechtsgeschäft auszumachen. Windscheid sagt, die mehreren Versprechen würden hier nicht anders als Ein Versprechen zusammengefaßt, als wie die Handlung des Gläubigers und die Handlung des Schuldners als Ein Vertrag zusammengefaßt würden. Der Vergleich ist unrichtig, denn nie kann die Handlung des Gläubigers unbedingt, die des Schuldners bedingt, oder die des Gläubigers bedingt, die des Schuldners unbedingt sein, eine etwa hinzugefügte Bedingung gilt für beide oder für keine. Wohl aber kann bei der Begründung von Korrealobligationen trotz der äußern Ineinanderschlingung die eine Stipulation unter einer Bedingung, die andere *pure* abgeschlossen werden,[3] so daß das eine Versprechen bereits fertig vorliegt, das andere noch in der Schwebe ist und vielleicht wegen Vereitelung der Bedingung nicht zustande kommt, woraus doch unwiderleglich hervorgeht, daß es sich hier um zwei Stipulationen handelt,[4] welche in ihrem Zustandekommen voneinander unabhängig sind. Das zeigt sich auch darin, daß der eine Gefragte durch rechtzeitiges Antworten verpflichtet werden kann, während der andere wegen verspäteter, vielleicht erst am folgenden Tage erfolgender Antwort nicht obligiert wird;[5] ferner darin, daß, wenn ein Pupill sich mehreren Stipulatoren correaliter verpflichten soll, nicht eine Auktoritätserteilung genügt, sondern Auktoritätserteilung zum *spondeo* gegenüber jedem der Stipulatoren nötig ist, welche nach l. 7 § 1 D. de auct. et consensu 26, 8 möglicherweise von verschiedenen Tutoren ausgehen kann. Wie nun keine völlige Einheit des Begründungsakts, so kann auch keine Einheit der dadurch begründeten Obligationen, sondern nur eine innige Verbindung derselben dadurch, daß sie auf eine objektiv ganz identische Leistung gerichtet sind, angenommen werden. Mehr wollten wohl im Grunde auch Keller und Ribbentrop mit ihrer Einheit des objektiven Bestandes der Korrealobligation nicht sagen, wenngleich diese Formulierung unklar und zu Mißdeutungen Veranlassung gebend war. Durch ganz getrennte Stipulationsakte können nicht *duo rei* konstituiert werden, sondern durch eine nachfolgende auf ganz dieselbe Leistung gerichtete Stipulation kann nur das Verhältnis des *adstipulator* bezw. das eines Stipulationsbürgen begründet werden. Nie bezeich-

[1] Windscheid, Pandekt. II (6. Aufl.), S. 155, A. 1a. [2] pr. I. de d. r. 3, 16. L. 4 D. de d. r. 45, 2.
[3] § 2 I. de duob. reis 2, 16. L. 7 D. de duob. reis 45, 2.
[4] Vgl. Unger in Iherings Jahrbüch. XXII, S. 280. [5] L. 12 pr. D. eod. tit.

nen die Quellen den Hauptverpflichteten und den Bürgen als *duo rei promittendi*, sondern sie bezeichnen sie als *reus* und *fideiussor*. Alle Einzelunterschiede zwischen den Verpflichtungen der *duo rei* einerseits und den Verpflichtungen von *reus* und Stipulationsbürgen andererseits ergeben sich daraus, daß jene beide Hauptverpflichtete, *suo nomine* Verpflichtete sind, während der *reus* unabhängig vom *fideiussor*, der Bürge aber *alieno nomine* verpflichtet ist. So kann zwar bei Begründung der Korrealobligationen der eine sich *pure*, der andere *sub conditione* verpflichten;[1] der *fideiussor* kann sich aber nicht *pure* verpflichten, wenn der *reus sub conditione* obligiert ist.[2] Ferner haftet keiner der *duo rei* für die nachteiligen Folgen der *mora* des andern,[3] denn die *mora* ist etwas Subjektives, sie hat mit dem objektiven Inhalt der auch von dem andern *reus suo nomine* geschuldeten Leistung nichts zu thun, sondern bezieht sich nur auf eine Modalität der Erfüllung der Obligation. Der *fideiussor* aber haftet auch für die nachteiligen Folgen der *mora*, welche der *reus principalis* sich zu schulden kommen ließ,[4] denn als eines gar nicht *suo nomine*, sondern streng *alieno nomine* Verpflichteten, folgt seine Verpflichtung den Wandlungen und Erweiterungen der Verpflichtung des *reus principalis*. Dagegen eine kulpose Beschädigung oder Vernichtung des von den mehreren *rei* geschuldeten Leistungsgegenstandes schadet allen,[5] denn daß *dolus* oder positive *culpa* fernbleibe, gehört zum Inhalt der von allen geschuldeten Leistung. Ein *dolus* oder eine *culpa* des *fideiussor* aber in Bezug auf den vom Hauptschuldner geschuldeten Gegenstand schadet diesem nicht, welcher sich ja ohne irgend welchen Zusammenhang mit dem *fideiussor* zu der Leistung verpflichtet hat. Ferner zeigt sich die gleiche Stärke der Verpflichtungen von *duo rei* darin, daß, wenn der Gläubiger einen von ihnen beerbt, so daß dessen Verpflichtung *confusione* untergeht, der andere dennoch verpflichtet bleibt,[6] sowie darin, daß, wenn der eine *reus* den andern beerbt, er von nun an *suo nomine* und *hereditario nomine* verpflichtet ist.[7] Dagegen die mindere Stärke der Obligation des Bürgen gegenüber der des *reus principalis* zeigt sich darin, daß, wenn der Gläubiger den *reus principalis* beerbt, die Verpflichtung des *fideiussor* untergeht,[8] sowie darin, daß, wenn der Hauptschuldner den Bürgen oder dieser jenen beerbt, die Bürgschaftsobligation untergeht.[9]

Nur kurz möge hier die Frage berührt werden, ob nach römischem Recht auch bei anderen Kontrakten, als der Stipulation, insbesondere bei Real- und Konsensualkontrakten, Korrealobligationen begründet werden konnten. Nach Stellen, wie l. 9 pr. D. de duob. reis 45, 2 und l. 13 § 9 D. locati 19, 2 läßt sich dies nicht bezweifeln. Wann diese Ausdehnung stattgefunden hat, ob etwa schon in republikanischer Zeit, läßt sich nicht bestimmen. Wenn aber in neuerer Zeit behauptet worden ist,[10] daß bei *bonae fidei a.* nach l. 47 D. locati 19, 2 der Fundamentalsatz der (passiven) Korrealität, die unbedingte Haftung jedes Schuldners auf das Ganze, zur Zeit des Marcellus noch durchaus nicht außer Zweifel gewesen sei, so ist dagegen zu bemerken, daß in jener

[1] S. die S. 727 A. 2 citierten Stellen. [2] L. 8 §§ 6 u. 7 D. de fideiuss. 46, 1.
[3] L. 32 § 4 D. de usuris 22, 1.
[4] L. 24 § 1 D. eod. tit. Andere Stellen bei Windscheid, Pandekten II § 477 A. 26.
[5] L. 18 D. de duob. r. 45, 2. [6] L. 71 pr. D. de fideiuss. 46, 1.
[7] L. 93 pr. u. § 1 D. de solut. 46, 3. [8] L. 21 § 3 D. de fideiuss. 46, 1.
[9] L. 5. 14 D. eod. tit. L. 13 D. de duob. r. 45, 2.
[10] So Mitteis, Die Individualisierung der Obligation S. 60. Dernburg, Pandekten II², S. 188, A. 4.

Stelle nicht von einem auf Begründung eines Korrealitätsverhältnisses gerichteten Willen die Rede ist.[1] Es ist danach mehreren Personen z. B. etwas so verkauft, daß jeder der Käufer nur ein Recht auf die ideelle Hälfte der Kaufsache erhält, zugleich hat aber der Verkäufer Haftung des einzelnen Käufers für den ganzen Preis ausgemacht. Hier liegt keine wahre Korrealität, sondern nur eine gegenseitige Bürgschaft für den den andern treffenden Anteil am Preise vor. Eine Anwendung des *beneficium divisionis* auf diesen Fall ist aber doch zweifelhaft, da keine eigentliche Mitbürgschaft vorliegt. —

Die Korrealobligationen, wie sie in den Quellen besprochen sind, laufen auf ein abstraktes *idem dare* oder *facere oportere* hinaus. Es ist selbstverständlich, wird aber gewöhnlich nicht beachtet, daß das kausale Moment, welches außerhalb jeder abstrakten Stipulation liegen muß, hier für jeden Korrealschuldner, bezw. gegenüber jedem Korrealgläubiger vorliegen muß, denn jeder von diesen ist *suo nomine* verpflichtet bezw. berechtigt. Für den Stipulationsbürgen dagegen braucht dem Gläubiger gegenüber kein besonderes kausales Moment vorzuliegen, da er nur *alieno nomine,* nur accessorisch für die Schuld des *reus principalis* haftet. Andererseits ist es klar, daß für jeden der Korrealschuldner bezw. gegenüber jedem der Korrealgläubiger nicht ein ganz verschiedenes, mit dem des andern Korrealschuldners oder -Gläubigers gar nicht zusammenhängendes Kausalmoment vorliegen kann, das würde die innige Verbindung ihrer Schulden bezw. Forderungen ganz unbegreiflich machen. Das unterliegende kausale Moment muß für sie ein gemeinsames sein. Wollen zwei zusammen eine *dos* bestellen, so können sie sich dem Ehemann durch Korrealstipulationen verpflichten und können sich die Rückgabe der *dos* von dem Ehemann durch Korrealstipulationen versprechen lassen; ebenso, wenn sie zusammen ein Darlehn aufnehmen wollen, welches als vom Darleiher jedem ganz gegeben gelten soll. Ebenso können mehrere, welche zusammen eine Schenkung vornehmen wollen, dem zu Beschenkenden sich durch Korrealstipulationen verpflichten. Zu betonen ist dabei, daß die etwaige Teilung, welche bezüglich dieses kausalen Moments unter ihnen eintritt, eine interne Angelegenheit unter ihnen bleibt: könnte diese Teilung dem Gläubiger gegenüber geltend gemacht werden, so würde dadurch das Wesen der Korrealobligationen eine wesentliche Abschwächung erleiden. Wenn also mehrere zusammen eine Sache gekauft haben, so, daß der Kauf, wenn ich den Ausdruck gebrauchen darf, als ein Korrealkauf behandelt werden soll, so gelten die mehreren Käufer dem Verkäufer als Käufer der ganzen Sache, so daß jeder von ihnen die ganze Sache fordern kann, und die Teilung unter ihnen eine interne Angelegenheit ist, welche dem Verkäufer gegenüber nicht in Betracht kommt. Soll jeder nur als Teilkäufer gelten, so fehlt es für eine korreale Verpflichtung bezüglich des Kaufpreises dem Verkäufer gegenüber an dem vollen kausalen Moment, und es wird bei solidarischer Verpflichtung zur Leistung des ganzen Preises zu Auslegungen des Geschäfts kommen, wie sie in der besprochenen l. 47 D. locati 19, 2 hervortreten. Dem Gläubiger gegenüber kann die Sache nicht so betrachtet werden, als habe jeder eine eigene Schuld zur Hälfte übernommen und daneben für die Hälfte des Mitschuldners Bürgschaft geleistet; ihm gegenüber ist das der Korrealverpflichtung unterliegende Kausalmoment als ein gemeinsames, unteilbares anzusehen. Denkbar ist aber allerdings, daß

[1] Statt *emtorem conductoremve* ist wohl zu lesen *emtorum conductorumve.*

das beabsichtigte gemeinsame Kausalmoment in der Person des einen Korrealschuldners oder -Gläubigers nicht zustande kommt, und daher eine Hinfälligkeit oder Anfechtbarkeit seiner Verpflichtung vorliegt. Man nehme z. B. an, daß ein Ehemann und ein Dritter sich der Frau des erstern *donationis causa* durch Korrealstipulation zu einer Leistung verpflichten. Hier war, weil Schenkungen unter Ehegatten untersagt waren, die Stipulation des Ehemanns hinfällig, die des Dritten gültig. Oder ein *filiusfamilias* und ein Dritter nehmen zusammen ein Gelddarlehn auf und machen sich als *duo rei promittendi* zur Rückgabe desselben anheischig. Hat der erste ohne Genehmigung des Gewalthabers das Darlehn aufgenommen, so kann der Klage gegen ihn die *exceptio Scti Macedoniani* opponiert werden. Auch ist später, wenn bei der Übernahme einer Korrealverbindlichkeit seitens einer Frau bezüglich des Anteils des andern Korrealschuldners Intercessionsabsicht vorlag, die Berufung darauf gegenüber dem Gläubiger, also die Anwendung des Vellejanischen Senatuskonsults zugelassen.[1] Daß darin eine gewisse Abschwächung des Korrealitätsgedankens liegt, ist nicht zu verkennen. Hat sich jemand bei Aufnahme eines Gelddarlehns durch einen *filiusfamilias*, welches nur diesem zufließen soll, neben diesem als *reus promittendi* verpflichtet, damit er nicht als bloßer *fideiussor* sich auf das *Sctum Macedonianum* berufen könne, so soll ihm doch wegen der Umgehung des Senatuskonsults eine *utilis exceptio* gegen die Klage gewährt werden.[2] Auch hier liegt also eine Abschwächung des Korrealitätsgedankens vor. — Dem hier Dargelegten nach darf man als die praktische Funktion der Korrealobligationen nicht die gewöhnliche Sicherung der Realisierung von Forderungen und Schulden bezeichnen, sondern die der Gemeinsamkeit des kausalen Moments, bezw. des Interesses an der Leistung entsprechende Verstärkung der Obligation durch Mehrung der in Bezug auf dieselbe Leistung Berechtigten oder Verpflichteten. Daraus, daß der gewöhnliche Sicherungszweck, also der Bürgschaftszweck, der Korrealobligation fremd ist, erklärt sich denn auch, daß die mannigfachen Gesetze über die Bürgschaftsstipulationen auf die Korrealobligationen keine Anwendung gefunden haben.

Der Bürgschaftsstipulationen gab es drei verschiedene Formen: *sponsio, fidepromissio, fideiussio.* Die *sponsio,* welche unter Gebrauch der Formel: *spondesne? spondeo,* abgeschlossen werden mußte, konnte danach nur zwischen römischen Bürgern vorkommen, so daß die mit einem Peregrinen abgeschlossene *sponsio* absolut, von Grund aus nichtig war.[3] Die *fidepromissio* war auch den Peregrinen zugänglich, im übrigen aber ist sie ganz der *sponsio* nachgebildet und, soweit möglich, demselben Recht unterstellt, wie diese. Beide konnten nur zu *verborum obligationes* hinzutreten,[4] und ursprünglich gewiß die Sponsionsbürgschaft nur zu einer durch *sponsio* begründeten Hauptschuld, die Fidepromissionsbürgschaft zu einer in der Form der *fidepromissio* begründeten Hauptverbindlichkeit. Die *fideiussio* dagegen kann zu allen Arten von Obligationen hinzutreten, mögen sie begründet sein wie sie wollen.[5] Um den charakteristischen Grundunterschied zwischen *sponsio, fidepromissio* einerseits und *fideiussio* andererseits zu erkennen, wollen wir von dem Satz ausgehen, daß die Obligation des *sponsor* und *fidepromissor* unvererblich ist, während die des *fideiussor* auf die Erben desselben übergeht.[6] Gaius führt das nirgends auf eine besondere gesetzliche Bestimmung zurück, und es kann darin kaum ein bloßes

[1] L. 17 § 2 D. ad Sct. Vellei. 16, 1. [2] L. 7 § 1 D. de Scto. Maced. 14, 6.
[3] Gai. III § 119, § 179. [4] Gai III § 119.
[5] Gai III § 119a. L. 1 D. de fideiuss. 46, 1. [6] Gai. III § 120.

Übergehen gesehen werden, da er im übrigen die Bürgschaftsgesetze sehr vollständig anführt, es muß der Unterschied wohl aus dem verschiedenen Wesen der *sponsio* bezw. *fidepromissio* und der *fideiussio* hergeleitet werden. Huschke hat dieses dahin bestimmt, daß der Sponsor und Fidepromissor nur ihre Person für das Versprochene obligierten, weshalb sich auch ihre Verbindlichkeit nicht vererbe, wie alles Persönliche, der Fidejussor dagegen die Verbindlichkeit des Hauptschuldners auf sich in seinem Vermögen übernehme, welche auf sein Vermögen persönlich selbständig übernommene Schuld mit diesem auf den Erben übergehe.[1] Stintzing[2] glaubt bis zu einem gewissen Punkt dieser Auffassung, daß die *sponsio* eine „persönliche Bürgschaft" sei, beipflichten zu müssen, und erkennt ebenso den Gegensatz der *fideiussio* als sächliche Bürgschaft für richtig an. Zur genügenden Klarheit ist der Gegensatz damit nicht gebracht, denn wenn auch der Gedanke der *sponsio* und *fidepromissio* nicht der ist, daß ein anderer die geschuldete Leistung auf sein Vermögen übernimmt, sondern der, daß ein Zweiter mit seiner Person in denselben Obligationsgrund eintritt, welcher den ersten Promissor verbindlich macht, so ist doch sicher, daß auch der *sponsor* mit *actio* belangt werden konnte und, wie der *fideiussor*, auch mit seinem Vermögen für die Schuld des Hauptschuldners haftete. Und wenn der *sponsor* bezw. *fidepromissor* mit seiner Person in denselben Obligationsgrund eintritt, warum geht denn seine Verbindlichkeit nicht ebenso, wie die des ersten Promissor, auf die Erben über? Meines Erachtens ist bei der *sponsio* und der ihr nachgebildeten *fidepromissio* nach altrömischer Auffassung strenger auch in den Konsequenzen festgehalten, daß durch die Bürgschaft kein neues, besonderes obligatorisches Interesse, sondern nur eine wegen desselben Interesses dem Gläubiger verpflichtete Person hinzutritt. Für den Gläubiger liegt allerdings das Interesse vor, daß er wegen der Hauptschuld gesicherter sei, das der Hauptobligation zu Grunde liegende kausale Moment erstreckt sich auch auf seine Forderung aus der Bürgschaft, auch die Forderung aus der Bürgschaft ist vererblich.[3] Für den Bürgen liegt dem Gläubiger gegenüber auch kein besonderes kausales Moment für seine Verpflichtung zu derselben Leistung vor, zu welcher der Hauptschuldner verpflichtet ist. Gerade deshalb aber, weil kein besonderes kausales Moment für seine accessorische Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber vorliegt, sondern nur sein dem Gläubiger in der rechtsverbindlichen Form gegebenes Wort, soll diese Verpflichtung mit seiner Person erlöschen. Ganz entsprechend ist auch die accessorische Forderung des *adstipulator* nicht vererblich, und Stintzing sagt mit vollem Recht, daß hier ein ähnlicher Grundgedanke nicht zu verkennen sei. Auch für den *adstipulator* liegt ein eigenes kausales Moment, aus welchem er zu derselben Leistung, wie der Hauptgläubiger, berechtigt wäre, nicht vor: nur im Interesse des Hauptgläubigers selbst ist er berechtigt, dieses der selbständigen *causa* entbehrende formale Recht eignet sich nicht zum Übergange auf die Erben. Der Charakter insbesondere der Sponsionsbürgschaft, daß nur das vom *sponsor* dem Gläubiger gegebene Wort, nicht ein besonderes kausales Moment, ihn zu derselben Leistung, zu welcher sich der Hauptschuldner anheischig gemacht, verpflichtet, bewährt sich noch in folgenden Momenten.

[1] Huschke, Ztschr. f. gesch. Rechtswiss. XIII, S. 331. Gaius S. 71 ff.

[2] Heidelberg. krit. Ztschr. III, S. 336 ff. Vgl. auch Bekker, Die prozess. Konsumtion S. 182 ff.

[3] Karlowa, Rechtsgeschäft S. 237.

Schon Dernburg hat in dem ersten Paragraphen seines Pfandrechts darauf hingewiesen, daß die Bürgschaft vor dem Pfandrecht voraus habe, daß sie dem Gläubiger ein Zeugnis für des Schuldners Redlichkeit und Tüchtigkeit gewähre, dem Gläubiger eine moralische Gewähr gebe. Die nächste Idee ist die, dem Gläubiger eine erhöhte Sicherheit zu gewähren, daß der Hauptschuldner selbst ihm leisten werde, und treten demgemäß die Bürgschaftsformen, welchen dieser Gedanke zu Grunde liegt, schon in Zeiten auf, in welchen gentilicische und Familien-Verbindungen, Verbände und Genossenschaften anderer Art das Eintreten von Bürgen für Personen, welche demselben Kreise angehörten, beförderten. Dieser Gedanke, daß der Bürge dem Hauptschuldner durch das Einsetzen seines Worts für ihn Kredit verschafft, macht es einerseits für den Hauptschuldner zu einer Ehrenpflicht, es nicht dahin kommen zu lassen, daß der *sponsor* für ihn leisten muß, andererseits für den Gläubiger zu einer Humanitätspflicht, nur im Notfall den Bürgen anzugehen. Nach der Lex Julia municip. Z. 114, 115 verfällt der Infamie, wer seinen Sponsoren anzeigt, daß er die ganze Schuld nicht zahlen könne, sowie der, für welchen die Sponsoren gezahlt haben. Man begreift danach, warum Cicero ad Att. XVI, 15 sagt: *si sponsores appellare videtur habere quandam δυσωπίαν* u. s. w. Es war allerdings für den Hauptschuldner beschämend, wenn der Gläubiger sich wegen Befriedigung nicht an ihn, sondern an die *sponsores* wandte: es stellte ihm, wenn er nicht rasch durch eigene Zahlung das Zahlen von seiten der Sponsoren verhinderte, die bürgerliche Ehrlosigkeit in nahe Aussicht. Die letztangeführten Sätze galten allerdings nicht für den *fidepromissor*, denn Infamie konnte nur den römischen Bürger, nicht den Peregrinen, für welchen ja auch ein *fidepromissor* eintreten konnte, treffen, während jene sonst den oben entwickelten der *sponsio* zu Grunde liegenden Gedanken teilte und vielleicht mehr auf den Verkehr mit den den Römern näher stehenden italischen Bundesgenossen berechnet war, als auf den Verkehr mit den Peregrinen überhaupt. Erst durch die in diesem weitern Peregrinenverkehr hervortretenden Bedürfnisse wird die *fideiussio* aufgekommen sein. An engeren Personenverbänden, deren festerer Zusammenhang die dazu Gehörigen bewegen konnte, einem Gläubiger durch ihr Wort die Zuverlässigkeit und Tüchtigkeit eines zu ihrem Kreise Gehörigen zu versichern, und deren Eintreten schon mit ihrem Versprechen dem Gläubiger eine Garantie für die Kreditwürdigkeit des Schuldners gewährte, fehlte es hier. Geschäftliche Rücksichten werden hier in der Mehrzahl der Fälle zur Übernahme einer Bürgschaft bewogen haben, und für den Gläubiger wird hier mehr der Hinblick auf die Vermögenslage, die Zahlungsfähigkeit des Bürgen bestimmend gewesen sein. Dem entspricht es aber, daß der Bürge die Haftung für die Realisierung der Hauptschuld auf sein Vermögen, also als eine mit diesem Vermögen auf seine Erben übergehende übernimmt. Dieser Gedanke liegt denn auch in der Formel der *fideiussio: Idem fide tua esse iubesne? Fideiubeo* ausgedrückt. In den Wortverbindungen, in welchen *fides* im Ablativ vorkommt, wie *fide alicuius alteri creditur pecuniam fide alicuius sumere* u. ä., hat *fides* den Begriff von Kredit und Risiko.[1] *Fide mea esse iubeo* bedeutet, wie Voigt mit Recht sagt:[2] ich gebe Ordre, daß eine Schuld auf mein Risiko gehe; es ist also darin das Einstehen mit seinem Vermögen deutlich ausgedrückt.

[1] Vgl. z. B. Cic. pro Flacco 20, 46. Sall. Cat. 24, 2. L. 28 § 1 D. ad Sct. Vellei. 16, 1. L. 24 D. de fideiuss. 46, 1.

[2] Ius naturale Bd. IV, S. 390.

Auch für das engere Gebiet aber, auf welchem *sponsores* und *fidepromissores* vorkommen konnten bezw. vorkamen, wurde es mit dem Verschwinden und Lockererwerden der Genossenschaften und Personenverbände immer schwieriger, Personen zu finden, welche mit ihrem verbürgenden Wort für Schulden anderer einzutreten geneigt waren, zumal da bei dem Abnehmen ehrenhafter Gesinnung der Schuldner es häufiger vorkommen mochte, daß Sponsoren und Fidepromissoren wirklich aus ihrer Bürgschaft in Anspruch genommen wurden. Man mußte darauf bedacht sein, die Stellung der Bürgen zu verbessern, insbesondere auch die Stellung mehrerer Bürgen für dieselbe Schuld zu erleichtern. Schon die Bestimmung der *lex Publilia* kann hierher gerechnet werden, nach welcher dem *sponsor*, wenn der Schuldner nicht binnen sechs Monaten das für ihn vom *sponsor* Gezahlte demselben ersetzt hatte, die *legis actio per manus iniectionem pro iudicato* gegen den Schuldner zustand.[1] Es war dies einer der beiden Fälle, für welche die *legis actio per manus iniectionem* in der alten strengen Weise bestehen blieb, auch nachdem die *lex Vallia* für alle sonstigen Fälle der *manus iniectio pro iudicato* das mildere Verfahren der *manus iniectio pura* angeordnet hatte. Dieses strenge Regreßrecht galt aber nur, wenn die Schuld auf eine feste Geldsumme (ursprünglich eine Summe von römischem *aes grave*) ging. Auch nach Einführung des Formularprozesses behauptet die *actio depensi* des *sponsor* einen privilegierten Charakter, wie die *actio iudicati*, mit welcher sie gleichen Schritt hält: sie gehört zu den *actiones, quae infitiando crescunt in duplum;*[2] der Beklagte muß bei ihr stets die *satisdatio iudicatum solvi* leisten.[3] Das *vadimonium* muß bei ihr auf die volle Höhe des Streitobjekts gerichtet werden.[4] In welche Zeit die *lex Publilia de sponsu* zu setzen sei, ist ganz unsicher: jedenfalls ist sie älter, als die *lex Vallia*, welche die *manus iniectio pura* auf die *actio depensi* nicht ausdehnte. Auch fällt sie wohl in eine Zeit, in welcher das *aes grave* (dessen Zahlen, bei welchem noch Wägen vorkommen konnte, als *dependere* bezeichnet wurde) im privatrechtlichen Verkehr noch vorkam, also vor das Jahr 486 a. u., seit welchem Jahre, dem der Einführung der Silberprägung in Rom, das *aes grave* aus dem Privatverkehr verdrängt wurde.

Weitere auf Verbesserung der Lage der *sponsores* und *fidepromissores* abzielende Gesetze waren die *lex Appuleia* und die *lex Furia*, von denen die erstere, wie Gaius ausdrücklich bemerkt, die ältere war.[5] Wenn für dieselbe Schuld mehrere Personen als *sponsores* oder *fidepromissores* eingetreten waren, so hafteten sie solidarisch, und wenn einer das Ganze gezahlt, so hatte er nicht etwa einen verhältnismäßigen Rückgriff gegen die anderen Bürgen. Die *lex Appuleia*[6] nun führte eine gewisse Gemeinschaft unter solchen Sponsoren oder Fidepromissoren für dieselbe Schuld ein: sie gab dem, welcher mehr als den auf seinen Kopf fallenden Teil der Schuld gezahlt hatte, eine Klage auf das Mehr gegen die anderen Bürgen. Sie galt auch in den Provinzen, und daß das erst auf späterer Ausdehnung beruhe, wird nicht gesagt; sie dürfte also der Zeit angehören, in welcher das römische Volk schon eine oder mehrere Provinzen hatte. Sie gehörte andererseits, weil älter als die *lex Furia*, noch der Zeit der *legis actiones* an. Welchen *modus agendi* sie für den Anspruch

---

[1] Gai. IV § 22. § 25. [2] Gai. IV § 9. § 171. Paul. I, 19 § 1.
[3] Gai. IV § 102. [4] Gai. IV § 186.
[5] Anders Lenel, Ed. S. 168, denn er sagt, die *lex Appuleia* knüpfe an die *lex Furia* an.
[6] Gai. III § 122.

des zahlenden *sponsor* oder *fidepromissor* anordnete, steht dahin. Die *lex Furia* stellte eingreifendere die Stellung der *sponsores* oder *fidepromissores* dem Gläubiger gegenüber bessernde Bestimmungen auf. Zunächst sollen sie nach ihr (Gai. III, 121) nach Ablauf von zwei Jahren von ihrer Haftung frei werden; doch galt sie nur in Italien, nicht in den Provinzen. Dem Gesetzgeber kam es darauf an, nicht in dem Rechtsverkehr der Provinzen, in welchen die Peregrinen weit überwogen, sondern in dem Verkehr der römischen Bürger und der italischen *socii* die Lage der *sponsores* und *fidepromissores* zu bessern und dadurch den Personalkredit zu heben. Daraus, daß das Gesetz nur auf Italien berechnet war, erklärt sich wohl die Beschränkung der Haftung der Bürgen auf zwei Jahre. Diese zwei Jahre sind, wie Huschke[1] mit Recht bemerkt hat, wohl nach dem Vorbilde der für die Ersitzung italischer Grundstücke, also auch für die Verjährung des bisherigen Eigentums an denselben geltenden zwei Jahre angenommen, eine kurze Frist, welche natürlich für eine gleiche auf die Provinzen sich beziehende Bestimmung viel zu kurz gewesen wäre. Berechnet wurde die Frist von dem Moment an, von welchem *experiundi potestas* gegen den Schuldner vorlag, wie l. 4 D. de divers. temp. praescr. 44, 3 mit Recht gegen die in l. 25 D. de stip. serv. 45, 3 berichtete Ansicht des Cassius annimmt. Wie die zweite Bestimmung der *lex Furia* gelautet habe, kann fraglich sein. Nach dem Bericht des Gaius III § 121 soll sich gemäß der *lex Furia* die Obligation in so viele Teile, als zur Zeit der Fälligkeit der Forderung Sponsoren oder Fidepromissoren da sind, zerlegen und jeder nur für eine *portio virilis* haften. Nach Gai. IV, 22 aber gewährte die *lex Furia* die *manus iniectio pro iudicato* gegen den, welcher vom *sponsor* mehr als die auf ihn fallende *pars virilis* beigetrieben habe. Beides ist keineswegs identisch. Nach dem letzten Bericht kann der Gläubiger vom *sponsor* die ganze Schuld beitreiben, setzt sich aber dadurch einer Klage (wahrscheinlich auf einen mehrfachen Betrag des Beigetriebenen) aus; nach dem Bericht im 3. Buch haftet der einzelne *sponsor* oder *fidepromissor ipso iure* nur für die nach dem Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung bestimmte *pars virilis*. Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß im 4. Buch die ursprüngliche Bestimmung der *lex Furia* angegeben ist; sie war, wenigstens was diese Bestimmung anlangt, eine *lex minus quam perfecta:* sie erklärte nicht das Versprechen des einzelnen Bürgen *in solidum* für nichtig, sondern verbot nur, bei Strafe der Rückforderung des mehrfachen Betrags, von dem einzelnen *sponsor* mehr als die *pars virilis* beizutreiben. War das die Bestimmung der *lex Furia,* so scheint auch eine Erklärung des von Gaius III, 122 erwähnten Zweifels möglich, nämlich ob nach der *lex Furia* auch in Italien noch das *beneficium* der *lex Appuleia* anwendbar sei. Auch nach der *lex Furia* konnte von dem einzelnen *sponsor* das Ganze beigetrieben werden, und so konnte die Ansicht noch verteidigt werden, daß er, was er mehr als die auf ihn fallende *virilis pars* bezahlt habe, *e lege Appuleia* von den anderen *sponsores* ersetzt verlangen könne. Wie kam nun aber Gaius dazu, im dritten Buch seiner Institutionen zu lehren, daß von mehreren Sponsoren oder Fidepromissoren für dieselbe Schuld jeder nur für die *pars virilis* hafte? Er sagt hier nicht, daß die *lex Furia* eine Klage gegen den einzelnen *sponsor* nur bis auf die *pars virilis* gebe. Wahrscheinlich ist später nach Einführung des Formularprozesses eine Änderung eingetreten, die Klage auf Rückgabe des mehr-

[1] Gaius S. 85.

fachen Betrags kam ab, und man legte die *lex Furia* nun dahin aus, es sei nach ihr der einzelne Bürge nur auf so viel verpflichtet, als sich als Betrag des einzelnen Kopfteils zur Zeit der Fälligkeit der Forderung ergab. Die *lex Furia de sponsu* fällt in eine Zeit, wo der Legisaktionenprozeß noch in voller Kraft bestand, denn sie gewährt gegen den, *qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset*, die *manus iniectio pro iudicato*, fällt also noch vor die *lex Vallia*. Es ist daher die Ansicht, welche die *lex Furia* in die Zeit nach Cicero kurz vor die *leges Iuliae iudiciariae* setzen will, grundlos.[1] — Ein weiteres Gesetz, die *lex Cicereia*, bestimmte, daß, wer Sponsoren oder Fidepromissoren empfange, vorher *palam*, d. h. vor mehreren Zeugen (natürlich dem, welcher als *sponsor* oder *fidepromissor* eintreten wollte) erklären solle, sowohl, bezüglich welcher Schuld *(de qua re)*, als auch, wie viel Sponsoren oder Fidepromissoren er für diese Schuld empfangen werde.[2] Da die *sponsio* und *fidepromissio* nicht gleichzeitig mit der Hauptschuld abgeschlossen zu werden brauchten, und die Frage einfach auf *idem dari spondes? Idem fidepromittis* lauten konnte, wobei natürlich die Identität der Schuld, für welche jemand sich verbürgte, nicht zweifelhaft gelassen sein, aber doch die der Hauptsponsio oder Hauptpromissio zu Grunde liegende *causa* und der Betrag der Schuld unbekannt bleiben konnte, so wurde eben durch jene *lex* angeordnet, daß der Gläubiger den, welcher als Bürge eintreten wollte, vorher über den Anspruch, für welchen er sich verbürgen sollte, genau vor Zeugen in Kenntnis zu setzen habe. Hier wird ein Interesse des

[1] Dafür, daß die *lex Furia* zu Ciceros Zeit noch nicht gegolten haben könne, beruft man sich auf Cic. ad Att. 12, 17 § 2. Vgl. Liebe, Stipulation S. 225, A. 1. Gietannee, Die Bürgschaft I, S. 91 u. a. Mit jener Stelle sind noch zu verbinden ad Att. 12, 14 § 2 und 12, 19. Nach diesen Stellen wurde Atticus als Prokurator Ciceros gemahnt in betreff einer Schuld des Cornificius, für welche Cicero sich als *sponsor* verbürgt haben sollte. Cicero erwiderte dem Atticus auf seine Meldung, Cornificius sei ja zahlungsfähig, dennoch aber möge er wissen, wann er (Cicero) sich als *sponsor* verpflichtet haben solle, und ob für den Vater Cornificius oder für den Sohn. Warum will Cicero darüber vergewissert sein? Doch wohl, um zu konstatieren, ob durch Ablauf des *biennium* seit Fälligkeit der Forderung er von seiner etwaigen Haftung als *sponsor* befreit sei oder nicht. Daraus, daß er 12, 17 § 2 erwähnt, ein gewisser Flavius habe gesagt, Cicero habe vor mehr als 25 Jahren sich für Cornificius als *sponsor* verbürgt, will man, indem man Flavius für einen der Kreditoren hält, offenbar entnehmen, daß zu dieser Zeit das *biennium* der *lex Furia* noch nicht gegolten habe, denn sonst werde der Gläubiger, welcher den *sponsor* Cicero mahnte, doch nicht gesagt haben, daß Cicero sich vor mehr als 25 Jahren verbürgt habe. Indessen steht die Annahme, jener Flavius sei der Kreditor oder einer der Kreditoren gewesen, völlig in der Luft. Nach dem ganzen Zusammenhange des Satzes traut Cicero jener Zeitangabe des Flavius nicht recht: er wünscht, daß Atticus *ex consponsorum tabulis* ermittele, ob die Sache sich so verhalte; er wünscht dies, obwohl der Hauptschuldner zahlungsfähig sei. Was hat dieser Wunsch für einen Sinn? Cicero scheint nicht mit völliger Sicherheit darauf zu bauen, daß Zahlung von seiten des Hauptschuldners erfolge, und dann war es von Interesse für ihn, konstatiert zu sehen, daß er schon lange durch Zeitablauf befreit sei. Er traut aber der Angabe des Flavius nicht recht, vor seiner Ädilität habe er nicht in geschäftlicher Berührung mit Cornificius gestanden. Er möchte also Sicheres darüber in Erfahrung bringen, und Atticus soll die Prokuratoren des Cornificius angehen, wohl um zu erfahren, ob diese die Schuld erfüllen würden. Kurz wird dasselbe noch einmal 12, 19 wiederholt. Über die *sponsio* soll Atticus berichten, wenn er etwas Sicheres erfahren habe, und doch möchte Cicero auch wissen, was die Prokuratoren des Cornificius sagen. Cicero wünscht also zu wissen, ob nicht seitens der Prokuratoren des Cornificius eine Erfüllung der Hauptschuld erfolgen werde; denn es scheint ihm gar nicht sicher zu sein, daß er von der behaupteten Haftung aus der *sponsio* schon durch Zeitablauf befreit sei. Der ganze Zusammenhang seiner Äußerungen führt also darauf hin, daß damals schon das *biennium* der *lex Furia* in Geltung war.

[2] Gai. III § 123.

letztern daran, zu wissen, wie viele Sponsoren oder Fidepromissoren der Gläubiger für jenen Anspruch empfangen werde, vorausgesetzt; es muß also die *lex Cicereia* nach den *leges Appuleia* und *Furia* zustande gekommen sein: es soll sich nach ihr der Schuldner infolge jenes *praedicere* des Gläubigers berechnen können, wie viel höchstens die auf ihn fallende *pars virilis* betragen werde. Natürlich bezog sich die Pflicht jenes *praedicere* nur auf die Sponsoren und Fidepromissoren, von deren bevorstehendem Eintreten der Gläubiger schon Kenntnis hatte. Um die Befolgung des Gesetzes zu sichern, sollen die Sponsoren und Fidepromissoren binnen 30 Tagen (von ihrer Bürgschaftsübernahme an) die Einsetzung eines *praeiudicium* darüber verlangen können, ob das *praedicere* dem Gesetz gemäß geschehen sei oder nicht, und, wenn erkannt sei, *praedictum non esse*, soll Befreiung der Bürgen von ihrer Haftung eintreten. Nimmt man an, daß das Gesetz schon die Einsetzung eines solchen *praeiudicium* angeordnet habe, so würde es in eine Zeit zu setzen sein, in welcher schon das Formularverfahren in Geltung war. Möglich ist aber auch, daß das Gesetz die Eingehung einer präjudiziellen *sponsio* über jene Frage anordnete, an deren Stelle später erst jenes *praeiudicium* getreten sein könnte. Dann könnte das Gesetz noch in die Zeit vor die *lex Aebutia* gesetzt werden. Sicher ist also jene Zeitbestimmung nicht. Der *fideiussores* that das Gesetz, wie Gaius III, 123 sagt, keine Erwähnung; es sei aber das *praedicere* gebräuchlich, auch wenn der Gläubiger *fideiussores* empfange. Daß aber an die Unterlassung des *praedicere* beim Empfang von *fideiussores* dieselbe nachteilige Folge geknüpft sei, wie bei den *sponsores* und *fidepromissores*, sagt Gaius nicht. Das *praedicere* in Bezug auf die Zahl der als *fideiussores* Eintretenden konnte für den *fideiussor* auch erst nach Einführung des *beneficium divisionis* Interesse haben. —

Das letzte Bürgschaftsgesetz, über welches Gaius berichtet, die *lex Cornelia*, bezog sich auf alle Arten der Stipulationsbürgen: es hat vielleicht die einzelnen Arten gar nicht besonders aufgeführt, sondern sie unter den allgemeinen Ausdrücken *satis accipere, satisdare* zusammengefaßt. Das Gesetz untersagt, daß sich derselbe für denselben Schuldner bei demselben Gläubiger in demselben Jahr für eine Schuld von *pecunia credita*, welche 20,000 Sesterzen übersteige, verbürge. Die Verbürgung für eine größere Schuld der Art soll bezüglich des jene Summe übersteigenden Betrags nichtig sein,[1] die wohl von Sulla herrührende *lex Cornelia* war also eine *lex perfecta*.[2] Die Hauptschuld, welche das Gesetz vor Augen hat, ist die von *pecunia certa credita*, also unbedingte Schuld aus Darlehn, Stipulation, Litteralkontrakt, welches auch die der Stipulation zu Grunde liegende *causa* sein möge. *Pecunia* ist aber im weiteren Sinne genommen: die Schuld kann nicht bloß auf Geld, sondern auch auf eine Summe anderer fungibler Sachen oder auf ein bestimmtes Grundstück oder einen bestimmten Sklaven gehen. Immer muß es aber ein *certum* sein, welches sich auf eine bestimmte Geldsumme, die mit der Maximalsumme der *lex Cornelia* verglichen werden kann, reduzieren läßt. Ausnahmen von der Bestimmung der *lex* wurden gemacht in Bezug auf *satisdationes* für gewisse begünstigte *causae*, nämlich *si dotis nomine, vel eius quod ex testamento tibi debeatur, aut iussu iudicis satis accipiatur*. Auch habe, berichtet Gaius, die *lex Iulia de vicesima hereditatium* angeordnet, daß die Beschränkung der *lex Cornelia* sich

[1] Das scheint in der lückenhaften Stelle des Gaius III, 124 gesagt zu sein.
[2] Für eine *lex imperfecta* hält sie Lenel, Edictum S. 170.

nicht auf die *satisdationes*, welche nach diesem Gesetz aufgestellt seien, beziehen solle.

Allen Arten der *adpromissores* aber ist auch gemeinsam, daß sie sich nur *pro alio* obligieren, eine fremde Obligation übernehmen, daß ihre Obligation also nur eine *accessio* der Hauptobligation ist. Als solche *accessio* muß die Obligation des *adpromissor* auf dasselbe, wenn auch vielleicht auf weniger, als die Hauptobligation gehen: sie kann nicht auf etwas Anderes oder auf ein Mehr gehen oder auch nur unter beschwerenderen Modalitäten übernommen werden, wie die Hauptobligation. Dies ist so streng durchgeführt, daß die *fideiussio* (um nur diese zu nennen) auf mehr oder *in duriorem causam* geradezu nichtig ist.[1]

[1] Gai. III, 126. L. 8 § 7 D. de fideiuss. 46, 1. Über einzelnes vgl. Liebe im Rechtslexikon V, S. 514. Eine Erörterung möge hier noch die Frage der Formel der Klage wider *sponsores*, *fidepromissores*, *fideiussores* für ein *incertum promissum* finden. Auf dieselbe bezieht sich Gaius IV, 137. Keller, d. röm. Civilpr. § 42, 2b, Rudorff, De iur. ed. p. 91, Bekker, D. prozessual. Konsumtion, S. 332 ff. (zweifelnd), Lenel, D. ed. perp., S. 119 ff., nehmen an, die hier erwähnte *praescriptio* sei ebenso, wie die im § 136 bei der Klage gegen den Hauptschuldner selbst erwähnte, eine „*loco demonstrationis*" eintretende gewesen, und es sei unmittelbar auf sie die *intentio*, das „*quidquid paret N^m N^m A° A° d. f. o.*" gefolgt. Dagegen hat sich mit Recht Huschke, Gaius S. 78, erklärt. Bei der Klage gegen den Hauptschuldner selbst soll die *praescriptio* in die Formel eingefügt sein *(ita nobis formulam esse propositam, ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis)*, und die *praescriptio* hat hier denn auch die Fassung einer *demonstratio*, sie beginnt mit *quod etc.*, und auf sie folgen nur die *reliqua* der Formel. Dagegen die *praescriptio* der Klage gegen die Bürgen wird der Formel voraufgeschickt, sie hat die gewöhnliche Fassung: *Ea res agatur* u. s. w., und auf sie folgt die Formel *(deinde formula subicitur)*. Sodann kann aber gar nicht die *intentio* sich an diese *praescriptio* anschließen: die *praescriptio* bildet einen selbständigen Satz, es ist also nicht möglich, daß sich das *Quidquid* mit auf das vorhergehende verweisendem *ob eam rem* daran anschließe. Dies ist nur möglich bei vorhergehender *demonstratio* oder einer *praescriptio*, welche die Fassung der *demonstratio* hat. Keinen Beifall aber verdient Huschke darin, daß er der Formel der Klage gegen die Bürgen eine *demonstratio* giebt, welche ganz denselben Inhalt hat, wie die vorhergehende *praescriptio*. Meines Erachtens bedarf allerdings die auf die *praescriptio* folgende Klage einer *demonstratio* oder im vorliegenden Falle einer *praescriptio demonstrationis loco*, welche aber nur den Grund der Hauptobligation angiebt, für die auch die Bürgen haften. Daß es sich bei dieser Klage nur um den Anspruch aus der Bürgschaft handele, ist in der vorhergehenden *praescriptio* schon angegeben und braucht nicht wiederholt zu werden. Die ganze Formel, einschließlich der *praescriptio*, denke ich mir also so:

Ea res agatur, quod A^us A^us de L. Titio incertum stipulatus est, quo nomine N^us N^us sponsor est, cuius rei dies fuit. Quod A^us A^us de L. Titio incertum stipulatus est, quidquid paret ob eam rem N^um N^um A° A° dare facere oportere, eius u. s. w.,

oder beim *fideiussor:*

Ea res agatur, quod N. Negidius pro L. Titio incertum fide sua esse iussit, cuius rei dies fuit. Quod A^us A^us de L. Titio incertum stipulatus est, quidquid paret ob eam rem N^um N^um A° A° dare facere oportere, eius u. s. w.

Die Klage aus der Bürgschaft für *incertae obligationes* hat, ganz dem unselbständigen Wesen der Bürgschaftsobligation entsprechend, keine selbständige *demonstratio*, sie hat dieselbe *demonstratio* oder *praescriptio demonstrationis loco*, wie die Klage aus der Hauptobligation. Die *praescriptio* der Klage gegen den *fideiussor* unterscheidet sich von der der Klage gegen den *sponsor* (bezw. *fidepromissor*) nur dadurch, daß die letztere zunächst als Hauptobligation die aus dem *incertum stipulari* bezeichnet und dann die Bezeichnung der Bürgschaft mit den Worten *quo nomine N^us N^us sponsor est* hinzufügt, während jene ohne weiteres die Bürgschaft bezeichnet: *quod N. N. pro L. Titio incertum fide sua esse iussit.* Dieser Unterschied findet seine einfache Erklärung darin, daß *sponsio* bezw. *fidepromissio* nur zu einer *verborum obligatio* hinzutreten können, welche also besonders in der *praescriptio* hervorzuheben ist, während die *fideiussio* zu jeder Obligation hinzutreten kann, was eine besondere Hervorhebung der Hauptobligation (ob sie *verbis* oder *re* u. s w. *contracta* sei) überflüssig macht. Welchen Zweck aber, kann man fragen, hatte überhaupt neben der an-

Wie durch *adpromissio* zur Hauptobligation ein accessorischer Schuldner hinzutreten konnte, so durch *adstipulatio* ein accessorischer Gläubiger.[1] Der *adstipulator* ist kein *reus stipulando*, d. h. kein solcher, welcher *suo nomine ab altero quid stipulatus est*, sondern jemand, der sich *pro altero* etwas durch Stipulation versprechen läßt,[2] ohne ein eigenes objektives kausales Interesse an der ihm zugesagten Leistung: nur im Interesse des *stipulator* läßt er sich die Leistung zusagen. Ein *adstipulator* kann nur zu *verborum obligationes* hinzutreten.[3] Ob er ursprünglich sich derselben Stipulationsform bedienen mußte, wie der Hauptkreditor, z. B. bei der Begründung der Hauptforderung durch *sponsio* auch der Form der *sponsio*, steht dahin. Nach späterem Recht konnte er sich, wie Gaius berichtet, auch anderer *verba*, wie der Hauptgläubiger, bedienen. Daraus, daß der Forderung des *adstipulator* kein selbständiges kausales Moment zu Grunde lag, erklärt sich, wie wir bereits sahen, die dem gleichen Satz bei der Bürgschaft durch *sponsio* und *fidepromissio* entsprechende Bestimmung, daß der Erbe des *adstipulator* keine Klage hat. Es erklärt sich ferner daraus, daß eine gewaltunterworfene Person, wie der *filiusfamilias*, durch *adstipulatio* keine Forderung für seinen Gewalthaber erwirbt. Eine weitere Konsequenz davon ist, daß ein Sklave und ein *in mancipio* Befindlicher (welcher *servi loco* ist) gar nicht wirksam adstipulieren können, weil sie nicht klagen können, der *filiusfamilias* aber aus der *adstipulatio* klagen kann, wenn er ohne *capitis diminutio*, also ohne Durchgang durch das *in mancipio esse*, aus der väterlichen Gewalt ausgeschieden ist. Auch bei der *adstipulatio* sind die Folgen des accessorischen Charakters des Verhältnisses streng gezogen: die Forderung des *adstipulator* kann wohl auf weniger, nicht aber auf mehr, als die des *stipulator* gehen, und die *adstipulatio* kann nicht unbedingt abgeschlossen werden, wenn die Hauptstipulation unter einer Bedingung abgeschlossen ist. Nach Gaius' Bericht III, § 117 wurde zu seiner Zeit nur zu einer *stipulatio post mortem* ein *adstipulator* zugezogen, damit dieser nach dem Tode des *stipulator* klagen konnte. Dieser Fall hatte das Eigentümliche, daß die Hauptstipulation *inutilis* war, keine Obligation hervorbringen konnte; aber sie war doch nicht *nulla* und konnte daher immerhin als genügende Grundlage für das accessorische Verhältnis angesehen werden. Sehr unwahrscheinlich ist es aber, daß auch in alter Zeit die *adstipulatio* auf diesen Fall beschränkt war. Man hat nun die Ansicht aufgestellt, daß zur Zeit der Legisaktionen, als die Stellvertretung im Prozeß noch ausgeschlossen war, es die Hauptbestimmung des *adstipulator* gewesen sei, als gerichtlicher und außergerichtlicher Stellvertreter des Stipulators zu dienen. Das kann schon deshalb in dieser Allgemeinheit nicht richtig sein, weil der *adstipulator* nur zu Stipulationen, nicht aber auch zu *bonae fidei*-Kontrakten hinzugezogen werden konnte. Bezeugt ist, daß ein *adstipulator* auch beim Abschluß von Vadimonien vorkam,[4] und auch ein Paar andere unsichere

genommenen *demonstratio* oder *praescriptio demonstrationis loco* noch eine besondere *praescriptio*? Daß sie nicht stets vorkam, zeigen Gaius' Worte: *praescribi solet*. Ihr Zweck aber war, die prozessualische Konsumtion auf die Obligation des *fideiussor* zu beschränken, so daß die gegen den Hauptschuldner davon unberührt blieb, und der Gläubiger die Möglichkeit hatte, dem Bürgen gegen die Zahlung die Klage gegen den Hauptschuldner abzutreten.

[1] Über die *adstipulatio* vgl. Rudorff in d. Ztschr. f. gesch. Rechtswiss. XIV, S. 386 ff. Bekker, Prozess. Konsumtion S. 167. 187. Huschke, Gaius S. 109 ff. Keller, Institutionen S. 164 ff.

[2] Fest. v. reus p. 273 M. Gai. III, §§ 110 ff. [3] Gai. III, §§ 110—114.

[4] Cic. pro Quinctio c. 18.

Spuren[1] lassen vermuten, daß bei dieser und anderen Prozeßkautionen ein *adstipulator* zugezogen wurde, als Aushilfe für die mangelnde Zulässigkeit prozessualischer Vertretung. Es scheint sogar, daß das Adstipulieren, wie andere prozessualische Funktionen, gewerbsmäßig betrieben wurde.

Die Stipulation kann endlich zum Zweck der Übertragung des Inhalts von Obligationen aus einer Obligation in eine andere verwandt werden. Das ist der Fall bei der Novationsstipulation. Der Vorgang bei der Novation wird häufig in den Quellen als eine *translatio,* ein *transferre* oder ähnlich bezeichnet.[2] Dieses *transferre* besteht darin, daß der Leistungsinhalt der durch einen andern Obligationsentstehungsgrund begründeten Obligation ganz oder teilweise in eine durch den neuen Entstehungsgrund (eine Stipulation) begründete Obligation übertragen wird. Die volle Wirkung der Novationsstipulation ist also Aufhebung einer bisherigen und Begründung einer neuen Obligation, zwischen welchen beiden Wirkungen der Kausalzusammenhang besteht, daß die neue Obligation aus der alten hervorgebracht ist. Es fragt sich nun aber, wie der einheitliche Wille, durch welchen diese Doppelwirkung hervorgebracht wird, zu denken sei. Wir müssen, um das zu ermitteln, auch andere Rechtsakte, welche ein *transferre* zur Wirkung haben, vergleichend betrachten, z. B. die Eigentumsübertragung vermittelst Tradition. Wer Eigentum auf einen andern übertragen will, dessen Wille ist positiv auf Begründung des Eigentums dieses andern an der betreffenden Sache gerichtet, nicht auf Aufhebung des seinigen: daß er sein Eigentum aufhebe, ist die notwendige Voraussetzung des auf Begründung des Eigentums des andern gerichteten Willens, denn *dominium duorum in solidum esse non potest;* der Wille, sein Eigentum aufzuheben, ist also nur die negative Kehrseite des positiven auf Begründung des Eigentums des andern gerichteten Willens. In gleicher Weise verhält es sich bei dem Akt, durch welchen die Doppelwirkung der Novation hervorgebracht wird. Dieser Akt ist eine Stipulation, also ein Willensakt, welcher nicht auf Aufhebung, sondern auf Begründung einer Obligation gerichtet ist. Auch bei der Novationsstipulation ist der positive Wille der Parteien auf Begründung einer Obligation gerichtet; der Leistungsinhalt aber, auf welchen dieser Begründungswille gerichtet ist, soll sein der aus einer bisherigen Obligation geschuldete: daß diese bisherige Obligation ihres Leistungsinhalts (ganz oder teilweise) entleert werde, ist also die notwendige Voraussetzung der auf Begründung einer neuen Obligation dieses Inhalts gerichteten Stipulation. Der in der Novationsstipulation sich kundgebende Wille ist ja ein anderer, als der in der Korrealstipulation bezw. Bürgschaftsstipulation hervortretende. Der Wille bei diesen letzteren Stipulationen ist darauf gerichtet, daß *idem* geleistet werde, d. h. daß der *promissor* sich auch zu der Leistung verpflichte, zu welcher ein anderer verpflichtet ist. Die Novationsstipulation dagegen ist nicht darauf gerichtet, daß der *promissor* sich zu *idem,* sich auch oder noch einmal zu derselben Leistung, sondern darauf, daß er sich verpflichte: *id, quod debet* oder was ein anderer *debet,* gerade den geschuldeten Leistungsinhalt zu machen. Ist es nun die notwendige Voraussetzung

[1] Cic. in Pis. c. 9.

[2] Vgl. l. 1 pr. l. 2. l. 14 § 1 D. de nov. 46, 2. L. 7 § 8 D. de dolo 4, 3. L. 27 § 3 D. de minor. 4, 4. L. 17 D. de cond. furt. 13, 1. L. 8 § 2 D. ad Sct. Vellei. 16, 1. L. 71 pr. D. pro socio 17, 2. L. 4 § 1 D. de usur. 22, 1. L. 5 pr. D. quando ex facto tutoris 26, 9. L. 44 § 6 D. de obl. et act. 44, 7. L. 4 C. de fideiuss. 8, 41. L. 1 C. ad Sct. Vellei. 4, 29. § 3 I. quibus m. obl. t. 3, 29.

solches Versprechens, daß die versprochene geschuldete Leistung damit aufhöre, den Inhalt der bisherigen Obligation zu bilden? Das ist nicht der Fall, seitdem es accessorische Stipulationen gab, welche ganz in derselben Weise gefaßt sind, wie die Novationsstipulationen. Sie lassen die bisherige Obligation bestehen und begründen nur daneben eine auf denselben juristischen Leistungsinhalt gerichtete zweite Obligation. Da die äußere Fassung von accessorischen und novatorischen Stipulationen dieselbe ist, so kann konsequenterweise die Novationswirkung nur angenommen werden, wenn dies, die Aufhebung der bisherigen Obligation durch Aufnahme ihres Inhalts in die neue, von den Parteien beabsichtigt ist. War dies nun der ursprüngliche Zustand? Salpius[1] hat bekanntlich die Ansicht ausgeführt, daß die Novation ursprünglich ein tilgender Formalakt war, d. h. daß ihre die alte Obligation konsumierende Wirkung auf der Fassung der Stipulationsformel beruhte, welche mit zerstörender Kraft ausgestattet war, ohne daß es dabei eines besondern, nebenhergehenden liberatorischen Parteiwillens bedurft hätte. Und Salkowski[2] stimmt darin Salpius bei, daß es auf den Inhalt der *prior obligatio* gerichtete Stipulationsformeln gegeben habe, welche das *prius debitum* schon kraft ihrer Form konsumierten, ohne daß es eines besondern, den Stipulationsakt begleitenden, auf Aufhebung des *prius debitum* gerichteten Parteiwillens bedurft hätte. Meines Erachtens haben nun beide Juristen darin nicht das Richtige getroffen, daß sie noch in späterer Zeit, noch zur Zeit der Juristen, deren Schriften in den Pandekten excerpiert sind, irgend welchen Stipulationsformeln die konsumierende Wirkung schon kraft ihrer Form ohne begleitenden *animus novandi* zuschreiben wollen. Darin aber ist ihnen beizutreten, daß es einmal eine Zeit gegeben haben muß, wo der ausdrücklich auf den Inhalt einer bestehenden Obligation gerichteten Stipulation schon als solcher die novierende Kraft zukam, wenn auch nur innere Gründe für diese Auffassung angegeben werden können. Bei der *stipulatio* gilt ursprünglich nur der im gehörigen Wort zum Ausdruck gelangte Wille. Das Wort entscheidet, nach einem nicht im Wort zur Erscheinung kommenden Willen wird nicht gefragt, außer dem *dictum* kann die *voluntas*, die Frage, *quid actum sit*, nicht in Betracht kommen. Danach kann die die Obligation aufhebende Wirkung bei der auf einen aus einer *prior obligatio* geschuldeten Leistungsinhalt gerichteten Stipulation nicht von einem nebenhergehenden formlos kundgegebenen *animus novandi* abhängig gemacht sein. Da nun aber die Novationsstipulation und die accessorische Stipulation sich in ihrer Fassung voneinander nicht unterscheiden, so wird es eine Zeit gegeben haben, in welcher die accessorische Stipulation neben der Novationsstipulation noch nicht bestand, eine Zeit, in welcher die auf den Inhalt einer *prior obligatio* gerichtete Stipulation stets novatorisch wirkte. Es kam aber eine Zeit, in welcher auch bei der Stipulation nach dem, *quid actum sit*, gefragt wurde, und dies war wohl schon in der spätern Zeit der Republik der Fall. Erst in dieser Zeit kam wohl auch der Unterschied zwischen Novationsstipulationen und bloß accessorischen Stipulationen auf. Da die auf den Leistungsinhalt einer bestehenden Obligation gerichtete Obligation jetzt nur accessorischer Natur sein konnte, so mußte man jetzt bei Obligationen solcher Fassung, wenn sie novatorisch wirken sollten, eine besondere Kundgebung des *animus novandi* oder ein besonderes

[1] Novation u. Delegation §§ 25. 26. 32. 33, nam. S. 186f.
[2] Zur Lehre von der Novation S. 225 ff.

Kriterium für die Annahme desselben verlangen. Da man aber im praktischen Leben nicht gewohnt war, den *animus novandi* besonders kundzugeben, so stellte die Jurisprudenz den Satz auf, daß die Novationswirkung (natürlich wenn der *animus novandi* nicht ohnehin deutlich kundgegeben war) nur dann angenommen werden könne, wenn bei der auf denselben Inhalt, wie die bisherige Obligation, gerichteten Stipulation entweder eine neue Person eintrat, oder wenn doch dieselbe, unbeschadet der Identität des Inhalts, *aliquid novi* hatte, z. B. eine Bedingung oder einen *dies* hinzufügte (oder wegließ). Doch war man dabei nicht über alle Punkte einig. Wie wir von Gaius III, 178 erfahren, bestand eine Kontroverse unter den Rechtsschulen darüber, ob die Verstärkung der spätern Obligation durch einen *sponsor* oder die Weglassung eines solchen als ein zur Herbeiführung der Novationswirkung genügendes *novum* anzusehen sei. Die römische Jurisprudenz hat Fälle anerkannt, in welchen die positive Wirkung, worauf die Novationsstipulation gerichtet ist, nämlich die Begründung der neuen Obligation, wegen irgend eines Mangels des Akts ausbleibt, doch aber die notwendige Voraussetzung der *translatio,* die Konsumtion der bisherigen Obligation, eintritt, so daß also dann *res perit.* So war es nach Gaius III, 176, wenn ein Römer sich das, was ihm ein anderer schuldete, von einem Dritten *post mortem* desselben, oder wenn er sich von einer Frau oder einem Pupillen *sine tutoris auctoritate* stipuliert hatte. Der letztere Fall kann auf den Gedanken bringen und hat darauf gebracht, daß, weil die Novationsstipulation wenigstens eine Naturalobligation hervorbringe, auch die die alte Obligation aufhebende Wirkung eintreten müsse. Das ist aber nicht der Grund, wie schon der andere von Gaius angeführte Fall zeigt, in welchem von einer Naturalobligation keine Rede sein kann. Auch bei anderen Rechtsakten, welche auf ein *transferre* gerichtet sind, finden wir, daß, obwohl wegen eines Mangels des Akts die Übertragung des Rechts nicht erreicht wird, doch die notwendige Voraussetzung derselben, der Untergang des Rechts in der Person des Übertragenden, eintritt. Durch *in iure cessio* einer angetretenen Erbschaft gehen die Forderungen nicht über, aber unter.[1] Durch die *in iure cessio* eines Ususfruktus an einen Dritten, welche nach Gaius II, 30 ganz nichtig ist, geht nach l. 66 D. de iure dot. 23, 3 der Ususfruktus zwar nicht auf den Dritten über, aber er geht unter. Wenn der *cessicius tutor* die *cessicia tutela* einem andern cedieren will, so geht dieselbe zwar nicht auf diesen andern über, aber sie geht unter.[2] Wenn ein Miteigentümer eines Sklaven denselben in solenner Weise manumittiert, so wird derselbe zwar nicht frei, aber der Manumittent verliert seine Eigentumsquote, und es accresciert dieselbe dem andern Miteigentümer.[3] In diesen Fällen soll nach A. Schmidt[4] der Verlust des Rechts den Übertragenden zur Strafe für sein ungerechtfertigtes Handeln treffen. Meines Erachtens hat er damit nicht die Auffassung der römischen Juristen getroffen. Diese Auffassung geht wohl dahin, daß der Ungültigkeitsgrund sich in jenen Fällen zunächst nur auf die rechtsbegründende Seite der betreffenden Akte bezieht, nicht auf die Kehrseite, die rechtsaufhebende, daß aber *utile per inutile non vitiatur.* Daß es dem wahren Willen der Parteien nicht entspreche, die negative Wirkung des Akts ohne die positive eintreten zu lassen, darauf lassen sich die Juristen bei diesen Formalakten nicht ein; denn nie ist bei diesen

[1] Ulp. fr. XIX, §§ 14 u. 15. Gai. II, § 35, III, §§ 85 ff. [2] Ulp. fr. XI, § 7.
[3] Ulp. I, § 18; Paul. IV, 12, § 1. Dosith. § 10.
[4] Zur Lehre von d. Wirk. d. Rechtsgeschäfte (Leipziger Dekanatsprogramm 1888) S. 18 ff.

die Berücksichtigung des *id, quod actum est,* so weit gegangen, daß sie alle seit alter Zeit überkommenen Formalwirkungen derselben beseitigt hätte. Machte der Mangel den betreffenden Akt von Grund aus nichtig, so konnte auch die aufhebende Wirkung des Translationsakts nicht eintreten, wie z. B. die mit einem Peregrinen in der Form der *sponsio* abgeschlossene Novationsstipulation auch die frühere Obligation nicht aufhob. Für einzelne Fälle bestanden Meinungsverschiedenheiten, wie weit die Ungültigkeit des Akts gehe: so in dem Falle, wenn ein Römer sich von einem Sklaven den aus einer frühern Obligation geschuldeten Leistungsinhalt stipulierte. Merkwürdig ist die nicht durchgedrungene Ansicht des Servius Sulpicius, nach welcher infolge einer bedingten Novationsstipulation die aufhebende Wirkung sofort, schon während Schwebens der Bedingung, eintrat, also bei Vereitelung der Bedingung das *rem perire* die Folge war. Servius betrachtete als die Wirkung, worauf die Novationsstipulation eigentlich gerichtet war, die Begründung der neuen Obligation: diese war also das in der Stipulation von der Bedingung Abhängiggemachte. Die Aufhebung der bisherigen Obligation betrachtete er als die notwendige Voraussetzung des auf die Begründung der neuen Obligation desselben Inhalts gerichteten Willens und meinte nun, diese unumgängliche Voraussetzung müsse schon eintreten, wenn nur irgend ein Novationswille vorliege, auch der bedingte Wille sei aber schon ein Wille. Daß er damit der wahren Intention der Parteien nicht gerecht wurde, wird ihm wohl selber nicht entgangen sein; aber es handelte sich eben um einen Formalakt, bei welchem zur Zeit des Servius die Berücksichtigung des *id, quod actum est,* keineswegs schon so weit gediehen war, wie zu Gaius' Zeiten, zu welchen sich doch auch noch Wirkungen der Formalnatur von Akten, wie *stipulatio* und *in iure cessio,* erhalten hatten. Aus dem dargelegten historischen Verhältnis der Novationsstipulation und der accessorischen Stipulation und dem dadurch bedingten Aufkommen des Erfordernisses des *animus novandi* erklären sich die verschiedenen Bedeutungen der Ausdrücke *novatio, novare. Novatio* bedeutet ursprünglich, wie man nicht bezweifeln darf, die Begründung der *nova obligatio* auf den aus der alten geschuldeten Leistungsinhalt und die dadurch bewirkte Aufhebung der alten. Nun ist aber schon von anderen verschiedentlich hervorgehoben,[1] daß mit den Worten *novare, novatio* konstant die tilgende, konsumierende Wirkung der Novationsstipulation bezeichnet wird, nicht die konstituierende. Wie ist das zu erklären? Meines Erachtens hat dieser Sprachgebrauch sich festgestellt, seitdem das Erfordernis aufgekommen war, daß die Novationsstipulation, um sie von der accessorischen zu unterscheiden, von dem *animus novandi* begleitet sein müsse, daß also nicht eine neue Obligation auf denselben Inhalt zu der alten hinzutreten, sondern daß die alte Obligation durch die neue aufgehoben sein solle. Da der *animus novandi* auf Aufhebung der alten Obligation gerichtet ist, so wurden seitdem *novare, novatio* ganz vorzugsweise für die aufhebende Wirkung der Novationsstipulation gebraucht; und diese Wirkung besonders zu betonen, hatte man um so mehr Veranlassung, als es Fälle gab, in denen die aufhebende Wirkung ohne die konstituierende, dagegen keine, in denen die konstituierende Wirkung ohne die konsumierende eintreten konnte. Über die systematische Stellung, welche der Novation anzuweisen war, konnte man zweifeln. Gaius III, §§ 176 ff. und im Anschluß an ihn der Tit. I. quib. mod.

[1] Bähr, Anerkennung S. 45. Salpius, a. a. O. S. 133. Salkowski, a. a. O. S. 40 f.

obl. toll. 3, 29 handeln sie unter den *modi tollendi obligationem* ab. Dafür möchten sich der vorher erörterte Sprachgebrauch und das starke Hervortreten der tilgenden Wirkung anführen lassen. Daß man damit aber dem begrifflichen Wesen des Novationsvorgangs gerecht geworden wäre, wird sich nicht behaupten lassen. Ja, es kann wohl bezweifelt werden, ob diese systematische Stellung die bei den römischen Juristen gewöhnliche gewesen ist. Im Sabinuskommentar des Ulpian wird sie, wie Salkowski[1] gezeigt hat, im Abschnitt von den Stipulationen behandelt, wird also wohl in dem Sabinussystem selbst ihre Stelle in diesem Abschnitt gehabt haben.[2] Gaius selbst und Venuleius haben sie in ihren Werken über die *verborum obligationes*, bezw. *stipulationes* behandelt (l. 31 u. 34 D. de nov. 46, 2), was natürlich keinen Beweis ihrer Auffassung über die richtige Stellung der Novation innerhalb des ganzen Systems des Civilrechts giebt. In den Digesten steht der Titel de novation. et deleg. zwischen dem zu den Titeln über die Stipulationen gehörenden Titel de fideiuss. et mandatoribus 46, 1 und dem Titel de solutionibus et liberat. 46, 3, und ebenso im Codex. Nicht richtig ist die Behauptung Salkowskis, die Novation erscheine hier wieder in der Gestalt eines *modus tollendi obligationem*. Wäre dies für die Stellung bestimmend gewesen, so würde die Novation wohl nicht vor, sondern erst hinter den Titel de solutionibus et liberationibus gestellt worden sein. Mit jener Stellung zwischen die von den Stipulationen handelnden Titel und die auf die Aufhebungsgründe bezüglichen suchte man meines Erachtens der Doppelwirkung der Novationsstipulation, dem auf Konstituierung einer *obligatio* gerichteten Verbalakt und seiner Kehrseite, der Obligation tilgenden Wirkung gerecht zu werden.

Noviert werden kann der Leistungsinhalt jeder Obligation, mag sie entstanden sein, wie sie will. Es mußte sich also das Anwendungsgebiet der Novation allmählich sehr erweitern. Von Anfang konnten aber, da den Gegenstand der Novationsstipulation ja das Recht bezw. die Verpflichtung zu dem aus der Obligation geschuldeten Leistungsinhalt bildete, auch bloße Aktionen zum Gegenstande einer Novationsstipulation gemacht werden. Auch bedingte und betagte Obligationen konnten zum Objekt von Novationsstipulationen gemacht werden: bei den ersteren trat die *translatio* erst beim Eintritt der Bedingung, bei den letzteren sofort ein, wenn auch natürlich erst beim Eintritt des *dies* geklagt werden konnte.[3] Es kann sogar eine Novationsstipulation abgeschlossen werden bezüglich einer erst in Zukunft zu begründenden Obligation, z. B. bezüglich eines in Zukunft zu gebenden Darlehns oder einer in Zukunft abzuschließenden Stipulation. Hier ist die Novationswirkung natürlich bis zur Begründung jener

[1] a. a. O. S. 84 f. [2] Dahin stellt sie auch Lenel, d. Sabinussystem S. 79. 93.

[3] Salkowski, a. a. O. S. 321 ff., behauptet, bei der *futura obligatio*, d. h. der Obligation, innerhalb welcher in Zukunft noch Leistungen geschuldet werden können, habe es sich anders verhalten. Auch die novatorische Wirkung der Novationsstipulation, welche auf *quidquid te dare oportet oportebitve* lautete, habe sich nicht auf die ganze Obligation erstreckt; vielmehr sei die frühere *causa debendi*, welche zu den *in stipulatum* deduzierten künftigen Leistungen verpflichtete, wirksam bestehen geblieben. Sobald aber eine Leistung fällig werde, d. h. sobald sie anfange *ex praecedenti* geschuldet zu werden, trete für sie die *stipulatio* als neue *causa debendi* an die Stelle der bisherigen, und werde sie Gegenstand der *posterior obligatio*. Diese Auffassung ist irrig. L. 89 D. de verb. obl. 45, 1 sagt: — *si autem adiiciatur oportebitve, etiam futura obligatio deducitur*, also die im Moment des Abschlusses der Novationsstipulation aus der *prior obligatio* erst in Zukunft geschuldeten Leistungen werden jetzt schon noviert, so daß sie aus der Novationsstipulation auch nur als zukünftige geschuldet werden, die Novation tritt also auf einmal, nicht etwa allmählich und stückweise ein.

in Aussicht genommenen Obligation hinausgeschoben (l. 8 § 2 D. de novat. 46, 2. L. 55 D. de fideiuss. et mand. 46, 1). Zur Bewirkung der Novation eignet sich kein obligatorischer Kontrakt, welcher einen durch ein bestimmtes ihm innewohnendes Kausalmoment individualisierten Inhalt hat, also keines der *bonae fidei*-Geschäfte, und auch nicht das Darlehn, sondern nur ein bloßer Formalakt, welcher an sich gar kein kausales Moment in sich schließt, aber, wie ein leeres Gefäß, ein leerer Rahmen, den verschiedenartigsten, auf eine einseitige Leistung reduzierbaren Inhalt in sich aufnehmen kann. Das tritt namentlich hervor bei Novation dessen, was aus gegenseitigen Obligationen der eine Kontrahent dem andern schuldet.[1] Da die Stipulation, auch die Novationsstipulation, nur fähig ist zur Aufnahme streng einseitiger Verpflichtungen, so kann auch die Verpflichtung z. B. des Käufers oder Verkäufers, welche auf Leistung von Geld für Sache bezw. auf Leistung von Sache für Geld geht, nicht in dieser synallagmatischen Beschaffenheit, sondern nur als streng einseitig auf Geld oder auf Sache gehend in die Novationsstipulation aufgenommen werden. Gegen die Klage aus der Novationsstipulation könnte der ursprünglich synallagmatische Charakter der aus dem synallagmatischen Geschäft hinübergenommenen Forderung nur *ope exceptionis*, also auf Grund einer Einwirkung des hier noch nicht zu berücksichtigenden *ius honorarium* zur Geltung kommen. Auch der Inhalt mehrerer Obligationen kann in eine einzige Novationsstipulation deduziert werden. Diese Möglichkeit führte zur Aufstellung eines Novationsstipulationsformulars, in welches der Inhalt sämtlicher Ansprüche der einen Person gegen die andere deduziert werden konnte, durch den Juristen Aquilius Gallus. Man mag billig bezweifeln, daß das ursprünglich von ihm aufgestellte Formular unverändert in den beiden Überlieferungen in l. 18 D. de accept. 46, 4 und in § 2 I. quib. mod. obl. solv. 3, 29 erhalten sei. Die neuere derselben (in der Institutionenstelle) weicht selbst von der ältern (in der Digestenstelle) durch einen Zusatz ab. Auch die ältere Fassung dürfte mehr enthalten, als das ursprüngliche Formular des Aquilius Gallus, dieses kann noch nicht den auf die *extraordinariae persecutiones* bezüglichen Passus *(vel adversus te persecutio est erit)* enthalten haben. Zugleich zeigt aber die *stipulatio Aquiliana*, daß eine Umsetzung des ursprünglichen Obligationsinhalts in den Schätzungswert *(quanti ea res erit)* nicht als eine solche Veränderung angesehen wurde, welche die Identität des Inhalts der *prior* und *posterior obligatio*, also den Charakter der Novation aufhob. Besondere Erwähnung verdient noch die Frage, welches die Wirkung einer Novationsstipulation sei, die den Inhalt der Obligationen zweier verschiedener Personen alternativ in sich aufnimmt *(decem quae mihi Stichus debet aut decem quae Seius debet)*. Die Entscheidung einiger Juristen geht dahin, daß hier zunächst keine der beiden Obligationen noviert werde, und erst die Wahl des Stipulationsschuldners, also die Leistung desselben, bestimme, welcher Schuldner liberiert, also welche Obligation noviert werde (l. 8 § 4, l. 26 D. de novat. 46, 2). Die Auffassung des Neratius und Paulus war nach l. 32 D. eod. tit. eine andere. Nach dieser wird der Inhalt beider Obligationen noviert, aufgehoben, weil das aus beiden Geschuldete in die alternative Novationsstipulation deduziert ist. Man kann nicht sagen, daß eine Novation hier nicht möglich sei, weil das aus der *posterior stipulatio* Geschuldete nicht identisch sei mit dem aus den beiden *priores*

[1] Vgl. darüber Salkowski, a. a. O. S. 318 ff.

obligationes Geschuldetem; denn bei der alternativen Obligation ist jede der beiden Leistungen *in obligatione,* wenn auch nur eine *in solutione* Wenn auch eine der beiden Leistungen nicht zur Solution kommt, so ist es doch immer wahr, daß sie *in obligatione* gewesen. Wenn nun nach der Ansicht der römischen Juristen die liberierende Wirkung der Novation in verschiedenen Fällen ohne die konstituierende Wirkung eintrat, so daß das *rem amittere, rem perire* die Folge war, ja wenn nach Servius' Ansicht sogar eine bedingte Novationsstipulation den sofortigen Untergang der *prior obligatio* zur Folge hatte, warum sollte nicht die Ansicht bei ihnen vertreten gewesen sein, daß eine Novationsstipulation, welche den Inhalt zweier verschiedenen Obligationen alternativ in sich aufnahm, so daß beider Inhalt in die neue *obligatio* deduziert war, den sofortigen Untergang beider *obligationes priores* bewirkte?

Über den Untergang der mit der alten durch Novation aufgehobenen Obligation verbundenen accessorischen Verhältnisse soll hier nicht weiter gehandelt werden. Nur auf die Aufhebung der Folgen der *mora* durch die Novation wird im Zusammenhang der Lehre von der *solutio* später einzugehen sein.

Novation kann nicht bloß unter denselben Personen vor sich gehen: ein neuer Gläubiger kann sich das bislang dem alten Gläubiger Geschuldete (auf Delegation des letztern) versprechen lassen, ein neuer Schuldner das vom bisherigen Schuldner Geschuldete (auf oder ohne Delegation des letztern) versprechen. Es giebt auch eine Doppelnovation, bei welcher Gläubiger und Schuldner zugleich gewechselt werden. Man denke z. B. an eine Novationsstipulation folgenden Inhalts zwischen Seius als *stipulator* und Maevius als *promissor*: *Quod Titium Sempronio ex emto vendito dare facere oportet, id te* (Maevius) *mihi* (Seius) *dare spondesne?* — Solche Novation mit Eintritt eines neuen Gläubigers oder Schuldners enthält ein *transferre* des Rechts bezw. der Pflicht aus der bisherigen Obligation auf einen neuen Gläubiger bezw. Schuldner, darum aber doch keine Singularsuccession in die Obligation, wie es sich, um von anderem abzusehen, schon in dem durch die Novation herbeigeführten Untergang der accessorischen Rechtsverhältnisse zeigt. Der Delegation, d. h. der auf Geheiß des Gläubigers oder Schuldners novationsweise geschehenden Übertragung der Forderung oder Schuld, geschieht schon in den Catonischen Formularen Erwähnung.[1]

Im bisherigen ist eine allgemeine Übersicht über die mannigfachen Funktionen der Stipulation auf dem Gebiet des Privatrechts gegeben. Andere bedeutungsvolle Anwendungen, welche dieser wichtigste aller römischen Kontrakte auf dem Gebiet des Prozeßrechts nach verschiedenen Richtungen gefunden hat, gehören der historischen Darstellung des Civilprozeßrechts an.

Da bei der Stipulation keine Solennitätszeugen zugezogen zu werden brauchten, so hat man wohl schon früh des Beweises halber Urkunden über den Abschluß der Stipulation aufgenommen. Namentlich bei Cicero geschieht derselben nicht selten Erwähnung.[2]

[1] Cat. de agricultura cap. CXLVI: — *recte haec dari fierique satisque dari domino, aut cui iusserit, promittito* —, cap. CXLIX: — *donicum pecuniam satisfecerit aut delegarit* —.

[2] Auct. ad Herenn. II, 9, 13: — *scirentne adversarii, id scriptum fuisse in lege aut in testamento aut in stipulatione aut in quolibet scripto* —. Cic. Orat. Part. 37, 130: *Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud.* — — *Privatum: tabulae, pactum conventum, stipulatio.* Top. 26, 96: *Iam hoc perspicuum est, non magis in legibus, quam in testamentis, in stipulationibus, in reliquis rebus, quae ex scripto aguntur, posse controversias easdem existere.* p. Rosc. Com. 13, 37: *Quid? recita istam restipulationem clarius.* p. Caec. 18, 51: *Quae lex, quod senatusconsultum, quod magistratus edictum, quod foedus aut pactio,*

b. Die *litterarum obligatio.*

§ 66. Unter den Formen, in welchen ein obligatorischer Kontrakt abgeschlossen werden könne, führt Gaius III, 89 auch die *litterae* an: *aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.* Die *scripturae proprietas,* welche zur Begründung der *litterarum obligatio* nötig ist, wird angedeutet in den Bezeichnungen *nomina transscripticia, transscriptio, expensum ferre,* denn diese können nur bezogen werden auf den bei Gaius III, 128—134 nicht ausdrücklich genannten römischen *codex accepti et expensi.* Über das Wesen dieses *codex* sind von den neueren Forschern sehr verschiedene Ansichten aufgestellt.[1] Nach den einen ist er ein Kassabuch, welches alle Einnahmen und Ausgaben des Buchführers enthält, mit Angabe der Veranlassungen, sowie der etwa dabei beteiligten Personen, die nicht voneinander gesondert werden. Nach den anderen war er ein Kontokorrentbuch, in welchem die Geldverhältnisse des Buchführers mit anderen Personen, mit *Debet* und *Credit* für jeden Einzelnen, verzeichnet waren; ja er ist wohl für ein Buch gehalten, in welchem nicht allein Einnahmen und Ausgaben, sondern auch die abgeschlossenen Kontrakte eingetragen wurden. Der neueste Bearbeiter dieser Materie will, um von anderen hier nicht direkt in Betracht kommenden Büchern abzusehen, einen *codex* oder *tabulae rationum domesticarum* und den *codex accepti et expensi* unterscheiden. Den erstern charakterisiert er als ein Wirtschaftsbuch, Haushaltungsbuch, in welchem ebenso die das Kapitalvermögen betreffenden Vorgänge und die schwebenden Obligos, wie die laufenden Einnahmen uud Ausgaben gebucht wurden; den andern bezeichnet er als das Litteralgeschäftsjournal des Hausherrn, in welches namentlich die Vorgänge, welche ein *litteris contrahere* oder *litteris tollere obligationem* bezweckten, dann aber auch gewisse Realkontrakte, nämlich *mutua* und *deposita,* obwohl man diese dennoch als *re,* nicht als *litteris,* begründet angesehen habe, eingetragen seien.[2] Wunderbar nur, daß in den Quellen so wenig eine Unterscheidung und Gegenüberstellung jener beiden *codices* sich findet, daß sie bis vor Kurzem allen verborgen bleiben konnte; wunderbar vor allem, daß Gaius den Unterschied nicht hervorhebt, der ja in seinen für die Einführung in die Jurisprudenz bestimmten Institutionen die stärkste Veranlassung gehabt hätte, darauf hinzuweisen, daß nicht die *expensilatio* in dem *codex rationum,* sondern nur *expensilatio* in dem *codex accepti et expensi* eine *litterarum obligatio* begründen könne. Auch der *codex rationum* enthielt nach Voigt eine *pagina* für die *accepta* und eine *pagina* für die *expensa,* es paßte also auf ihn sehr wohl die Bezeichnung *codex accepti et expensi.* Die Entstehung der *litterarum obligatio* wird aber historisch nicht verständlich, wenn man sich das Buch, in welchem die formalobligierenden Eintragungen geschahen, losgelöst denkt

quod (ut ad privatas res redeam) testamentum, quae iudicia aut stipulationes, aut pacti et et conventi formula non infirmari aut convelli potest, si ad verba rem deflectere velimus: consilium autem eorum qui scripserunt et rationem et auctoritatem relinquamus? Cic. ad Att. 12, 17 § 2: *quod pro Cornificio me abhinc amplius annis XXV spopondisse dicit Flavius, etsi reus locuples est, et Appuleius praediator liberalis, tamen velim des operam, ut investiges ex consponsorum tabulis, sitne ita.*

[1] Vgl. die Litteraturangaben bei Danz, Lehrb. d. Gesch. des röm. Rechts II (2. Aufl.), § 151, S. 43 ff. u. bei Voigt, Über die Bankiers, die Buchführung und die Litteralobligation der Römer, in d. Abh. der Kgl. Sächs. Gesellsch. d. Wiss. ph.-h. Kl. Bd. X (1885), S. 515 ff.

[2] Ihrem ganzen Inhalte nach sind Voigts Ausführungen acceptiert von Sohm, Institut. 4. Aufl., S. 286 ff. Gegen Voigt spricht sich aus Th. Niemeyer in d. Ztschr. d. Savignystiftg. Bd. XI, S. 312 ff.

von demjenigen, in welchem die reellen Einnahmen und Ausgaben gebucht wurden. — Einen *codex accepti et expensi* zu führen, war bei den römischen Bürgern allem Anschein nach eine sehr alte Sitte. Daß sie von hohem Alter war, dafür sprechen nicht bloß verschiedene Anspielungen bei Plautus,[1] welche die Sitte als eine eingebürgerte erscheinen lassen, sondern noch ein anderes, wichtiges Indicium. Velius Longus (Grammatiker aus der Zeit Trajans) de orthograph. p. 60 K. berichtet: *quotiens acceptum referebant, non dicebant a Longo, sed af Longo.* Damit stimmt überein die Äußerung Ciceros Orator 47, 158: *Insuavissima praepositio est „abs" eaque nunc tantum in accepti tabulis manet, ne his quidem omnium, in reliquo sermone mutata est.* Denn daß Cicero hier nicht *abs* geschrieben haben kann, sondern auch *af* geschrieben haben wird, geht aus den folgenden Worten hervor: *Nam „amovit" dicimus et „abegit" et „abstulit", ut iam nescias, „a" ne verum sit an „ab", an „abs".* Wenn nun die altertümliche Form *af* noch zu Ciceros Zeit in den *accepti tabulae* häufig vorkam, so zeigt dies, wie festgewurzelt der Gebrauch derselben in jenen *tabulae* zu der hinter Cicero liegenden Zeit, wo sie *in reliquo sermone* verdrängt wurde, gewesen sein muß, wie weit also der Gebrauch jener *tabulae* selbst zurückreicht, womit natürlich für die Zeit des Aufkommens der Litteralkontrakte selbst kein Indicium beigebracht ist. Dieses alte Hausbuch des römischen Bürgers war ein *codex*, d. h. ein aus mehreren Wachstafeln bestehendes Konvolut. Allen Andeutungen nach war die Führung dieses Hausbuches eine sehr genaue und sorgfältige. Darauf deutet schon das nicht seltene dafür gebrauchte *conficere*, welches ein mit einem gewissen Fleiß bewirktes Fertigen, Zustandebringen bezeichnet. Namentlich geht es aber hervor aus dem Gegensatz, welchen Cicero in der Rede *pro Roscio com.* zwischen den *adversaria* und dem *codex accepti et expensi* macht.[2] Danach werden die *adversaria* nachlässig, der *codex* sorgfältig angefertigt. Der Inhalt der ersteren ist konfus, unordentlich; bei der Anfertigung des *codex* ist das *ordinem conservare*, die Beobachtung einer gehörigen Ordnung Erfordernis, die Einträge darin sind *digesti*, gehörig eingeteilt und gegliedert. Die *adversaria* sind eben die Kladde, in welcher täglich ohne besondere Anordnung Einnahmen und Ausgaben verzeichnet werden, sie sind aber nur *menstrua*, für einen Monat bestimmt, nach dessen Ablauf der Sitte nach der Inhalt gehörig geordnet in den *codex accepti et expensi* übertragen wird, so daß dann die *adversaria* dieses Monats vernichtet werden können. Die wichtigste Frage ist nun, nach welchen Gesichtspunkten bestimmte sich der *ordo*, welcher bei den Eintragungen in den *codex* zu beobachten war. Aus dem bisherigen schon dürfen wir entnehmen, daß der *codex* nach gewissen Zeitabschnitten, nach Monaten und Jahrgängen abgeteilt war.[3] Die Regel des monatlichen Eintragens war aber keine ausnahmslose. Dafür kann vielleicht schon Petron. 53 angeführt werden: *quid? inquit Trimalchio, quando mihi Pompeiani horti empti sunt? Anno priore, inquit actuarius, et ideo in rationem nondum venerunt.* Sicher aber ist, daß eine rasche Eintragung ohne Schuld des Hausvaters unterbleiben konnte. Wenn ein Posten als ausgegeben oder eingenommen erst vielleicht geraume Zeit nach dem Datum der Ausgabe oder Einnahme verzeichnet werden konnte, so fügten die, *qui tabulas sedulo conficiunt* bei der spätern Eintragung den Vermerk bei: *Antea factum, post relatum.* Daß solche verspätete Eintragungen vorkamen, ergiebt sich daraus, daß man

[1] Plaut. Truc. I, 1, 52 ff. Rud. prol. 15, 21. [2] cap. 2 u. 3.
[3] Cic. in Verr. II, 76, 186. 77, 188.

sich bei jenem Vermerk der *litterae A. F. P. R.* bediente.[1] Sodann waren natürlich, wie schon der Name *codex accepti et expensi* ergiebt, die *accepta* und *expensa* voneinander geschieden. Wären das aber die einzigen Gesichtspunkte gewesen, nach welchen die Eintragungen in den *codex* gegliedert waren, so würde wohl kaum in so starker Weise der *ordo* des *codex* gegenüber der Ungeordnetheit der *adversaria* hervorgehoben sein: es würde der Mühe nicht verlohnt haben, überhaupt erst dasselbe in den *adversaria* zu verzeichnen und es allmonatlich in den *codex* zu übertragen; man hätte ohne viel Mühe die Eintragungen gleich im *codex* selbst machen können. Es dürften noch weitere Gliederungen der Eintragungen vorgekommen sein. Um diese, wo möglich, zu ermitteln, sind die von Gaius gebrauchten Ausdrücke: *transscriptio a re in personam vel a persona in personam fit* näher zu betrachten. Der Ausdruck *transscriptio* deutet auf ein Hinüberschreiben, ein schriftliches Übertragen, und zwar innerhalb der *codices*, nicht auf die Übertragung aus den *adversaria* in die *codices*. Keller[2] hat den Ausdruck daraus erklären wollen, daß „derselbe Kreditor, welcher die neu konstituierte Forderung ihrem Betrage nach in Ausgabe setzt, zugleich die alte, jetzt getilgte, auf der andern Seite in Einnahme bringen muß". Handelte es sich bloß um den Ausdruck *transscriptio*, so könnte man diese Erklärung genügen lassen, aber nicht erklärt ist damit die Unterscheidung des *a re in personam* und *a persona in personam transscribere*. Erklärt man das *transscribere* mit Keller ganz sinnlich, so ist es nicht genügend, jene Ausdrücke nicht sinnlich nur von der Novation unter denselben Personen oder mit Wechsel der Personen zu erklären, denn warum wird die durch Litteralkontrakt bewirkte Novation der bisherigen Obligation unter denselben Personen als *transscriptio a re in personam* bezeichnet? Meine Erklärung ist folgende. Der *codex accepti et expensi* war für eine Art doppelter Buchführung bestimmt. Der Kodex hatte eine Abteilung für *res* und eine Abteilung für *personae*. In der Abteilung für *personae* waren je unter dem Namen der Person, mit welcher der Buchführer in geschäftliche Beziehung gekommen war, in einer besondern Reihe die Einnahmen von derselben, die *accepta*, in einer andern Reihe die Ausgaben an dieselbe, die *expensa*, angeführt. In der Abteilung für *res* aber waren nach verschiedenen Kategorieen die verschiedenen bedeutenderen Vermögensstücke und sachlichen Geschäftszweige aufgeführt, welche natürlich nach dem Beruf und der Beschäftigung des Buchführers sich verschieden gestalten konnten, z. B. die einzelnen ländlichen und städtischen Grundstücke,[3] und dabei wieder geschieden bei jenen Vieh, Futter, *ratio frumentaria*,[4] die *vinaria*, die *olearia*, bei diesen vielleicht einzelne Wohnräume, welche besondere Einnahmen und Ausgaben veranlaßten. Weitere Abteilungen mochten bilden Kleidung, Hausgerät, Silbergeschirr u. a.,[5] weitere Unterabteilungen die verschiedenen auf die betreffenden Kategorieen sich beziehenden Geschäfte, wie Kauf, Miete u. dgl. Auch konnten solche Geschäfte selbständige Kategorieen bilden, wie etwa die *munera*, die Gelegenheitsgeschenke.[6] Alle diese Abteilungen und Unterabteilungen bildeten aber die Rubriken, unter denen der Hauptinhalt des Codex, *Acceptum* und *Expensum*, verzeichnet war.

[1] Cic. de Orat. 2, 69, § 280. Front. Ep. ad Anton. Imp. 1, 5. Huschke in d. Ztschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. XIV, S. 1 ff.

[2] Institutionen S. 105. [3] L. 91 §§ 3, 4 u. 6 D. de legat III (32).

[4] Cat. de agricult. II, 5. Veget. ars veter. III, pr. 3.

[5] L. 7 § 2 D. de supellectil. leg. 33, 10. L. 10 D. eod. tit.

[6] Cic. ad Att. 2, 4. Pro Cluent. 12. Vgl. Huschke in d. Ztschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. XIV, S. 12, A. 4.

Daß Rechtsgeschäfte in dem *codex* verzeichnet waren, kann nach Stellen, wie Cic. in Verr. IV, 6, 12. I, 23, 61, nicht bezweifelt werden; aber sie bilden nicht das eigentliche Ziel des Codex, sondern nur, wie die Personennamen in der andern Hauptabteilung, die Überschriften, unter denen die Einnahmen und Ausgaben gebucht wurden, welche sich auf das in der Überschrift angegebene Rechtsgeschäft bezogen. Dieselben *accepta* und *expensa* erscheinen also zweimal in dem *codex:* einmal unter den *personae,* sodann unter den *res.* So erhielt der Buchführer eine Übersicht nicht bloß über die Einnahmen und Ausgaben im Verhältnis zu den einzelnen Personen, sondern auch in Bezug auf die einzelnen Vermögensstücke und die verschiedenen Geschäftskategorieen, so daß mit Recht als das Resultat eines sorgfältigen *tabulas conficere* von Cic. pro Cluent. 30, 82 bezeichnet werden konnte: *ut nihil possit neque additum neque detractum de re familiari latere.* — Aus der dargelegten Bedeutung des *ordinem conservare* ergiebt sich auch der Begriff der *pecunia extraordinaria.* Die gewöhnliche Annahme[1] geht dahin, daß *pecuniae extraordinariae* nicht in den *ordo,* die Reihenfolge der *nomina* im Codex eingetragene, also überhaupt nicht in den *codex* eingeschriebene Geldforderungen seien. Man beruft sich dafür auf verschiedene Stellen Ciceros. Aber schon eine Stelle Ciceros zeigt, daß damit der ursprüngliche Sinn der *pecunia extraordinaria* nicht wiedergegeben ist. Nach Cic. Verr. I, 39, 102 glaubt Verres dem *extraordinariae pecuniae crimen* dadurch zu entgehen: *si quibus pecuniam credebas, eis expensum non ferres, neque in tuas tabulas ullum nomen referres.* Nach dieser Auffassung des Verres kann also *pecunia extraordinaria* nicht der nicht im *codex* verzeichnete Geldausgabeposten genannt sein, sondern die Art der Verzeichnung im *codex* muß der Grund der Bezeichnung gewesen sein. *Ordo* bedeutet die Anordnung des *codex* und die Verteilung des Stoffes nach bestimmten Gesichtspunkten: nach *personae* und *res,* innerhalb der *personae* nach den einzelnen Personen, innerhalb der *res* nach bestimmten sachlichen Kategorieen, *genera. Extra ordinem* ist also eine sich nicht an die durch die Abteilungen gegebene Regelung kehrende Eintragung:[2] also eine Eintragung von Einnahme- und Ausgabeposten, bei welcher vielleicht die Person, von welcher eingenommen oder an welche ausgegeben war, nicht erkennbar, oder die sachliche Kategorie, das Geschäft, auf welches die Ausgabe oder Einnahme sich bezog, nicht angegeben war. Solche Posten standen abgesondert von den in bestimmter Ordnung aufeinander folgenden Rubriken der übrigen Einnahme- und Ausgabeposten, also auch insofern außer der Reihe. An sich hatte das Vorkommen solcher *pecuniae extraordinariae* im *codex accepti et expensi* nichts Auffallendes und Tadelnswertes, denn wenn auch ein sorgfältiger Buchführer selbst kleine Summen unter der Kategorie, unter welche sie fielen, im Codex vermerkte, so gab es doch geringfügige Ausgaben im täglichen Leben, welche man nicht unter eine besondere im Codex befindliche sachliche Kategorie bringen konnte, und welche auch unter sich zu verschiedenartig waren, als daß man sie unter einen neuen gemeinsamen sachlichen Gesichtspunkt hätte bringen können. Für diese wurde die betreffende Summe *extra ordinem* angemerkt. Für den Beweis im Prozeß hatte allerdings

[1] Huschke in d. krit. Jahrbüch. f. deutsche Rechtswiss. 4. Jahrg. (1840), S. 488 f. Heimbach, Creditum S. 364. Rein, Privatr. u. Civilpr. der Römer S. 678, A. 2. Danz, Lehrb. II, S. 47. Voigt, a. a. O. S. 533, A. 14.

[2] Vgl. im allgemeinen über *ordo* und *extra ordinem* Hartmann-Ubbelohde, Über d. röm. Gerichtsverfassung §§ 39 ff.

solche Eintragung keinen Wert, da nicht angegeben war, worauf sie sich bezog, aber es war mit der *pecunia extraordinaria* noch keine Anrüchigkeit verbunden, wie sie bei Cicero[1] hervortritt. Man fing nämlich an, unter der Firma der *extraordinaria pecunia* Summen in den Codex einzutragen, deren wahren Ursprung man zu verheimlichen Ursache hatte, z. B. zum Zweck einer Bestechung eingenommene oder ausgegebene Gelder. Waren nun die Geldbeträge bedeutende, welche als *pecunia extraordinaria* eingetragen waren, so lag der Verdacht eines nicht ehrenhaften Zwecks der Einnahme oder Ausgabe nahe; denn wie hätte man nicht imstande sein sollen, für bedeutende Posten die Kategorie aufzufinden bezw. neu aufzustellen, unter welche der betreffende Posten fiel, also den *ordo* zu beobachten? Da also *pecuniae extraordinariae* von bedeutenderem Betrage den Verdacht erweckten und leicht auf die Spuren der unerlaubten Ausgabe oder Einnahme führen konnten, so unterließ man die Eintragung solcher Posten ganz, und so ist *pecunia extraordinaria* auch zu der Bedeutung eines zwar vereinnahmten oder verausgabten, aber in den *codex accepti et expensi* nicht eingetragenen Geldpostens gekommen. Die Eintragung eines ausgegebenen oder eingenommenen Geldpostens, durch dessen Geben bezw. Empfangen eine Forderung oder Schuld begründet war, hieß *nomen facere,* weil diese Eintragung in der Abteilung des *codex* für *personae* unter dem Namen der betreffenden Person geschah. Solches *nomen facere* begründete an sich keine Obligation, es konnte nur ein *testimonium* für die Ausgabe bezw. Einnahme dieses Geldpostens abgeben. Der Ausdruck *nomen* ging aber auf die Forderung bezw. Schuld selbst über, über deren Begründung sich ein Eintrag in den *tabulae* fand, ja dann auf jede in den *tabulae,* wenn auch nur in den Abschnittsüberschriften, angegebene Forderung und Schuld, so daß es schließlich für jede Forderung und Schuld gebraucht wurde. Wie aber bei der Bezeichnung der Schuldverhältnisse als *nomina* vorwiegend an die Person des Verpflichteten gedacht wurde, zeigen Wendungen, wie die in l. 5 § 9 D. de reb. eorum qui sub tutela 27, 9: *an pecuniam pupillus habeat vel in numerato vel in nominibus quae conveniri possunt,* wie andererseits bei der Bezeichnung der Forderungen und Schulden als *nomina* immer die Verzeichnung derselben im *codex* vorschwebt, zeigt Cic. Top. 3: — *Non, si uxori vir legavit omne argentum, quod suum esset, idcirco, quae in nominibus fuerunt, legata sunt. Multum enim differt, in arcane positum sit argentum an in tabulis debeatur.* Vgl. auch l. 40 § 8 D. de statu lib. 40, 7. Man ist dann aber dahin gelangt, schriftliche Einträge in den *codex accepti et expensi* nicht bloß über wirklich gemachte Ausgaben, gegebene Darlehne zu machen, sondern Geldposten mit Einwilligung eines andern als an diesen ausgegeben zu vermerken, von denen der Buchführer und dieser andere wußten, daß sie nicht wirklich an den letzteren ausgegeben waren, also solchen schriftlichen Vermerk in dem Buch als einen Scheinakt zur Begründung von Obligationen zu benutzen. Es ist eine analoge Anwendung des alten: *quod dictum est quasi actum, videatur etiam actum,* welches hier zum: *quod scriptum est quasi actum, videatur etiam actum* wird. Doch haben die Römer derartige Scheinakte nur soweit verwandt, als die praktischen Zwecke, welche verfolgt werden sollten, reichten. Die bisherige Darlegung aber zeigt, daß das *nomen facere,* welches zur Begründung einer *litterarum obligatio* geschah, sich historisch angelehnt hat an das ältere *nomen facere,* die Buchung von wirklichen Ausgaben und Einnahmen, daß die *nomina arcoria,* wie sie Gaius nennt, also älter sind, als die

[1] p. Rosc. Com. I, 4. In Verr. II, I, 39, 100. 102. II, 70, 170.

nomina transscripticia. Zugleich zeigt sie, und es wird aus der folgenden Erörterung noch mehr einleuchten, daß das *nomen facere* zur Begründung einer *litterarum obligatio* nur innerhalb der Hausbücher, welche zu der nach verschiedenartigen Gesichtspunkten geordneten Eintragung der wirklichen Ausgaben und Einnahmen bestimmt waren, entstanden sein kann, nicht in davon ganz abgesonderten Büchern. Zuerst aufgekommen sein kann die Fiktion eines *expensum* mit der Wirkung eines wirklichen *expensum* nur in den für die Eintragung wirklicher *expensa* bestimmten Büchern, und erst ein Überwuchern der fiktiven *expensa* könnte zur Anlegung besonderer Bücher für dieselben geführt haben. Nun dürfte aber überhaupt der Litteralkontrakt unter der Masse der römischen Bürger nie eine solche Verbreitung gewonnen haben, daß jeder *paterfamilias,* der sein ordnungsmäßiges Ausgaben- und Einnahmenbuch führte, sich für seine Litteralobligationen noch einen besondern Codex angelegt hätte. Um nun zu ermitteln, in welchem Umfange das fiktive *nomen facere* zur Begründung von Obligationen gebraucht wurde, müssen wir von Gaius' Darstellung (III, 128ff.) ausgehen. Nach ihm lag eine *transscriptio a re in personam* vor, wenn jemand das, was ihm ein anderer aus irgend einem Grunde, wie Kauf, Miete, Societät, schuldete, als an diesen ausgegeben eintrug; dagegen eine *transscriptio a persona in personam,* wenn jemand das, was ihm ein anderer schuldete, nach Überweisung eines Dritten von seiten des Schuldners als an diesen Dritten ausgegeben eintrug. Immer also geschah hiernach die Begründung des *nomen* durch ein *transscribere,* und zwar ein *transscribere in personam:* der betreffende Geldposten mußte in der Abteilung für *personae* unter dem Namen dessen, welcher Schulner werden sollte, als an diesen ausgegeben eingetragen werden. In dem *transscribere* liegt aber auch, daß derselbe Posten in einer andern Abteilung des *codex* abgeschrieben werden mußte: in dem Abschreiben in der einen Abteilung und dem Einschreiben in der andern lag eben die Übertragung, das *transscribere.* Die Abschreibung konnte nur in einem *acceptum ferre* bestehen, und hier zeigte sich der Unterschied des *transscribere a re in personam* und des *a persona in personam.* Sollte die *transscriptio* unter denselben Personen stattfinden, so wurde der Schuldposten in der Abteilung für *res* unter der betreffenden Rubrik als aus dieser Obligation, etwa Societät mit dem Titius, *acceptum* und in der Abteilung für Personen unter dem Namen des Titius als an diesen ausgegeben eingeschrieben. Sollte die *transscriptio a persona in personam* geschehen, so wurde in dem von Gaius angegebenen Fall der betreffende Geldposten unter dem Namen des bisherigen Schuldners als von diesem empfangen und unter dem Namen des neu eintretenden als an diesen ausgegeben eingetragen. Gaius erwähnt nur eine solche *transscriptio a persona in personam,* bei welcher an die Stelle des bisherigen Schuldners ein neuer Schuldner gesetzt wird, und es gab auch wohl nur eine solche, denn nur ein Wechsel des Schuldners konnte durch Umschreiben in den *tabulae* ein und derselben Person geschehen, in der Weise, daß dem bisherigen Schuldner acceptoferiert und dem neuen Schuldner expensoferiert wurde. Sollte mit Einwilligung des Schuldners ein neuer Gläubiger an Stelle des alten treten, so konnte Befreiung des Schuldners von dem bisherigen Gläubiger und seine Obligierung gegenüber dem neuen nicht durch Umschreiben, *transscribere,* in den *tabulae* nur des einen oder nur des andern Gläubigers geschehen; denken ließen sie sich durch Umschreiben nur in den *tabulae* des Schuldners, welcher derselbe bleibt, eine *litterarum obligatio* kann aber nur vermittelst *expensum ferre* in den *tabulae* des Gläubigers begründet

werden. Wenn aber der neu eintretende Gläubiger den Betrag der Schuld in seinem Buch dem Schuldner expensoferiert und dem bisherigen Gläubiger, an dessen Stelle er treten soll, diesen Betrag acceptoferiert, so wäre das keine *transscriptio a persona in personam:* der der *expensilatio* des neu eintretenden Gläubigers entsprechende Vorgang wäre vielmehr in dem Buch des alten Gläubigers zu suchen, welcher den Betrag seiner bisherigen Forderung dem Schuldner, welchen er dem neuen Gläubiger überwiesen, acceptoferiert. Das wäre eine doppelte *scriptio* verschiedener Personen, keine einheitliche, durch dieselbe Person bewirkte *transscriptio.* Wenn Gaius keine *transscriptio a persona in personam* mit Wechsel des Gläubigers erwähnt, so ist das nicht als etwas Zufälliges zu betrachten, es gab vielmehr keine solche. Die Stellen der alten Schriftsteller, welche man auf solche bezogen hat, lassen sehr wohl eine andere Auffassung zu. Es kommen da zunächst Stellen in Betracht, in welchen von einem *per tabulas honesti hominis pecuniam expensam ferre, per tabulas plurium nomina interpositis pariis facere* die Rede ist.[1] Will man diese Stellen auf wirkliche *nomina transscripticia* beziehen, so können sie sehr wohl von einem Wechsel der Schuldner verstanden werden, bei welchem Wechsel der erste, zweite, dritte vielleicht nur als Strohmänner, *interpositi pararii,* fungierten und es von vornherein auf den zuletzt eintretenden abgesehen war. Die *tabulae* dieser *pararii* kamen für die Übertragung insofern in Betracht, als das *acceptum referre* des betreffenden *pararius* immer ein Zeugnis dafür abgeben sollte, daß die Schuld auf ihn übergegangen war. An derartige, zum Schein eintretende Schuldner ist wohl jedenfalls zu denken in dem Fall, von welchem Cic. ad Att. IV, 8 schreibt: hier werden, um die Konsularbewerber nicht unmittelbar als Schuldner der im Amt befindlichen Konsuln erscheinen zu lassen, zunächst eine Reihe anderer Personen als Schuldner eingeschoben und schließlich die Schuld auf jene übertragen. Andere Stellen bezieht man wohl fälschlich auf wirkliche *nomina transscripticia.* Nicht jede schwindelhafte Buchoperation geschah durch wirkliche *nomina transscripticia,* auch erdichtete *nomina arcaria* kamen vor. An solche ist zu denken bei der Äußerung des Livius XXXV, 7: — *via fraudis inita erat, ut in socios, qui non tenerentur iis legibus (sc. foenebribus), nomina transscriberent. Ita libero foenore obruebant debitores.* Hier wirkliche *nomina transscripticia* anzunehmen, ist schon dadurch ausgeschlossen, daß nach Gaius III, 133 auch die Sabinianer annahmen, *si a persona in personam fiat nomen transscripticium, non obligari (peregrinos).* Wäre ein *nomen transscripticium* mit Wechsel der Gläubiger möglich gewesen, so würden die Peregrinen auch davon ausgeschlossen sein. Bei dem *nomina transscribere* des Livius ist nur an *arcaria nomina* gedacht, auf welche ja dieselben Ausdrücke *(nomina facere, scribere, referre* u. dgl.) angewandt wurden. Die Manipulation scheint folgende gewesen zu sein: in dem Buch des römischen Bürgers wurde der betreffende Geldposten, welcher in Wahrheit einem andern römischen Bürger unter wucherischen Zinsen ausgeliehen war, nicht als an diesen, sondern als an einen bestimmten *socius* mit den hohen Zinsbedingungen ausgeliehen eingetragen, und in dem Buch des *socius* wurde derselbe Geldbetrag als an den römischen Bürger, welchem in Wahrheit direkt von jenem ersten römischen Bürger geliehen war, als unter denselben hohen Zinsbedingungen ausgeliehen eingetragen. Der *socius* fungierte als Zwischenperson, um die *foenebres leges,* welche im Verkehr mit *socii* nicht galten,

[1] Cic. pro Q. Roscio com. 1, 1. Seneca, de benefic. 2, 23. 3, 15.

zu umgehen. Eine gleiche schwindelhafte Buchoperation ist die, welche nach Cic. in Verr. II, 70, 170 L. Carpinatius im Interesse des Verres vornahm. Den Leuten, welche, um irgend etwas von Verres zu erlangen, diesen mit einer bestimmten Summe bestechen wollten, wurde, um das Geschäft für Verres noch gewinnbringender zu machen, die betreffende Summe als ihnen von Carpinatius geliehen in dessen Buche mit ausbedungenen Zinsen eingetragen, und dieselbe Summe wurde als dem Carpinatius von Verres oder einer seiner Kreaturen geliehen mit gleicher Zinsberedung eingetragen. Auch hier handelt es sich um erdichtete *nomina arcaria,* nicht um *nomina transscripticia.* Etwas anders ist das betrügerische Verfahren zu verstehen, dessen sich Verres nach Cic. in Verr. I, 36, 92 gegen seinen Pupillen Malleolus schuldig machte. Um einen bestimmten Forderungsbetrag des Malleolus gegen ihn, den Verres, als getilgt erscheinen zu lassen, trug er diesen Betrag als dem Chrysogonus, einem Sklaven des Malleolus, geliehen ein und rechnete denselben, als durch den Chrysogonus für Malleolus erworben, auf des Letzteren Forderung gegen sich (den Verres) auf.[1]

Nach der Art, wie Gaius die *transscriptio a re in personam* und die *a persona in personam* charakterisiert, liegt es nahe, anzunehmen, daß durch dieselbe eine *novatio* des Inhalts der frühern Obligation bewirkt wurde, und dafür ist auch die herrschende Ansicht. Aber auffällig ist andererseits, daß Gaius bei der Darstellung der Novation die Möglichkeit der Bewirkung derselben durch *expensilatio* im *codex accepti* und *expensi* mit keinem Worte berührt. Salpius[2] und P. Guide[3] haben sich meines Erachtens mit Recht gegen eine novatorische Funktion des *nomen transscripticium* ausgesprochen. Die *transscriptio* ist eine Art Zahlung: die *expensilatio* begründet eine abstrakte Schuld auf die bezeichnete Geldsumme, die der Begründung derselben unterliegende *causa* ist die Tilgung der alten Schuld. Schon daß die *expensilatio* ganz abstrakt eine Geldsumme angab. dieselbe aber offenbar nicht als die aus der frühern Obligation geschuldete bezeichnet, schließt meines Erachtens die Möglichkeit aus, ihr Novationswirkung zuzuschreiben. Es sind aber manche der Ansicht, daß die *litterarum obligatio* nicht bloß zur Aufhebung bestehender Obligationen habe verwendet werden können, sondern wegen ihrer formell obligatorischen Natur, wie die *verborum obligatio,* jeder materiellrechtlichen Funktion, also auch dem *donare* und *credere* habe dienen können. Allein von der Mannigfaltigkeit der Funktionen der Stipulation darf man keinen Schluß ziehen auf eine ähnliche Weite der Verwendbarkeit der *litterarum obligatio.* Die *litterarum obligatio* haftet unlöslich an dem *codex accepti et expensi,* innerhalb dessen sie aufgekommen ist. Darin liegt zunächst eine Beschränkung ihres Inhalts: sie kann immer nur, wie auch die Buchung über eine wirkliche Ausgabe, auf eine bestimmte Geldsumme lauten. Durch die Form einer fiktiven *expensilatio* in dem für die Verzeichnung der Ausgaben und Einnahmen bestimmten Buch ist aber auch eine Beschränkung der Zwecke, für welche die *litterarum obligatio* verwendet werden kann, gegeben. Fiktiv kann das *expensum ferre* nur in der Beziehung sein, daß keine wirkliche Geldausgabe an den, welcher Schuldner werden soll, erfolgt zu sein braucht;

[1] Äußerlich schon verriet sich das Verfahren als betrügerisches dadurch, daß die *expensilatio* an Chrysogonus in dem Buch des Verres *in extrema cera* das *nomen infimum* bildete, also sich als nachträglich erdichtet äußerlich aufwies, zumal da dieses *nomen in litura* stand, d. h. an der Stelle von etwas Anderem, welches ausgestrichen war, um für dieses erdichtete *nomen* noch Platz zu machen.

[2] A. a. O. S. 99. [3] Etudes sur la novation S. 185 ff.

fiktiv aber nicht so weit, daß der, welcher Gläubiger werden soll, nichts von seinem aus dem Buch hervorgehenden Vermögen aufzugeben brauchte: er muß eine Forderung für die Begründung der neuen Forderung aufgeben, es muß also nur das Zahlen dieser Forderung an ihn und das Rückzahlen an denselben oder einen neuen Schuldner erspart sein. Könnte die Begründung einer Schuld durch *expensilatio* im Buch des Gläubigers z. B. auch *donationis causa* geschehen, so würde sie eine völlig fiktive, d. h. ohne jede reale Unterlage im Buch sein. Auch ist kein einziges Beispiel einer Verwendung der *litterarum obligatio* zu anderem als dem Solutionszweck nachgewiesen.[1]

Die *litterarum obligatio* wird durch einen Kontrakt begründet, welcher aber seinen formalen Ausdruck nur in der vom Gläubiger in seinem *codex accepti et expensi* eingetragenen *expensilatio* zu finden braucht, zu welcher natürlich der, welcher durch diese *expensilatio* Schuldner werden soll, erweislich zugestimmt haben muß. Der Beweis dafür liegt darin, daß Gaius die *litterarum obligatio* durch das *expensum ferre* begründet werden läßt, auch III, 137 u. 138: — *et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur. sed absenti expensum ferri potest, etsi verborum obligatio cum absente contrahi non potest.* Er liegt ferner darin, daß in Ciceros Or. pro Q. Roscio Com. unter den drei Gründen der *actio de pecunia certa credita* der eine als *expensilatio* bezeichnet wird, c. 4: — *Iam duae partes causae sunt confectae: adnumerasse se negat: expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat* etc. c. 5: *Haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit.* — — *Expensam latam non esse codices Fannii confirmant.* Daß der der *expensilatio* entsprechende Akt im Buch des Schuldners nicht als Bestandteil des die *litterarum obligatio* begründenden Formalakts angesehen wurde, ist begreiflich: den schriftlichen Akt in zwei verschiedenen *codices* angehörige Stücke, zwischen welchen eine zeitliche Kontinuität nicht stattfinden konnte, zu zerreißen, entsprach römischer Anschauung nicht. Daß man dann aber das für die Begründung der *litterarum obligatio* maßgebende Stück des Kontraktsschlusses nicht in dem Eintrag in das Buch des Schuldners, sondern in dem in das Buch des Gläubigers, der *expensilatio,* sah, das entspricht ja ganz

---

[1] Eine Begründung einer *litterarum obligatio* zum Zweck einer *mortis causa donatio* haben Savigny (Vermischte Schriften I, S. 254 f.) u. a. in einer Erzählung bei Valer. Max. VIII, 2, § 2 finden wollen: *C. Visellius Varro, gravi morbo correptus, trecenta millia nummum ab Otacilia Laterensi, cum qua commercium libidinis habuerat, expensa ferri sibi passus est, eo consilio, ut, si decessisset, ab heredibus eam summam peteret, quam legati genus esse voluit, libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando.* Die wahre Absicht war hier allerdings auf eine *promissio mortis causa* gerichtet, diese wurde aber verschleiert, wie die Worte *„libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando“* klar zeigen. Die Buchoperation war nur eine simulierte: es war, wie Salpius, Novation und Delegation S. 90, mit Recht annimmt, ein simuliertes *nomen arcarium* und wurde, als die beabsichtigte *mortis causa donatio* durch Genesung des Visellius Varro hinfällig geworden war, von der Otacilia benutzt, um auf Rückzahlung des angeblichen Darlehns zu klagen. — Ferner bezieht sich Savigny, a. a. O. S. 224, auf den von Cic. ad Att. IV, 18 erwähnten Bestechungsvertrag, welche *pactio* gleich anfangs *„non verbis, sed nominibus et perscriptionibus multorum tabulis“* gemacht sein solle, wobei sich offenbar nicht an die bloße Verwandlung eines schon bestehenden gültigen Rechtsverhältnisses denken lasse. Hier handelt es sich aber nicht um eine einzige, sondern um eine ganze Anzahl durch *transscriptiones a persona in personam* geschehene Übertragungen, wodurch der Inhalt der Obligation als schließlich auf die Personen, unter denen sie in Wahrheit von vornherein beabsichtigt war, erst übertragen dargestellt werden sollte. Die simulierten *causae* für die verschiedenen Übertragungen, ebenso wie die Personen der *pararii*, werden uns natürlich in Ciceros kurzer Erzählung nicht angegeben.

den ähnlichen Erscheinungen bei anderen zweiseitigen Akten, wie *stipulatio, mancipatio, in iure cessio,* verbaler *acceptilatio,* bei welchen das Hauptgewicht auf der Rede des *stipulator,* des *mancipio accipiens,* dessen, welchem *in iure ceditur,* dessen, der durch *acceptilatio* befreit werden soll, liegt, und der andere Beteiligte entweder ganz schweigt oder kurz das vom ersten gebrauchte Stichwort wiederholt. Der der *expensilatio* im Buch des Gläubigers entsprechende Vermerk im Buch des Schuldners kann nur für den Beweis der Zustimmung des Schuldners Bedeutung gehabt haben; man konnte ganz von ihm absehen, wenn der Beweis dieser Zustimmung auch auf andere Weise geführt werden konnte. Fragen wir nun, in welcher Form diese Vermerke gemacht seien. Es ist nicht wahrscheinlich, daß der Vermerk über ein fiktives *expensum* ganz in derselben Form geschehen sei, wie der über ein reelles *expensum.* Wie der Unterschied gewesen, dafür gewährt Anhaltspunkte Cic. in Verr. I, 39, 100: *Quod minus Dolabella Verri acceptum retulit, quam Verres illi expensum tulerit, H-S quingenta triginta quinque millia: et quod plus fecit Dolabella Verrem accepisse, quam iste in suis tabulis habuit, H-S ducenta triginta duo millia: et quod plus frumenti fecit accepisse istum, H-S decies et octingenta millia etc.* Salpius[1] sagt mit Recht, daß sich hier offenbar der erste Satz auf Kredit-, die folgenden auf Kassageschäfte zwischen Verres und Dolabella bezögen. Daraus kann man nun entnehmen, daß reelle Ausgaben und Einnahmen im *codex accepti et expensi* mit *expendi* und *accepi* oder mit *expensum* und *acceptum,* fiktive Ausgaben und Einnahmen aber mit *expensum fero* und mit *acceptum fero* bezw. *refero* vermerkt wurden. Dafür beziehe ich mich auch auf die ganz entsprechende Verschiedenheit, welche sich zwischen der Bezeichnung der verbalen Acceptilation und der des reellen Empfanges zeigt. Fast in allen Hauptexemplaren der pompejanischen Quittungstafeln, welche eine mündliche Erklärung des Gläubigers bekunden, enthält die betreffende Erklärung die Worte *habere se dixit,* es sind Acceptilationsurkunden, während die schriftlichen Empfangsbekenntnisse des äußern Exemplars durchgängig auf *scripsi me (illum) accepisse,* nicht auf *habere* lauten, Zeugnisse über den geschehenen reellen Empfang sind. Der dem *expensum fero* im Buch des Gläubigers entsprechende Vermerk im Buch des Schuldners kann nur auf *acceptum fero* oder *refero* (ob auf *fero* oder *refero,* bleibe zunächst dahingestellt) lauten. Es ist neuerlich behauptet worden,[2] der dem *expensum ferre* des Gläubigers entsprechende Eintrag im Buch des Schuldners sei ein *expensum referre* gewesen. Das ist weder bezeugt noch möglich: jeder vermerkt in seinem Buche nur das, was er selbst vorgenommen bezw. zu dem Akt beigetragen hat. Das *expendere* bleibt immer Akt des Gläubigers, dem *expendere* des Gläubigers entspricht das *accipere* des Schuldners, also dem *expensum ferre* das *acceptum ferre* oder *referre* des Schuldners. Es bleibt die Frage, ob, bezw. wie sich *acceptum ferre* und *acceptum referre* voneinander unterschieden. Wenn *referre in codicem* nicht im Gegensatz zu *ferre* gebraucht wird, so bedeutet es einfach die Aufnahme, das Eintragen in den *codex accepti et expensi.* Eine feste technische Bedeutung aber des *referre* in Bezug auf ein gegensätzliches *ferre* ist schwer zu erkennen, da dieser gegensätzliche Gebrauch sich nur bei nichtjuristischen Schriftstellern findet, welche die Ausdrücke auch ungenau gebraucht haben können und jedenfalls in verschiedenem Sinne gebrauchten. *Acceptum referre* kommt vor für den der *expen-*

[1] A. a. O. S. 85.
[2] M. Voigt, a. a. O. S. 352 ff.

silatio des Gläubigers entsprechenden Vermerk im Buch des Schuldners,[1] es kommt aber auch vor für den die Tilgung der *litterarum obligatio* bezeugenden bezw. bewirkenden Vermerk im Buch des Gläubigers.[2] Meines Erachtens ist für den der *expensilatio* entsprechenden Vermerk im Buch des Schuldners *acceptum ferre* der juristisch richtige Ausdruck und wird dafür *acceptum referre* nur ungenau gebraucht. *Acceptum refero* kann technisch genau der Buchführer nur sagen in Bezug auf einen frühern Eintrag in seinem eigenen Buch, er kann wohl in seinem Buch einen dem Eintrag in einem fremden Buch parallel gehenden Akt verzeichnen (ein solcher ist das *acceptum ferre,* parallel gehend dem *expensum ferre);* er kann aber nur Bezug nehmen, wie das in dem *referre* geschieht, auf einen Eintrag in seinem eigenen Buch. Für die Bedeutung des *acceptum referre* ist folgendes in Berücksichtigung zu ziehen. Savigny[3] und Salpius[4] haben behauptet, es habe neben der *expensilatio* keinen korrespondierenden Tilgungsakt gegeben, wie neben dem alten Nexum die *solutio per aes et libram,* neben der Stipulation die Acceptilation. Indessen eine so auffallende Abweichung von dem Grundsatz: *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet,* ist kaum denkbar, es muß einen litteralen *contrarius actus* gegeben haben, welcher die durch *expensilatio* begründete *litterarum obligatio* formell aufhob. Auch kann der formale Bestandteil dieses *contrarius actus* nur in dem *codex* enthalten gewesen sein, welchem der Begründungsakt, die *expensilatio,* angehörte, er muß bestanden haben in einem sich auf die *expensilatio* zurückbeziehenden litteralen Bekenntnis wenn auch nur fiktiven Empfanges des Geschuldeten. Diesen Akt finde ich in dem *acceptum refero* des Gläubigers. Neben dieser Formalquittung konnte natürlich ein Bezeugen des reellen Empfangs der geschuldeten Summe hergehen. Parallel dem *acceptum refero* des Gläubigers wird der Schuldner in seinem Buch ein auf sein früheres *acceptum fero* sich beziehendes *expensum refero* eingetragen haben, aber beide Vermerke waren nicht selbst Obligationen begründende und aufhebende Formalakte, sondern dienten nur zur Vervollständigung des Beweises jener Akte im Buche des Gläubigers.

Da die Begründung der *litterarum obligatio* durch geschriebene Worte geschah, so hatte sie vor der *verborum obligatio* voraus, daß sie auch unter Abwesenden abgeschlossen werden konnte. Die *expensilatio* (und ebenso das litterale *acceptum referre*) gehört aber zu den Akten, welche nicht unter einer Bedingung geschehen können.[5] Die eigentümliche Form der Eintragung einer fiktiven Geldausgabe schließt die Bedingung aus. Die Ausgabe von Geld kann nicht bedingt sein, auch die fiktive nicht, denn diese soll doch der Schein der realen sein, die Hinzufügung einer Bedingung würde in die Form eine Absurdität hineinbringen. Keineswegs aber ist dasselbe bezüglich des *dies* bei der *expensilatio* der Fall,[6] denn dieser hat den Sinn, daß das fiktiv ausgegebene Geld nach Eintritt des Termins zurückgefordert werden darf. Und in der That geht die Zulässigkeit der Hinzufügung eines *dies* beim *nomen facere* aus Cic. ad famil.

---

[1] Vgl. Cic. pro Q. Roscio Com. I, 2: *Nam quemadmodum turpe est scribere, quod non debeatur: sic improbum est, non referre, quod debeas. Acque enim tabulae condemnantur eius, qui verum non retulit, quam eius, qui falsum perscripsit.*

[2] Cic. pro Caecina 6, 17: — *se autem habere argentarii tabulas, in quibus sibi expensa pecunia lata sit acceptaque relata.* Vgl. andere Stellen bei Voigt, a. a. O. S. 554, A. 4.

[3] Vermischte Schriften I, S. 223 f. [4] A. a. O. S. 89. [5] Fr. Vat. § 329.

[6] Salpius, a. a. O. S. 87. Anderer Ansicht Enneccerus, Über Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung S. 39.

7, 23 hervor: — *accepi Avianii litteras: in quibus hoc inerat liberalissimum, nomina se facturum, cum venisset, qua ego vellem die.* Aus dem Folgenden: *estne aut tui pudoris aut nostri, primum rogare de die, deinde plus annua postulare?* geht auf das klarste hervor, daß es sich hier wirklich um die Festsetzung des Zeitpunktes der Zahlung handelte.

Nur wer ein selbständiges Vermögen haben konnte, führte ein Hausbuch, nur er konnte als aus seinem Vermögen Ausgegebenes und von ihm Eingenommenes, Erworbenes verzeichnen. *Tabulas,* sagt Cic. pro M. Coelio 7, 17, *qui in patris potestate est, nullas conficit.* Dadurch wird nicht ausgeschlossen, daß ein Haussohn durch *expensilatio* im *codex* eines andern habe obligiert werden können. War einem Haussohn oder einem Sklaven ein *peculium* eingeräumt, so wird dieser natürlich in von den *tabulae* des Vaters oder Herrn gesonderten *rationes* die Ausgaben und die Einnahmen für das *peculium* verzeichnet haben. Einen *codex accepti et expensi* im römischen Sinne konnte auch nur ein römischer Bürger führen, und so war es denn fraglich, ob nicht die *transscripticia nomina* ein nur auf den Verkehr der römischen Bürger unter sich beschränktes Institut, also streng *iuris civilis* seien. Nerva,[1] ein Hauptvertreter der prokulianischen Schule, bejahte dies, und er wird damit nur das ausgesprochen haben, was in älterer republikanischer Zeit allgemein angenommen wurde: an eine Entlehnung des Instituts aus dem Verkehr mit Peregrinen ist danach nicht zu denken; fraglich war nur, ob es auf denselben auszudehnen sei. Die Häupter der andern Schule, Sabinus und Cassius, bejahten das für die *transscriptio a re in personam,* verneinten es aber, darin mit Nerva übereinstimmend, für die *transscriptio a persona in personam.* Welcher Grund sie zu dieser Unterscheidung bewog, ist nicht aufgeklärt. Vielleicht haben Sabinus und Cassius die *transscriptio a re in personam* des praktischen Bedürfnisses halber auch im Verkehr der Römer mit Peregrinen zugelassen, damit die römischen Hausbücher auch zur Abwickelung von Schulden der Peregrinen gegenüber römischen Bürgern dienen könnten.

Die *expensilatio* begründete, wie Stipulation und Darlehn, eine streng einseitige Forderung (Gai. III, 137: — *cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur),* und zwar, da die *expensilatio* nur auf Geld gehen konnte, eine Forderung auf *dare* eines absoluten *certum.* Es ist daher die *expensilatio* einer der drei von Cicero in der Rede pro Rosc. Com. angeführten Gründe, aus welchen die *actio de certa credita pecunia* zustand, eine Klage, welche, wie früher gezeigt wurde, nicht aus der *legis actio per condictionem,* sondern aus der ältern *per iudicis postulationem* historisch erwachsen ist. Diese Art des Klagschutzes ist für die Frage nach dem Alter des *litterarum obligatio* nicht außer acht zu lassen. Ich stimme denen bei, welche sie für jünger[2] als die *verborum obligatio* und die Darlehnsobligation halten, wodurch nicht ausgeschlossen ist, daß sie schon vor Aufkommen der *legis actio per condictionem* entstanden sein könnte; es ist aber nicht unmöglich, daß man auch nach Aufkommen der letztern *legis actio* noch eine Forderung aus einem Kontrakt auf *dare* eines absoluten *certum* mit dem Schutz durch *legis actio per iudicis postulationem* neu ausgestattet habe.

[1] Gai. III, § 133.
[2] Vgl. Bekker, Aktionen I, S. 112, A. 1.

c. Das *receptum* der Argentarier.

§ 67. Justinian erwähnt in l. 2 C. de constituta pecunia 4, 18 und im § 8 I. de act. 4, 6 in Verbindung mit der *actio de constituta pecunia* eine *receptitia actio,* welche er als bereits ungebräuchlich bezeichnet und nun noch ausdrücklich abschafft, indem er zugleich verschiedenes, worin sie umfangreicher, als die *actio de pecunia constituta* war, auf diese überträgt. Worin sie umfangreicher war, ist zu schließen aus demjenigen, was er dann neues für die *actio de pecunia constituta* bestimmt, obwohl dieser Schluß nicht in jeder Beziehung ein absolut sicherer ist, da Justinian bei seiner Erweiterung des Anwendungsgebiets der letztern Klage vielleicht nicht bloß die *recepticia actio,* sondern auch die Stipulationen und die daraus entspringenden Klagen vor Augen hatte *(vel alias quascunque res, quas in stipulationem possunt homines deducere — — — et nun absimilem penitus stipulationi habeat dignitatem — — sed et heredibus et contra heredes competat, ut neque recepticiae actionis neque alio indigeat res publica in huiusmodi casibus adminiculo* u. s. w.). Es ist daher nicht zu verwundern, daß nirgends in den Digesten der *recepticia actio* Erwähnung geschieht, obwohl darauf bezügliche Erörterungen in den Schriften der Juristen nicht gefehlt haben werden, wie Justinian selbst andeutet *(omnia, quae de recepticia in diversis libris legislatorum posita sunt, aboleantur).* Von Theophilus ad § 8 I. de act. 4, 6 erfahren wir dann noch, daß die *actio recepticia* in Ansehung der Personen beschränkter war, als die *actio de pecunia constituta,* da nur die *argentarii* ihr unterworfen gewesen seien. Dies schimmert denn auch durch in den Worten des § 8 I. cit.: — *De pecunia autem constituta cum omnibus agitur, quicunque vel pro se vel pro alio soluturos se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita.* Lenel[1] hat erkannt, daß im hadrianischen Edikt (wahrscheinlich unter einer allgemeinen Rubrik *de receptis)* die *actio recepticia* gegen den *argentarius* neben den Edikten über das *receptum* des *arbiter* und das der *nautae caupones stabularii* proponiert war. Es finden sich nämlich in den Digesten unter dem Titel *de pecunia constituta* einige Fragmente, welche aus dem 13. Buch des Paulinischen, dem 14. des Ulpianischen, dem 5. des Gaianischen Ediktskommentars entlehnt sind, in welchen Büchern jene Juristen die *recepta* behandelt haben, während das Edikt *de pecunia constituta* von Ulpian erst im 27., von Paulus im 29. Buch seines Kommentars erörtert wird. Das zeigt, daß jene Fragmente aus dem Zusammenhang des Abschnitts der Kommentare über die *recepticia actio* gegen die Argentarier, welche ja mit der *actio de constituta pecunia* Ähnlichkeit hatte, entnommen sind. Nicht aber wird dadurch ebenso sicher bewiesen, wie Lenel meint, daß der Inhalt jener Fragmente sich lediglich auf das *receptum* der Argentarier bezogen habe. Lenel sagt mit Recht, daß in unseren Quellen des *constitutum debiti alieni* wenig Erwähnung geschehe, und glaubt es als zweifellos hinstellen zu können, daß l. 27, l. 28 und l. 12 D. de pec. const. 13, 5, welche nach ihrer jetzigen Fassung vom *constitutum debiti alieni* redeten, ursprünglich nur vom *receptum* gehandelt hätten. Dem gegenüber bleibt zu erwägen, daß die Ähnlichkeit zwischen *receptum* und *constitutum debiti alieni* nicht erst von Justinian, sondern schon von den früheren Juristen bemerkt sein wird. Da auch *argentarii* ein gewöhnliches *constitutum debiti alieni* eingehen konnten, so lag es für die Juristen

[1] Ztschr. d. Savignystiftung f. Rechtsgesch. II, S. 62 ff.

nahe, bei der Erörterung des *receptum* der Argentarier und der daraus entspringenden *recepticia actio* die Unterschiede zwischen diesen und dem *constitutum debiti alieni* anzugeben, also das letztere schon in diesem Zusammenhange zu erörtern. Daraus also, daß vom *constitutum debiti alieni* redende Stellen aus den Büchern der Ediktskommentare entlehnt sind, in welchen vom *receptum* der Argentarier gehandelt wurde, folgt nicht auch nur mit einiger Sicherheit die ursprüngliche ausschließliche Beziehung dieser Stellen auf das *receptum*. Insbesondere die l. 12 cit. giebt gerade nur, wenn man sie auf das *constitutum* bezieht, einen guten Sinn. Wenn 10 geschuldet würden, meint Paulus, und das Konstitut laute auf 10 und den Stichus, so könne gesagt werden, daß der Konstituent für 10 hafte. Paulus hat hier allerdings ein Bedenken, aber nicht das ihm von Lenel untergelegte, nämlich, daß er zweifle, ob die Haftung des Konstituenten auf 10 beschränkt werden könne, sondern die andere ihm vorschwebende Möglichkeit war die, daß ein solches Konstitut ganz nichtig sei, der Konstituent also auch nicht für 10 hafte. Für diese Möglichkeit ließ sich anführen, daß das Konstitut ein Erfüllungsversprechen sei, also nur auf das Geschuldete gehen könne, andernfalls nicht mehr Erfüllungsversprechen, also nichtig sei. Nimmt doch Lenel selbst an, daß Gaius bei Erörterung des *receptum* im 5. Buch seines Kommentars zum Provinzialedikt die Analogie der *fideiussio*, und Ulpian im 14. Buch des seinigen die des Kreditauftrags herangezogen haben. Warum sollen sie nicht ebensowohl beim *receptum* von dem *constitutum debiti alieni* gesprochen haben? —

Meines Erachtens folgt aus l. 2 pr. C. de const. pec. 4, 18, daß das *receptum* ein solenner Verbalakt war. Freilich ist der Sinn der Worte: *Recepticia actione cessante, quae sollemnibus verbis composita inusitato recessit vestigio* u. s. w. sehr bestritten. Bruns[1] äußert sich dahin, die Worte „*solemnibus verbis composita*" bezögen sich zwar der Fassung der Stelle nach eigentlich auf die *actio recepticia*, allein sie hätten für die Klage als solche gar keinen Sinn, und es könne damit nur die Obligation oder der Vertrag, woraus die Klage entspringe, gemeint sein. Lenel bestreitet dies: wahrscheinlich seien eben die *sollemnia verba* die Ursache gewesen, um deren willen die *actio recepticia* abgekommen sei; die Griechen hätten kein besonderes Wort für das römische *recipere* gehabt, sondern gäben *recipere* mit *ἀντιφωνεῖν* wieder, welches in den byzantinischen Quellen der technische Ausdruck auch für das *constitutum* sei. Diese Behauptung Lenels, welche als richtig anzuerkennen ist, enthält die Widerlegung seiner andern Behauptung, daß die *sollemnia verba* der *actio recepticia* mit allen Formeln ohne Unterschied ihres Ursprungs gemeinschaftlich seien; denn mit den *solemnia verba* sind ja nicht die ganzen *concepta verba*, woraus die Formel bestand, sondern nur die *verba* gemeint, welche das eigentümliche Geschäft, aus welchem die Klage entsprang, nämlich das *recipere*, in der Formel hervorhoben. Ist dem aber so, so beweist Justinians Äußerung, wenn sie sich zunächst auch auf die *actio recepticia* bezieht, doch die Einkleidung des der Klage zu Grunde liegenden Geschäfts in *sollemnia verba*. Und eine Bestätigung findet diese Auffassung seiner Äußerung in den vereinzelt bei den Komödiendichtern, häufiger bei Cicero sich findenden Stellen, in denen das Wort *recipio* offenbar in der Bedeutung eines technischen, solennen für die Übernahme einer Verbindlichkeit neben anderen bekannten solennen Worten, wie *spondeo* und *promitto*,

[1] Ztschr. f. Rechtsgeschichte I, S. 85 f.

vorkommt.[1] Aus Stellen, wie Plaut. Mil. gl. 229—230, Cic. ad fam. XIII, 28, § 3, darf man vielleicht entnehmen, daß zu dem *recipio* noch ein *dico* hinzutrat *(dico in meque recipio)*. Wichtiger aber wäre es, ermitteln zu können, ob die *solemnia verba* des *receptum* als gesprochene oder als geschriebene zu denken seien, ob folglich der Akt *inter absentes* vorgenommen werden konnte oder *inter praesentes* vor sich gehen mußte. Mit Sicherheit kann diese Frage, darin ist Bruns[2] beizustimmen, nicht beantwortet werden: aber näher liegt bei den *solemnia verba* immer der Gedanke an mündliche Rede, und daß in der wohl ursprünglich vom *receptum* handelnden l. 27 D. de pec. const. 13, 5 mit einem auffallenden Nachdruck gesagt wird, es sei gleichgültig, ob jemand (vielleicht stand ursprünglich *argentarius) praesente debitore an absente* konstituiere, könnte darauf schließen lassen, es sei in dem ursprünglichen Zusammenhange, aus dem die Stelle entnommen, gesagt worden, der aber, welchem gegenüber das *receptum* übernommen werde, müsse bei dem Akt gegenwärtig sein. Wie dem auch sein mag, ein durch *solemnia verba* zustande kommender Akt wird dem Civilrecht, nicht dem prätorischen Recht, zugewiesen werden müssen. Dafür, daß die *actio recepticia* dem prätorischen Rechte angehöre, hat man auch die Nichterwähnung dieser Obligation bei Gaius geltend gemacht, als ob diese Nichterwähnung feststünde. Da, wo Gaius im Anschluß an die Stipulation von den einseitigen Verbalakten, der *dotis dictio* und der eidlichen Zusage von *operae* eines Freigelassenen, redete, findet sich III, § 95 eine ansehnliche Lücke, in welcher sehr wohl von dem *receptum argentarii*, gleichfalls einem einseitigen Verbalakt, gehandelt sein kann. Aus Justinians Äußerung in l. 2 C. cit. ersehen wir, daß das *receptum* nicht bloß Fungibilien, sondern alle möglichen Arten von Sachen zum Inhalte haben konnte, und auch in jener Lücke muß nach dem Wortreste *„corporal"* von verschiedenen Arten von Vermögensstücken die Rede gewesen sein. — Das *receptum* des *argentarius* war kein Erfüllungsversprechen, es kann nicht auf *solvi* oder *se soluturum esse* gegangen sein, sonst hätte die Durchsetzung der Klage aus demselben den Nachweis der Schuld verlangt, deren Erfüllung versprochen wäre. Justinian hebt aber ausdrücklich als einen Unterschied zwischen dem *constitutum debiti*, welches in Wahrheit ein Erfüllungsversprechen war, und dem *receptum* hervor: *ut hoc ei* (der *actio pecuniae constitutae) inhaereat, ut pro debito fiat constitutum (cum secundum antiquam recepticiam actionem exigebatur, et si non fuerat debitum)*. Man konnte *per actionem recepticiam res indebitas consequi*, aber das Beigetriebene konnte zurückgefordert werden. Das *receptum argentarii* war zwar Übernahme einer fremden Schuld, ohne aber den accessorischen, unselbständigen Charakter der gewöhnlichen Bürgschaftsobligation zu teilen, sofern die Durchsetzung der Klage den Nachweis der Obligation, welche der *argentarius* übernommen, nicht voraussetzte. Auf nutzlose Vermutungen darüber, welche Gestalt die Formel der *actio recepticia* gehabt, wollen wir uns nicht einlassen. Der ganzen Stellung der Argentarier entsprach es, daß die in ihrem Geschäftsbetriebe häufige Übernahme einer fremden Obligation einen abstraktern Charakter hatte, als selbst die die *causa* des Versprechens nicht angebende Stipulation, sofern gegenüber der *actio*

[1] Plaut. Mil. gl. 229—230. Terent., Heant. tim. 1055—1057. Cic. ad. Att. VI, 7, § 1; XII, 13, § 2; XII, 14, § 1; XIII, 1, § 2. ad fam. XIII, 28, § 3 u. 50, § 2. in Verr. II, 5, § 139. Phil. 2, § 79, 5, § 51. Vgl. Bekker in d. Ztschr. der Savignystift. f. Rechtsgesch. III, S. 2 ff.

[2] A. a. O. S. 86.

recepticia sogar die *exceptio*, daß ein *indebitum* versprochen sei, ausgeschlossen war. Näheres aber über die Funktionen, welche dem *receptum* in dem Geschäftsbetriebe der *argentarii* zukamen, wissen wir nicht. Dem Bankiergeschäft derselben kann es nicht wohl allein angehört haben, da es ja nicht bloß Schulden von Geld und fungiblen Sachen, sondern Schulden beliebiger anderer Sachen betreffen konnte.[1] Sehr wohl kann es daher auch eine Rolle in dem Auktionsgeschäft der *argentarii* gespielt haben; der *argentarius*, welcher die Auktion abhielt, kann, wenn die verauktionierten Gegenstände nicht sofort abgeliefert wurden, dem Käufer gegenüber die Schuld des Verkäufers neben demselben durch *receptum* übernommen haben; aber Spuren für eine derartige Verwendung des *receptum* scheinen allerdings zu fehlen.

3. Die *repetitiones* wegen grundloser oder mißbilligter Zuwendungen oder Zugänge aus einem Vermögen in das andere *(condictiones sine causa)*.

§ 68. In dem vermögensrechtlichen Verkehr der Römer mußte die Scheidung zwischen dem objektiven materiellen Zweck, welcher durch eine Vermögenszuwendung, z. B. eine Eigentumsübertragung, erreicht werden soll, und der Zuwendung selbst als dem Mittel zur Erreichung solchen Zwecks erst zum Bewußtsein gekommen sein, es mußte insbesondere erst Geschäftsformen geben, in welchen die Zuwendung, wenn auch nur die Begründung einer *obligatio*, ohne Rücksicht auf den unterliegenden Zweck, zustande gebracht werden konnte, ehe die Frage aufgeworfen werden konnte, ob ein Zugewendetes, weil es keinen genügenden objektiven materiellen Grund oder Zweck habe, zurückgefordert werden könne. Neuere Bildungen in dem Sinne, daß sie schon einen etwas entwickeltern Rechtsverkehr und vorgeschrittenere juristische Bildung voraussetzen, sind diese *repetitiones*.[2] Auch mußte das *aequum et bonum*, aus welchem die *condictiones sine causa* hergeleitet werden, schon zu einem Faktor für die Fortbildung des Rechts geworden sein, welcher machtvoll genug war, um Klagen hervorzubringen, welche auf Rückgängigmachung eines dem strengen Recht entsprechenden Erwerbs gerichtet waren. Darum können aber doch diese *condictiones* ziemlich alt sein, man darf sie nicht für zu neuen Datums halten. Es ist vielmehr Bekker[3] darin zuzustimmen, daß bei entwickelteren Verkehrsverhältnissen diese Klagen zum guten Teil nicht entbehrt werden können, und daß manche als verhältnismäßig alt wohl bezeugten Rechtsverhältnisse den besten Teil ihrer Bedeutung verlieren würden, wenn sie außer Zusammenhang mit

[1] Ihering, Geist III, 1[2], S. 214, will sich der Hypothesen darüber enthalten, ob die Obligation aus dem *receptum* auf Geldschulden beschränkt war oder sich auch auf andere Sachen erstreckte, aber der Hypothesen bedarf es hier gar nicht. Justinian erklärt ja in § 8 I. de act. 4, 6 u. l. 2 C. de const. pec. 4, 18, daß er nach dem Vorbild der *recepticia* „*pecuniae constitutae naturam ampliare*" wolle, daß „*si quid plenius habebat (sc. recepticia), hoc in pecuniam constitutam transfusum est*, und diese Erweiterung bestand namentlich darin, *ut liceat omnibus* (nicht bloß den *argentarii*) *constituere non solum res, quae pondere numero mensura sunt, sed etiam alias omnes sive mobiles sive immobiles* u. s. w. Und Theophilus zu diesem Paragraphen bezeichnet es ausdrücklich als einen Unterschied zwischen der *a. de pec. c.* und der *recepticia*, daß die letztere erhoben werden konnte, wenn der *argentarius* konstituierte, der Inhalt der Forderung möge sein, welcher er wolle, beweglich oder unbeweglich.

[2] Vgl. H. Witte, Die Bereicherungsklagen S. 48 f. O. Wendt, Reurecht u. Gebundenheit, Heft I, S. 7.

[3] Die Aktionen d. röm. Privatrechts I, S. 103 f.

diesen Kondiktionen gedacht werden müßten. Zu verwerfen ist die Ansicht, welche die Entstehung unserer Kondiktionen erst in das Ende der Republik oder den Anfang der Kaiserzeit, nämlich in die Zeit erst nach Aufstellung der *exceptio doli* durch Aquilius Gallus setzen will. Dieser Annahme gegenüber sind wir nicht auf innere Gründe angewiesen, sondern können uns auf sichere äußere Zeugnisse berufen. Aus l. 8 D. de cond. causa data 12, 4 ersehen wir, daß Servius Sulpicius in seiner Schrift *de dotibus* für den Fall, daß die mit einer noch nicht mannbaren Person eingegangene Ehe vor Erreichung des zur Ehe befähigenden Alters durch *divortium* geschieden wurde, die *condictio causa data causa non secuta* auf Rückgabe des *dotis nomine* Gegebenen gewährte. Servius Sulpicius behandelte solches als Ehe noch nicht geltendes Verhältnis wie ein Verlöbnis, sah also das *dotis nomine* Gegebene einstweilen als ein *ob rem datum* an, so daß bei Auflösung des Verhältnisses die *re non secuta* begründete *repetitio* Platz griff.[1]

Noch bedeutsamer ist die Angabe Ulpians in l. 6 D. de cond. ob turp. vel iniust. causam 12, 5 (Ulpianus libro XVIII ad Sabinum), daß Sabinus immer die Meinung der *veteres* gebilligt habe, *„id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici"*, denn dieser von den *veteres*, den republikanischen Juristen, aufgestellte Satz stellt schon ein vorgeschrittenes Entwickelungsstadium der *condictiones sine causa* dar. Danach wird man es denn auch als wahrscheinlich bezeichnen können, daß die von Pomponius in seinem Kommentar *ad Quintum Mucium* (l. 52 D. de cond. indeb. 12, 6) vorgetragene Einteilung: *Damus aut ob causam aut ob rem* von ihm bereits bei Quintus Mucius vorgefunden wurde. So hat es nichts Unglaubliches, daß unsere *repetitiones* gegen Ende des 5. oder am Anfange des 6. Jahrhunderts a. u. entstanden sind, in der Zeit, wo die *legis actio per condictionem* durch die *lex Silia* eingeführt wurde. An keiner Forderung, welche mit einer *condictio* geltend gemacht werden kann, haften die Ausdrücke *condictio, condicere* so fest, wie an den *repetitiones* wegen grundloser Vermögenszuwendungen und -zugänge. Es ist das ein geradezu sinnliches Zeichen für ihren engern Zusammenhang mit der *legis actio per condictionem*. Doch kann immer nur daran gedacht werden, daß das hervortretende Bedürfnis, Forderungen auf Rückgabe grundloser Vermögenszuwendungen, zunächst von Geldübertragungen, anzuerkennen und für deren Geltendmachung einen bis dahin fehlenden *modus agendi* zu schaffen, die Hauptveranlassung zur Aufstellung der *legis actio per condictionem* gewesen sei. Eine direkte Bezugnahme der *lex Silia* und der *lex Calpurnia* gerade auf diese *repetitiones* kann nicht behauptet werden. Es ist hier der Ort, auf die *legis actio per condictionem* bezw. auf die Kondiktionen des Formularprozesses, was ihre materielle Grundlage betrifft, einzugehen. Nach Gaius IV, 19 müssen wir annehmen, daß die *lex Silia* die *condictio* für *dari oportere* von *certa pecunia*, die *lex Calpurnia* dieselbe für *dari oportere* von *omnis certa res* schlechthin einführte, ohne irgend einen Grund dieses *dari oportere* besonders hervorzuheben. Wann ein *dari oportere* von *certa pecunia* oder von *certa res* anzunehmen sei, bestimmten die Gesetze nicht, die *condictio* war also von vornherein mit weitem Blick als ein sehr umfassender *modus agendi* gedacht. Schon Walter[2] hat dies gesehen: schon er hat behauptet, die Zulässigkeit der Kondiktionen sei nicht im Ent-

[1] Unrichtig wird die Stelle erklärt von O. Wendt, a. a. O. S. 10 f.
[2] Geschichte d. röm. Rechts II[2], S. 213.

stehungsgrunde der Klage zu suchen, und neuerlich hat mit besonderem Nachdruck Baron[1] schon für die *legis actio per condictionem* behauptet, sie sei eine abstrakte *legis actio* für Forderungen gewesen. Daran ist richtig, daß die diese *legis actio* einführenden *leges* selbst nicht bestimmt haben, wann ein *dari oportere* einer *certa pecunia* oder *certa res* anzunehmen sei, sondern daß sie die Abgrenzung des Gebiets des *dari oportere* dem Rechtsverkehr und der Jurisprudenz überlassen haben. Unter dieser Voraussetzung wird auch die Bemerkung des Gaius IV, 20: *Quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo quod nobis dari oportet, potuerimus aut sacramento aut per iudicis postulationem agere, valde quaeritur* verständlich: es war ihm und vielleicht auch anderen auffallend, daß, während schon für bestimmte Gründe des *dari oportere,* die *legis actio sacramento* und die *per iudicis postulationem* zulässig waren, daneben noch eine *legis actio* auf *dari oportere* von *certa pecunia* und *omnis certa res* ohne Beschränkung auf irgend einen besondern Grund eingeführt wurde, und er übersah nur, daß die Rogatoren der *lex Silia* und *Calpurnia,* wenn sie die Frage, wann ein *dari oportere* begründet sei, der Jurisprudenz und der Judikatur überlassen wollten, den neu einzuführenden *modus agendi* nicht auf bestimmte Gründe beschränken konnten. Was hier für die *legis actio per condictionem* angenommen ist, gilt auch für die *condictiones* des Formularprozesses, insbesondere die *condictio certi.* Schon bei der historischen Betrachtung des *mutuum* ist gezeigt, daß die *condictio certi* nicht identisch ist mit der *actio de pecunia certa credita,* welche, historisch zusammenhängend mit der *legis actio per iudicis postulationem,* aus Darlehn, Stipulation, Litteralkontrakt entsprang. Die Kondiktionen des Formularprozesses, insbesondere die *condictio certi,* waren auch nicht auf bestimmte Entstehungsgründe beschränkt, jedes von Jurisprudenz und Judikatur anerkannte *dari oportere* von *certa pecunia* konnte mit der *condictio certi* geltend gemacht werden. Da kommen wir denn gleich auf die bekannte l. 9 pr. § 1 D. de reb. cr. 12, 1, welche in allgemeiner Fassung von dem Anwendungsgebiet der *condictio certi* handelt: *Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur sive ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio: ceterum si in diem sit vel sub condicione obligatio, ante diem vel condicionem non potero agere* etc. Nach einer beliebten Auslegung der Worte Ulpians soll zwar die *certi condictio* aus jeder *causa,* jeder *obligatio,* jedem *contractus* erwachsen können, unter der Voraussetzung, daß, um speziell Bekkers[2] Formulierung anzuführen, in jedem einzelnen Fall, wenn nicht etwa *verba, litterae, testamentum, lex nova* in Betracht kämen, die Elemente einer kondiktionsschaffenden *res* herausgefunden werden könnten. Danach soll also Ulpian nichts Anderes haben sagen wollen, als daß eine *condictio furtiva, ob causam datorum* etc. mit einer Kontraktsklage, einer *actio pro socio, mandati, locati* etc. konkurrieren könnten. Hätten Ulpian derartige Konkurrenzverhältnisse vorgeschwebt, so hätte er von vornherein nicht bloß die *condictio certi,* sondern mindestens ebenso gut die *condictio incerti* nennen müssen. Auch müßte ihm der Vorwurf gemacht werden, daß er die Hervorhebung von wesentlichen Voraussetzungen seines Ausspruchs in unverzeihlicher Weise unterlassen habe. Daß es ihm aber darauf ankam, diese Voraussetzungen vollständig anzugeben, sieht man aus dem Zusatze: *dummodo praesens sit obligatio etc.*

[1] Abhandlungen aus d. röm. Civilpr. I. Die Kondiktionen S. 188 ff.
[2] Aktionen I, S. 140.

und dessen Erläuterung. Nach einer andern Auffassung, der Barons,[1] soll Ulpians Ausspruch den Satz enthalten, daß mit der *condictio certi* persönliche Ansprüche irgend welcher Art eingeklagt werden könnten, d. h. also nicht bloß solche, welche von vornherein auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet seien, sondern überhaupt alle Ansprüche, wofern nur der Kläger sich entschließe, eine Schätzung seines Anspruchs in Geld vorzunehmen und sie zum Gegenstande der Klage zu machen. Indessen *certum petere* kann man unmöglich Geltendmachung eines Anspruchs nennen, der nicht schon auf Geld geht, sondern sich erst durch Selbsteinschätzung des Klägers in Geld umsetzt: was berechtigt denn den Kläger, in der *intentio* etwas Anderes, auch wenn es Geld ist, an die Stelle des eigentlichen Anspruchsinhalts zu setzen? Und welchen sonderbaren Ausdruck jenes Gedankens schreibt man bei solcher Auslegung dem Ulpian zu! Er würde gesagt haben, die *condictio certi* stehe aus jeder Obligation dem Gläubiger zu, aus welcher es ihm beliebe, ein *certum* (nämlich durch Selbsteinschätzung) zu verlangen; er würde es also für überflüssig erachtet haben, es besonders zu sagen, daß erst durch die Selbsteinschätzung der Anspruchsinhalt in ein *certum* sich umsetze. Ulpians Meinung ist aber nur die, daß innerhalb jeder Obligation, auch aus einem *contractus incertus*, ein Anspruch auf ein *certum*, eine feste Geldsumme sich ergeben könne. Es ist möglich, daß aus einem Kaufkontrakt, einem Mietkontrakt, einer Societät, einem Mandat, einer *negotiorum gestio* u. s. w. nichts weiter rückständig ist, als eine von keiner Gegenleistung weiter abhängige Forderung auf eine bestimmte Geldsumme. Nicht also kann beliebig aus einer nicht von vornherein auf eine *certa pecunia* gehenden Obligation die *certi condictio* angestellt werden, auch nicht wenn sie einen Geldgehalt hat, wie die Forderungen des Verkäufers und Vermieters, denn diese sind doch immer synallagmatischen Inhalts: auf Geld für Ware oder Gebrauchsüberlassung gerichtet, also nicht auf ein *certum*. Aber wenn sich eine solche Obligation etwa durch vollständige Erfüllung von der einen Seite so weit entwickelt und erledigt hat, daß nichts weiter, als eine Forderung des einen gegen den andern auf einen Geldbetrag zurückbleibt, so kann dieselbe, als insoweit auf ein *certum* gehend, mit *condictio certi* geltend gemacht werden. Ob Keller[2] sich die Sache so gedacht habe, ist nicht deutlich zu erkennen, da er nur verlangt, daß die Forderung ihrem Inhalt nach auf Geld gerichtet und der Kläger bereit sei, die Gefahr des *certum* auf sich zu nehmen. Es ist danach nicht klar, ob Keller dem *iudex* bei der *condictio certi* auch die Macht eingeräumt wissen will, den Betrag der Gegenforderung in Abrechnung zu bringen, wie er sie ja bei den *bonae fidei iudicia* hat, so daß es nur darauf ankäme, daß Kläger im schließlichen Resultat nicht zu viel verlangt habe. Wäre das seine Meinung, so müßte ihr mit Entschiedenheit widersprochen werden: in solchem Falle würde in Wahrheit den Inhalt der Forderung ein *incertum* bilden, welches der *iudex* erst auf eine Geldsumme feststellte. Damit aber die *condictio certi* aus einem *bonae fidei negotium* oder einem Delikt begründet sei, mußte sich die Obligation so weit entwickelt haben, daß den Inhalt der Forderung nur noch ein Geldbetrag bildet, dessen Feststellung keine Schätzung mehr verlangt. Denkt man sich die Sache so, so braucht man auch nicht mit Keller anzunehmen, daß diese Anwendung der *condictio certi* sich

[1] A. a. O. S. 89 ff.
[2] Der röm. Civilpr. 2. Aufl., § 88, A. 107.

erst in der spätern klassischen Zeit festgestellt habe, zur jüngsten Rechtsbildung gehöre. Ciceros Ausspruch in der Or. pro Q. Roscio 4, 13: *Ceteri cum ad iudicem causam labefactari animadvertunt, ad arbitrum confugiunt,* ist auf die hier in Frage stehende Konkurrenz der *condictio certi* mit den Klagen aus *bonae fidei negotia* zu beziehen. Dem *iudex* mußte bei seinem weniger freien Ermessen die Begründetheit der Forderung auf den in der *intentio* der *condictio* bezeichneten Geldbetrag in augenscheinlicherer, greifbarerer Weise klar gemacht werden, als dem *arbiter*. Stand also die Durchsetzung der Forderung vor dem *iudex* mißlich, so konnte immer noch bessere Hoffnung auf Durchsetzung derselben vor einem *arbiter* vorliegen. — Die somit nach l. 9 pr. §§ 1 sq. D. de reb. cr. 12, 1 anzunehmende Konkurrenz der *condictio certi* mit den aus den einzelnen Obligationsgründen entspringenden Klagen, als der *actio de pecunia certa credita*, den *bonae fidei actiones,* der *actio legis Aquiliae* u. a., wird durch andere Quellenstellen bestätigt, so durch l. 28 § 4 D. de iureiur. 12, 2, durch l. 5 D. de except. rei iud. 44, 2 und l. 17 § 2 D. de act. rer. amot. 25, 2. Es gehört dahin auch l. 36 D. de obl. et act. 44, 7: *Cessat ignominia in condictionibus, quamvis ex famosis causis pendeant,* und es ist diese Stelle um deswillen von besonderem Interesse, weil sie zeigt, daß die *condictio* eben nur die Forderung eines *certum* geltend macht, und der besondere Entstehungsgrund für dieselbe nur insofern in Betracht kommt, als er eine Forderung auf ein solches *certum*, sei es sofort, sei es im Verlauf seiner Entwickelung hervorzubringen vermag, dagegen die weitere Eigentümlichkeit dieses Entstehungsgrundes, z. B. sofern er eine *causa famosa* ist, für die *condictio* nicht in Betracht kommt. Wenn in l. 9 § 1 D. de reb. cr. 12, 1 gesagt ist: *Sed et ex causa furtiva per hanc actionem condicitur*, so ist damit auch nicht die besondere, aus dem *furtum* für den Eigentümer entspringende *condictio furtiva,* sondern die damit konkurrierende, wenn ich mich so ausdrücken darf, generelle *condictio certi* gemeint.

Die Konkurrenz der Kondiktionen mit den Spezialklagen aus den betreffenden Obligationen beschränkt sich übrigens nicht auf die *condictio certi,* wenngleich sie in Bezug auf diese besonders hervortritt: sie wird auch für die *condictio incerti* erwähnt. Hat der Eigentümer zweier aneinander grenzender Gebäudegrundstücke beim Abschluß des Verkaufs des einen ausgemacht, daß dasselbe zu Gunsten des in seinem Eigentum verbleibenden mit einer bestimmten Servitut belastet werden solle, aber bei der Eigentumstradition selbst dessen keine Erwähnung gethan, so kann er auf Auferlegung der Servitut mit der *actio venditi* klagen oder *incertum condicere,* nach l. 35 D. de serv. 8, 2, ebenso nach l. 8 pr. D. de act. emti 19, 1.

Sind nun auch die *condictiones* auf Geben einer bestimmten Geldsumme u. s. w. nicht auf einen bestimmten Grund beschränkt, so ist damit doch nicht gesagt, was doch häufig angenommen wird, daß, da in der *intentio* der *condictio* der Entstehungsgrund derselben nicht ausgedrückt sei, durch die allgemein lautende *intentio* alle möglichen Entstehungsgründe *in iudicium* deduciert seien, so daß der Kläger vor dem *iudex* irgend einen habe anführen und beweisen können. Abgesehen von der auf keinen bestimmten Entstehungsgrund lautenden *intentio,* kann sich diese Ansicht nur auf Cic. pro Rosc. Com. 4, 5 berufen. Cicero geht hier die drei möglichen Entstehungsgründe der *actio de pecunia certa credita* durch und behauptet, daß die Forderung des Fannius aus keinem derselben hergeleitet werden könne. Daß Cicero bei dieser Darlegung des Guten zu viel,

daß er etwas Überflüssiges that, geht aus seinen eigenen Worten hervor. *Iam duae partes causae sunt confectae: adnumerasse sese negat: expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat. Reliquum est, ut stipulatum se esse dicat.* Danach hatte also der Kläger seine Forderung weder aus Darlehn noch *expensilatio* hergeleitet, sondern wohl aus Stipulation. Cicero geht die *causae* durch, auf welche möglicherweise die *actio de pecunia certa credita* gestützt werden konnte. Daß sie aber *in concreto* durch die allgemein lautende *intentio in iudicium* deduciert seien, beweisen seine Worte nicht.[1] Die aus einem Darlehn entspringende Obligation ist ein anderes Obligationsindividuum, als die aus Stipulation oder *expensilatio* entspringende. Wenn auch die konkrete *intentio* nur auf ein *dari oportere* lautete, ohne Angabe des Entstehungsgrundes, so kann sie *in concreto* doch nur die aus einem bestimmten Entstehungsgrund entsprungene Obligation *in iudicium* deduciert haben. Dieser wird *in iure* vor dem Magistrat haben angegeben werden müssen, schon damit dem Beklagten Gelegenheit gegeben wurde, seine etwaigen auf diesen Entstehungsgrund sich beziehenden Exceptionen vorzubringen und in die Formel aufnehmen zu lassen.[2] Darauf wird auch Quintilian IV, 6, 2 zu beziehen sein: *Satis est dixisse: certam creditam pecuniam peto ex stipulatione.* Mit der Litiskontestation war dann nur das auf den *in iure* angegebenen Entstehungsgrund sich stützende *dari oportere* konsumiert; das aus irgend anderem Entstehungsgrund herzuleitende *dari oportere* war, weil *alia res*, nicht *in iudicium* deduciert, denn *„singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur“* (l. 14 § 2 D. de exc. rei iud. 44, 2). Notwendig war also die Angabe der *causa* in der *intentio* für den Kläger nicht, wenn er sich die Forderung aus einem andern Grunde vorbehalten wollte. Eine andere Frage aber ist, ob die Bezeichnung der speziellen *causa* der Entstehung der Forderung in der *intentio* der *condictio* möglich bezw. unter Umständen nützlich war. Die Möglichkeit der Beifügung wird durch Gai. IV, 55 bewiesen. *Item palam est, si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari eumque ex integro agere posse — — veluti — — si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debebatur.* In dieser Stelle ist von keiner besondern Legatsklage noch von einer besondern Stipulationsklage die Rede, sondern von der *condictio certi* oder der *condictio de certa re*, welche auf keinen bestimmten Entstehungsgrund beschränkt waren. Wenn in ihr die Angabe des Testaments als Entstehungsgrunds der konkreten Forderung zulässig war, so wird ebenso auch die Bezeichnung der Stipulation oder eines andern Entstehungsgrundes in ihr zulässig gewesen sein. Die Stelle giebt aber auch Aufschluß darüber, warum die Angabe des konkreten Entstehungsgrundes in der *intentio* der *condictio* zweckmäßig sein konnte. Diese Angabe demonstrierte *ad oculos*, daß es sich um die Forderung aus diesem und nicht aus einem andern Entstehungsgrund handelte, denn Gaius bezeichnet ja das *ex testamento dari sibi oportere intendere* statt des *ex stipulatu dari sibi oportere* als ein *aliud pro alio intendere*. Ohne solchen auf die *causa* bezüglichen Zusatz konnte leicht einmal, wenn später aus anderer *causa* geklagt wurde, vom Beklagten der Einwand er-

[1] Er will ja nach seiner eigenen Angabe 5, 15 reden, *perinde ac si in hanc formulam omnia iudicia legitima, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica conclusa et comprehensa sint*, und wenn er dann auch hinzufügt: *Illa superior oratio fuit necessaria, haec erit voluntaria*, so wird man wohl annehmen dürfen, daß er sich auch in dem frühern Teil der Rede nicht streng auf das juristisch Notwendige beschränkt hat.

[2] Vgl. auch Bekker in d. Ztschr. d. Savignystift. IV, S. 95 f.

hoben werden, daß dieselbe bereits in dem frühern Prozeß geltend gemacht und konsumiert sei.

Kehren wir nun zu den Repetitionen grundloser Vermögenszuwendungen und -zugänge zurück, so sollte damit, daß ihr erstes Aufkommen mit der *lex Silia* in Verbindung gebracht wurde, natürlich nicht gesagt sein, daß sie in der Ausbildung, in welcher sie in den Schriften der Juristen der Kaiserzeit uns entgegentreten, damals sofort fertig zur Entstehung gekommen seien. Für den Versuch der Beantwortung der Frage, welche Stadien in der Entwickelung dieser Repetitionen anzunehmen seien, können wir nicht äußere Zeugnisse, sondern nur innere Momente heranziehen. Es darf angenommen werden, daß zunächst nur Eigentumsübertragungen bestimmter Geldsummen nach der *lex Silia,* dann Eigentumsübertragungen anderer Fungibilien und irgend welcher körperlicher Sachen als grundlose oder grundlos gewordene zurückgefordert werden konnten. Repetitionen grundloser Vermögenszuwendungen oder -zugänge, welche nur vermöge der erst später aufgekommenen *condictio incerti* geltend gemacht werden konnten, müssen erst später zulässig geworden sein. Es muß also auch insbesondere die *condictio possessionis,* die Repetition des Besitzes, der grundlos aus dem Vermögen des einen in das des andern gekommen ist, erst jüngern Datums sein. Savigny[1] sagte, überall erscheine die *condictio* als der Ersatz, der anstatt der verlorenen Vindikation eintrete. Damit ist das ältere Anwendungsgebiet der *condictiones sine causa* bezeichnet, wenn man noch hinzufügt, daß der Eigentumsverlust unmittelbar durch ein *dare* des einen an den andern geschehen sein mußte. Damals hatte man noch nicht einen Gedanken von der Weite gefaßt, wie ihn Papinian in l. 66 D. de cond. 12, 16 formuliert: — *quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuerit,* oder auch nur so, wie ihn die *veteres* nach der Angabe des Sabinus in l. 6 D. de cond. ob t. c. 12, 5 aufstellten: — *id quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici.* Es wird in Bezug auf eine Kondiktion wenigstens, vielleicht die älteste, ein anderer Gesichtspunkt geltend gemacht, welcher auf eine Anlehnung an den Realkontrakt des *mutuum* hindeutet. In seinen Institutionen III, 91 führt Gaius unmittelbar neben dem *mutuum* das *non debitum accipere ab eo qui per errorem solvit* als einen Fall des *re obligari* an. In Übereinstimmung damit sagt derselbe Jurist in l. 5 § 3 D. de obl. et act. 44, 7 von dem Empfänger des *indebite solutum,* daß er *quasi ex mutui datione* obligiert werde: er rechnet also diesen Fall (keine der anderen Repetitionen aus grundlosen Vermögenszuwendungen) zu den Obligationen, welche *quasi ex contractu* entstehen. Daß er damit nicht allein stand, zeigt seine Angabe in den Institutionen, nach welcher andere aus derselben Auffassung die von ihm verworfene Folgerung herleiteten, daß ein Pupill oder eine Frau, welchen *sine tutoris auctoritate* ein *indebitum* irrtümlich gezahlt sei, nicht mit der *condictio* hafteten, *non magis quam mutui datione.* Auch Julian in l. 33 D. de cond. ind. 12, 6 sagt: *nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit,* und leitet aus diesem *aliquid negotii gerere* die *condictio* her, im Gegensatz zu einem andern Fall, in welchem *condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur.* Julian sieht also geradezu die *condictio indebiti* als eine Klage zwar nicht aus einem Kontrakt, aber aus einem *negotium* an. Von ihm und auch wohl von den *quidam,* auf welche Gaius hindeutet, war die Anlehnung des *indebitum accipere*

[1] System d. heut. röm. Rechts V, S. 515.

an das Darlehn viel ernstlicher gemeint, als von Gaius: sie leiteten die *condictio indebiti* zwar nicht aus einem Kontrakt, aber doch aus einem *negotii aliquid gerere* her und mußten zu der Konsequenz gelangen, welche Gaius, unbewußt von einer andern Anschauung beeinflußt, inkonsequent verwirft. Derselben Anschauung scheint doch auch Pomponius gewesen zu sein, wenn er in l. 13 § 2 D. commod. 13, 6 als ein Beispiel davon, daß *plerumque id accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur,* das *per errorem indebitum solvendi causa dare* anführt. Diese Herleitung der *condictio* aus einem *negotii aliquid gerere* halte ich nicht für einen spätern Gedanken, vielmehr für den ältern, welcher eine Anlehnung der aus dem *indebitum accipere* entspringenden Forderung an das *mutuum* ermöglichte. Das *aliquid negotii gerere,* welches Julian meint, ist aber so zu denken: der Zahlende wollte Eigentum übertragen, wie Gaius sagt, *distrahendae obligationis animo,* indem er irrtümlich das Bestehen einer Obligation voraussetzte. Hätte er gewußt, daß keine Obligation bestünde, so würde er kein Eigentum haben übertragen wollen; und so kann man, wenn er ihn auch nicht kundgegeben hat, seinen Willen annehmen, daß ihm das Gegebene zurückgegeben werde. So konstruierte sich Pomponius auch wohl seine *tacita obligatio.* Das *negotium* also, was nach l. 2 pr. D. de cond. ind. 12, 6 in dem Falle *si quis sic solverit, ut, si apparuisset esse indebitum, reddatur,* wirklich *contractum* ist, wird in anderen Fällen des irrtümlichen *indebitum solvere* vermutet, und gerade weil diese Vermutung im Fall des wissentlich eine Nichtschuld zahlen nicht möglich ist, wird die *repetitio* in diesem Fall, obwohl Grundlosigkeit der Gabe dann auch vorliegen kann, versagt. Auch als andere Repetitionen von Eigentumsübertragungen ohne kontraktliche Grundlage aufkamen, behielt die *condictio indebiti,* wenngleich man den ihr und den anderen *condictiones sine causa* unterliegenden gemeinsamen Gedanken zu erkennen begann und zu formulieren versuchte, doch ihre gesonderte Stellung, die alte Begründung wurde darum doch nicht aufgegeben, und sie allein wurde zu den *obligationes, quae quasi ex contractu nascuntur,* gestellt.

Die gesonderte Stellung der *condictio indebiti* zeigt sich auch in dem Verhältnis derselben zu der alten, schon auf die republikanischen Juristen zurückgehenden und von ihnen den Juristen der Kaiserzeit überlieferten Einteilung des *dare* in ein *dare ob causam* und ein *dare ob rem.* Die *condictio indebiti* wird weder unter den Fällen des einen noch unter denen des andern genannt, und ungezwungen läßt sie sich auch weder unter die *datio ob causam praeteritam* noch unter die *datio ob rem* subsumieren. Das *dare solvendi causa* ist keine *datio ob causam praeteritam,* denn es geschieht, um eine gegenwärtig bestehende Schuld hierdurch aufzulösen, man könnte es also nur als eine *datio ob causam praesentem* bezeichnen. Daß sie von den Juristen, welche jene Einteilung vortragen, nicht als eine *datio ob causam* aufgefaßt wurde, zeigt sich in der Verweigerung jeder *repetitio* des *ob causam praeteritam datum,* auch wenn die *causa* eine *falsa* sei. Daß die irrtümliche Zahlung eines *indebitum* ohne Zwang auch nicht als ein *dare ob rem* aufgefaßt werden kann, bedarf keiner Darlegung. Unter dem *ob rem dare* verstehen die Juristen der Kaiserzeit eine Vermögenszuwendung in der kundgegebenen und von dem Empfänger angenommenen Erwartung, daß ein zukünftiges Ereignis erfolgen, eintreten werde. In welchem umfassenden Sinne das erwartete Ereignis genommen wurde, zeigen nicht nur die in den Quellen vorkommenden Einzelanwendungen der *condictio causa data causa non secuta,* sondern auch die allgemeine Äußerung des Paulus in l. 35 § 3 D. de

mortis c. don. 39, 6: — *nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit quasi re non secuta propter hanc rationem, quod ea quae dantur aut ita dantur, ut aliquid facias, aut ut ego aliquid faciam, aut ut Lucius Titius, aut ut aliquid obtingat, et in istis condictio sequitur.* Der Ausdruck *dare ob rem* legt aber die Frage nahe, ob wirklich derselbe von Anfang den weitumfassenden Sinn, in welchem man ihn später gebrauchte, gehabt habe. Noch bei den späteren Juristen tritt neben dem weitern Sinn des Ausdrucks ein engerer hervor. In l. 65 pr. D. de cond. ind. 12, 6 sagt Paulus (libro XVII ad Plautium): *In summa, ut generaliter de repetitione tractemus, sciendum est dari aut ob transactionem aut ob causam aut propter condicionem aut ob rem aut indebitum.* Es ist kein Zweifel, daß im Fall des *dare ob condicionem*, z. B. *legati*, falls gar nicht legiert war oder das Legat wieder aufgehoben war, das zur Erfüllung der Bedingung Gegebene mit der *condictio causa data causa non secuta* zurückgefordert werden kann (§ 3: — *quia causa, propter quam dedi, non est secuta*). Als Beispiel des *ob rem dare* (im engern Sinne) führt Paulus im § 4 an: — *si dem tibi ut aliquid facias, nec feceris.* In ursprünglicher Bedeutung ist *ob rem dare* wohl Hingeben einer Sache zu Eigentum an einen andern in der Erwartung, über welche sie einverstanden sind, daß der Empfänger dem Geber eine andere bestimmte Sache zu Eigentum übertragen werde, und das ist wohl der einfache Fall, für welchen zuerst beim Ausbleiben des erwarteten Gebens dieser andern Sache, *re non secuta*, die *condictio causa data causa non secuta* gegeben wurde. Die zuerst gegebene Sache ist hier die *causa* für das demnächstige Geben der andern Sache von seiten des Empfängers an den ersten Geber, und in dem Geben dieser andern Sache realisiert sich die *causa* des Gebens der ersten Sache an den Empfänger. Von dieser Annahme aus scheint sich auch die Entstehung der Bezeichnung dieses Falls der *condictio* als *condictio causa data causa non secuta* am besten zu erklären. Nach der Erklärung von Schilling,[1] welcher sich M. Voigt[2] und Dernburg[3] angeschlossen haben, ist *causa non secuta* ein *ablativus absolutus* zu *condictio*, dagegen *data* ein Akkusativ des Plurals, regiert von *secuta*, während das vor *data* stehende *causa* ein *ablativus causalis* zu jenem *data* sei. Diese Erklärung ignoriert zunächst, daß in *causa non secuta* oder *re non secuta*, welches ja häufig vorkommt, *secuta* ohne Objektiv gebraucht wird in dem Sinne von „erfolgen, eintreten", ohne also ein davon abhängiges *data* zu regieren. Ferner aber kommt, wie Pagenstecher[4] bereits hervorgehoben hat, *causa (aliquid) dare* nirgends vor, es kann nicht so viel heißen, wie *„ob causam dare"*. Die Ursache (das, weswegen etwas geschieht) wird nicht durch den Ablativ, sondern durch Präpositionen, wie *ob, propter*, bezeichnet. Was man auch dagegen gesagt hat, meines Erachtens können die Worte *causa data causa non secuta* nur als zwei parallel gehende *ablativi absoluti* aufgefaßt werden. Wenn Witte[5] seine Ansicht dahin aussprach, daß der Name von dem wichtigsten Falle, in welchem sich zwei Leistungen entsprechen sollten, auf die übrigen Fälle des *datum ob causam* übertragen sei, so hätte er allerdings korrekter sagen können, daß der Name auf den ursprünglichen Anwendungsfall der Klage berechnet sei, auf deren erweitertes Anwendungsgebiet er nicht mehr recht paßte. Dadurch würde er den stumpfen Einwand Voigts, es werde dadurch z. B. die Ehe für eine Gegenleistung erklärt, unmöglich gemacht haben.

[1] Institut. III, § 325, Note f. [2] Über die condictiones ob causam S. 490.
[3] Pandekt. II[8], § 142, A. 1. [4] Heidelb. krit. Ztschr. f. d. ges. Rechtswiss. II, S. 60 ff.
[5] Die Bereicherungsklagen S. 68, A. 14.

Die *condictio causa data causa non secuta* wird einmal direkt aus einem *negotium gerere* hergeleitet, in l. 35 § 3 D. de mortis causa don. 39, 6: *Ergo qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit, scilicet ut, cum convaluerit, reddatur sibi* u. s. w. Auch der l. 6 D. de cond. causa data causa non secuta 12, 4 liegt nach den Worten: — *et verisimile est in hunc quoque casum eum qui dat sibi prospicere: nam quasi causa non secuta habere potest condictionem, qui ob matrimonium dedit etc.* derselbe Gedanke zu Grunde. Aber diese Begründung tritt hier nicht für das ganze Anwendungsgebiet der cond. causa dat. c. n. s. und nicht mit der Entschiedenheit hervor, wie bei der *condictio indebiti*. Überall wird vielmehr das Gewicht gelegt auf den Umstand, daß *causa non secuta est*, also das *ob causam datum* nun grundlos im Vermögen des Empfängers ist. Es bedarf aber eines etwas nähern Eingehens auf die römische Auffassung des *ob rem dare*, mit Beziehung auf einzelne neuere, sehr auseinandergehende Meinungen. Nach Erxleben[1] soll die *condictio causa data causa non secuta* zu derjenigen Klasse der Kondiktionen gehören, in welchen das, was anfangs mit gutem Grunde in das Vermögen des Empfängers gekommen war, infolge später eingetretener Ereignisse sich als eine grundlose Erwerbung herausstellt, also der anfangs gehörig begründete und völlig gerechtfertigte Erwerb aufhört, dem Geber gegenüber begründet und gerechtfertigt zu sein; es soll also *causa non secuta* in Wahrheit dem *causa finita* gleich stehen. Wendt[2] dagegen stellt den Satz auf, daß eine Zuwendung, deren Veranlassungsursache noch von der Zukunft erwartet werde, zunächst und bis auf weiteres *sine causa* bestehe, an sich bedeute eine *causa futura* für die Gegenwart noch nichts. Die Rückforderungsklage werde hier gleichzeitig mit der *datio* begründet, und sie bleibe so lange zuständig, bis durch die Verwirklichung der in Erwartung genommenen Verhältnisse der Mangel beseitigt sei. Weder die eine noch die andere dieser Meinungen entspricht der römischen, dem Wesen der Sache gerecht werdenden Auffassung der *ob rem datio*. Wenn eine Eigentumsübertragung nur in der übereinstimmenden kundgegebenen Voraussetzung vorgenommen wird, daß ein zukünftiges Ereignis eintreten werde, so ist, bis es sich entschieden hat, ob das in Aussicht genommene Ereignis eintrete oder nicht, zwar (da keine Bedingung derselben beabsichtigt war) nicht die Eigentumsübertragung selbst, wohl aber die *causa* derselben noch *in pendenti*. Auch eine Kausalberedung, welche auf ein noch in der Zukunft liegendes Ereignis gestellt ist, genügt als Grundlage für eine Eigentumstradition, d. h. um die Wirkung des Eigentumsübergangs herbeizuführen, aber ob der in Aussicht genommene Zweck werde erreicht werden, ist noch objektiv ungewiß. Solange dieser Schwebezustand dauert, kann noch nicht wegen Nichteingetretensein der *causa* mit *condictio causa data causa non secuta* geklagt werden, wenn auch vielleicht eine andere *condictio* zulässig sein mag. Dazu stimmen die Quellenaussprüche, so l. 10 D. de sponsal. 23, 1: — *ipsa enim filia nubendo efficiet dotem esse condictionemque extinguet, quae causa non secuta nasci poterit;* ferner l. 19 pr. D. de reb. cr. 12, 1: — *et cum pecunia daretur, ut aliquid fieret, quamdiu in pendenti esset, an id futurum esset, cessabit obligatio: cum vero certum esse coepisset futurum id non esse, obligabitur qui accepisset: veluti si Titio decem dedero, ut Stichum intra kalendas manumitteret, ante kalendas nullam actionem habebo, post kalendas ita demum agere potero, si manumissus non fuerit* (vgl. auch l. 58 D. de solut. 46, 3). Nach diesen

[1] Die condict. sine causa S. 123. [2] Die condictio ex poenitentia S. 36 f.

Äußerungen kann kein Zweifel darüber bestehen, daß die *condictio causa data causa non secuta* wegen Vereitelung der *causa* erst in dem Moment, wo es objektiv sicher ist, daß der Zweck der Gabe vereitelt ist, zur Entstehung kommt; denn jetzt ist es sicher, daß, da der Zweck, um deswillen nur die *datio* vorgenommen wurde, nicht erreicht ist, die durch die *datio* herbeigeführte Wirkung grundlos geworden ist. Auch die Ausdrücke *cessat* oder *evanescit condictio* bedeuten nichts mehr, als das obige *„condictionem extinguet, quae causa secuta nasci poterit"*. Solange das betreffende Ereignis noch vereitelt werden kann, ist es noch möglich, daß die *condictio* zur Entstehung komme; der Eintritt desselben schneidet diese Möglichkeit ab, insofern *cessat, evanescit condictio.*[1]

Eine andere Frage ist, ob der Geber ein Reurecht und eine sogenannte *condictio ex poenitentia* habe, bevor es sich entschieden hat, ob das in Aussicht genommene Ereignis eintreten werde oder nicht. Bei jeder *ob rem datio* ein solches Reurecht anzunehmen, dafür bieten die Quellen keinen Anhalt. Wir reden hier nicht von Fällen, wo das vorausgesetzte Ereignis eine eigene Handlung des Gebers ist oder doch nicht ohne oder wider seinen Willen eintreten kann. Er hat es da freilich in seiner Macht, den Nichteintritt des Ereignisses herbeizuführen, aber er kann dann kondizieren *causa non secuta;* es ist nicht zutreffend, wenn Erxleben[2] für diesen Fall sagt, der Geber könne *propter poenitentiam* kondizieren. Als ein Pönitenzrecht sollte man nur das Recht bezeichnen, durch die Mitteilung seines veränderten Entschlusses die Entscheidung, ob das in Aussicht genommene Ereignis eintreten werde oder nicht, bezw. die Entstehung der *condictio causa data causa non secuta* abzuschneiden, und so die *condictio sine causa* zu begründen. Von solchem Reurecht ist, so viel ich sehe, nicht die Rede, wenn das bei der *ob rem datio* in Aussicht genommene Ereignis die Handlung eines Dritten oder ein zufälliges, von der Willkür des Gebers und Empfängers unabhängiges ist (wenn *ita datur, ut Lucius Titius aliquid faciat, aut ut aliquid obtingat).* Ein Reurecht ist nach den Quellen nur begründet, wenn gegeben ist in der Voraussetzung, daß der Empfänger seinerseits eine Handlung vornehmen werde. Hier, wo es von der Willkür des Empfängers abhängt, diese Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen, ist es ganz gerechtfertigt, die Stellung des Gebers, welche sonst eine ungünstigere sein würde, dadurch der des Empfängers gleichzustellen, daß ihm die Befugnis gegeben wird, durch die Mitteilung seines veränderten Willens der Entscheidung des Empfängers zuvorzukommen. Indirekt wird dadurch der Empfänger angetrieben, durch rasche Vornahme der Handlung eine Ausübung des Pönitenzrechts unmöglich zu machen. Durch die Geltendmachung des Reurechts kann und soll nur die Möglichkeit des *causam sequi,* der Vornahme der Handlung von seiten des Empfängers, abgeschnitten, und so die Gabe zu einer von vornherein grundlosen gemacht, also die *condictio sine causa* begründet werden: ist die Handlung vorgenommen, so hat die Gabe eine dauernde, nicht mehr aufhebbare *causa* bekommen. Wenn sie nicht mehr vorgenommen werden kann, etwa weil die Zeit, binnen welcher sie vorgenommen werden sollte, verstrichen ist, oder weil der freizulassende Sklave gestorben ist, so kann es sich nur darum handeln, ob *causa secuta* oder *non secuta est,* von Geltendmachung

[1] Daß *condictio cessat* in Stellen, wie l. 3 pr., l. 1 pr., l. 5 pr. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4 nicht bedeutet: die *condictio* hört auf, sondern: die *condictio* findet keine Anwendung, zeigen besonders deutlich die Worte d. l. 3 pr. cit.: — *condictio cessat, quamdiu non itur.*

[2] A. a. O. S. 138.

eines Reurechts kann hier, wo nach der einen oder andern Seite schon eine Entscheidung des bisher Ungewissen erfolgt ist, nicht die Rede sein (es ist daher, beiläufig gesagt, ganz selbstverständlich, daß Proculus in l. 3 § 3 D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4 das Reurecht nicht erwähnt). In neuerer Zeit ist behauptet worden,[1] daß die *condictio propter poenitentiam* nicht den klassischen Juristen, sondern den Kompilatoren angehöre. Zu leugnen ist auch nicht, daß l. 3 §§ 2 u. 3 sowie l. 5 pr. u. § 1 D. 12, 4 Spuren von Interpolationen zeigen. Ein anderes aber ist, ob der daraus gezogene Schluß, daß das ganze Reurecht den Kompilatoren seine Existenz verdanke, gerechtfertigt ist.[2] Eine derartige bedeutungsvolle Neuerung, eine wirkliche gesetzgeberische That, nur auf dem Wege der Interpolation und nicht durch eine eigene Konstitution vorzunehmen, sieht Justinian gar nicht ähnlich und ist ohne Analogie. Daß das Reurecht in dem dargelegten Umfang und Sinn vom Standpunkt der römischen Jurisprudenz sehr wohl gerechtfertigt werden konnte, glaube ich vorher gezeigt zu haben. Warum die Kompilatoren in jenen Stellen Interpolationen vorgenommen haben, läßt sich natürlich nicht mit Bestimmtheit sagen; mir scheint aber dafür Folgendes in Betracht zu kommen. Es ist nicht unbemerkt geblieben, daß in der Justinianischen Kompilation die Behandlung der *condictio sine causa* sehr mangelhaft ausgefallen ist, sowie daß unrichtige Einordnungen von Fragmenten in die die verschiedenen *condictiones* betreffenden Titel stattgefunden haben, insbesondere auch Kondiktionsfälle, welche in den Titel 12, 7 aufzunehmen gewesen wären, unter anderen Kondiktionentiteln Aufnahme gefunden haben. So ist es denn nicht wunderbar, daß die Kompilatoren sich entschlossen haben, keine besonderen Fragmente über die aus dem *poenitere* bei einer *ob rem datio* entspringende *condictio sine causa* in die betreffenden Titel aufzunehmen, sondern dieselbe gelegentlich der Erörterung solcher Fälle der *ob rem datio,* bei welchen das Reurecht Anwendung fand, durch Interpolierung der betreffenden Fragmente zur Erörterung zu bringen. So sind in l. 3 § 2 D. de cond. c. d. 12, 4 die Worte *aut si me poeniteat, condicere possum,* im § 3 der Zusatz *nisi poeniteat* durch Interpolation entstanden. Durch das Streben, die Frage des Pönitenzrechts gelegentlich zu erörtern, ist vielleicht auch die Interpolierung von l. 5 pr. § 1 u. 2 D. h. t. veranlaßt. doch bleibt es hier zweifelhaft, wie weit die Interpolation reicht. Es ist nicht ausgeschlossen, daß schon Ulpian hier das Pönitenzrecht erwähnte, und die Kompilatoren nur Änderungen und Zusätze gemacht haben. —

Es giebt eine Art der *datio ob rem,* bei welcher die *repetitio,* auch wenn das in Aussicht genommene Ereignis eingetreten ist, Platz greift, nämlich dann, wenn der Zweck, um deswillen gegeben wurde, für den Empfänger schändlich *(causa inhonesta)* war: *Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest.*[3] Auch dieser Kondiktionsfall ist alt, Labeo[4] kannte ihn, und er scheint zu seiner Zeit nichts Neues gewesen zu sein. Es bietet dieser Kondiktionsfall uns ein neues Moment, denn die Repetition ist hier begründet, nicht weil die Vermögenszuwendung eine zwecklose, sondern weil der Zweck ein von der Moral und infolgedessen von der Rechtsordnung gemißbilligter.

[1] Manns, D. Pönitenzrecht, eine byz. Kompilation, 1879. Gradenwitz, Interpolationen S. 146 ff.

[2] Vgl. auch Bekker, D. röm. Komiker als Rechtszeugen (Separatabdr. aus d. Ztschr. d. Savignystift. XIII. Bd.) S. 66 f.

[3] L. 1 § 2 D. de cond. ob turp. c. 12, 5. [4] L. 4 § 3 D. eod. tit.

verworfener ist. Der Gedanke aber, daß eine Vermögenszuwendung wegen Mißbilligung des ihr unterliegenden Zwecks zurückgefordert werden könne, hat eine über das Anwendungsgebiet der *condictio ob turpem causam* hinausreichende Tragkraft. Hat die Rechtsordnung den einer Vermögenszuwendung unterliegenden Grund oder Zweck mißbilligt, ohne so weit zu gehen, dieselbe wegen des gemißbilligten Zwecks für nichtig zu erklären, so ist eine *repetitio* gegen den Empfänger auf Rückgabe wegen des gegen die Rechtsordnung verstoßenden Grundes der Gabe zulässig. Hatte z. B. jemand eine Schenkung über das von der *lex Cincia* gestattete Maß hinaus gemacht, so konnte er das Gegebene mit einer *condictio* zurückfordern. Ebenso war es, wenn jemand Zinsen über das gesetzlich gestattete Maß hinaus gezahlt hatte: auch diese konnte er, falls die Kapitalschuld bereits getilgt war, mit einer *condictio* zurückfordern.[1] Es ist dies eine *condictio* eines *ob iniustam causam (ex iniusta causa) datum.* Doch scheint der Name *condictio ex iniusta causa* für diese Kondiktionsfälle nicht oder doch wenig gebraucht zu sein, weil er eine Verwechselung dieser Kondiktionsfälle mit denjenigen befördern konnte, in welchen das Zurückzufordernde nicht durch ein *dare ob iniustam causam,* sondern durch eine jeden Rechtsübergang ausschließende Rechtswidrigkeit in das Vermögen des Bereicherten gekommen war. Für diese letzteren Fälle war der Name *condictio ex iniusta causa* gebräuchlich geworden. Deshalb vermied man ihn wohl für die erstern.[2] Hier bezeichnete man das *ob iniustam causam datum* wohl als ein *indebitum,* obwohl dadurch wieder eine Verwechselung mit den Fällen der eigentlichen *condictio indebiti* nahe gelegt wurde.[3]

Die jüngste der Repetitionen eines ungerechtfertigten Vermögenszugangs ist die als *condictio sine causa* bezeichnete. Alle bisher betrachteten Repetitionen, wenigstens in dem Umfange, in welchem sie zunächst anerkannt waren, sollten die Wirkung eines *dare,* einer Eigentumsübertragung wegen mangelnder oder gemißbilligter *causa* rückgängig machen. Es giebt aber ungerechtfertigte Vermögenszugänge, welche nicht durch ein *dare* bewirkt sind, Vermögenszugänge, welche allerdings nicht in direktem Übergange des Eigentums einer Sache von dem einen auf den andern, sondern vielleicht nur in dem Übergange des Besitzes derselben oder dem Übergange eines Wertbetrags bestehen. Auch solchen Vermögenszugängen kann es an der genügenden *causa* fehlen. Aber solange es nur eine *condictio certae pecuniae* und *certae rei* gab, mangelte es an einer Klagform, mittelst welcher eine Repetition solchen Vermögenszugangs hätte geltend gemacht werden können. Eine solche gab es seit dem Aufkommen der *condictio incerti,* zu welchem eben das Bedürfnis, eine Klagform für die angedeuteten Repetitionsfälle zu haben, beigetragen haben mag. Der den Repetitionskondiktionen zu Grunde liegende Gedanke konnte nun beträchtlich erweitert werden, nämlich dahin, daß, wenn *res mea, pecunia mea ad te sine causa pervenit,* oder wenn etwas *ex iniusta causa apud aliquem est, ex bono et aequo* dieser Betrag zurückzugeben sei. Schon die

[1] L. 26 pr. D. de c. i. 12, 6. Paul. sent. rec. II, 14, §§ 2 u. 4.

[2] Die Mehrdeutigkeit der Bezeichnung *condictio ex iniusta causa* zeigt sich auch in der sich nicht gleich bleibenden Zusammenstellung derselben mit anderen Kondiktionen. Die Rubrik des Digestentitels XII, 5 lautet: *de condictione ob turpem vel iniustam causam,* wo unter *i. c.* wohl vorwiegend die durch die Rechtsordnung gemißbilligte *causa* eines *dare* verstanden ist. Die Rubrik des Kodextitels 4, 9 lautet: *De condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa,* wo bei *iniusta causa* an eine Bereicherung infolge einer Widerrechtlichkeit gedacht ist.

[3] Vgl. l. 26 pr. § 1 D. de cond. ind. 12, 6. Fr. Vat. § 266.

veteres haben, worauf bereits früher hingewiesen wurde, dieses Entwickelungsstadium der Repetitionsklagen und somit die *condictio sine causa* bezw. *ex iniusta causa* gekannt, wie nach l. 6 D. de cond. ob t. c. 12, 5: *Perpetuo probavit Sabinus veterum opinionem existimantium, id quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici* nicht bezweifelt werden kann. Doch ist es sehr wohl möglich, daß eine so allgemeine Formulierung eines Gedankens, der zuerst wohl in einzelnen Anwendungen zur gerichtlichen Anerkennung gekommen war, auf Widerspruch stieß und allmählich erst allgemeine Billigung fand. Wenn Papinian nach l. 66 D. de cond. ind. 12, 6 als den der *condictio indebiti* unterliegenden Gedanken jenen allgemeinen Gesichtspunkt bezeichnet: *Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit,* so regt sich stark der Zweifel, ob er diesen Ausspruch, von welchem nicht überliefert ist, in welchem Zusammenhang er erfolgte, von der *condictio indebiti* im engern Sinne und nicht vielmehr von der *condictio sine causa* bezw. *ex iniusta causa* gethan hat. Wie weit man im einzelnen den Gedanken, daß, was *sine causa* oder *ex iniusta causa* vom einen an den andern *pervenit,* mit *condictio sine causa* zurückgefordert werden könne, in republikanischer Zeit bereits durchgeführt hat, muß dahingestellt bleiben. Über die *condictio furtiva* aber soll im Zusammenhange der Lehre vom *furtum* gehandelt werden.

II. Deliktsobligationen.

1. *Furtum.*

§ 69. Wie Gaius III, 183 meldet, nahmen Servius Sulpicius und Masurius Sabinus vier *genera furtorum* an: *manifestum, nec manifestum, conceptum, oblatum.* Labeo dagegen wollte nach desselben Gaius Bericht nur zwei *genera, manifestum* und *nec manifestum,* annehmen, denn *conceptum* und *oblatum* seien nicht *genera furtorum,* sondern vielmehr mit dem *furtum* zusammenhängende Klagspezies, und dem stimmt Gaius zu. Paulus dagegen II, 31, 1 trägt noch dieselben *quatuor genera furtorum* vor, und, falls er die Einteilung in dem alten richtigen Sinne nahm, mit Recht. Es handelt sich bei jener Vierteilung nicht um eine Einteilung des *furtum* als That, sondern des *furtum* als entwendeten Objekts. *Furtum* ist ursprünglich wohl die *res furto ablata* und wird in diesem Sinne auch später noch sehr häufig gebraucht. Danach ist *furtum manifestum* die entwendete Sache, mit welcher der *fur* auf frischer That ergriffen ist, *furtum nec manifestum* das entwendete Ding, mit welchem der *fur* nicht ergriffen ist, *furtum conceptum* die entwendete Sache, welche bei jemand gefunden und ergriffen ist, *furtum oblatum* die entwendete Sache, welche jemand zugesteckt ist, damit sie bei ihm, nicht bei dem Zusteckenden ergriffen werde. Von dem Gesichtspunkte aus, von welchem aus sie gemacht war, ist sie ganz richtig, und dieser Gesichtspunkt war den Bestimmungen der Zwölftafelgesetzgebung und den auf dieselben sich stützenden *actiones* entnommen. Labeo dagegen verstand die *genera* von einer Einteilung des *furtum* als That, als Delikt, und man kann nicht sagen, daß von diesem Gesichtspunkt aus seine Einteilung besser wäre, als die richtig verstandene der von ihm getadelten Juristen. Die erste in Bezug auf die Bestimmungen der XII Tafeln über das *furtum* zu beantwortende Frage ist, warum die für das *furtum manifestum* angeordnete Strafe so ungleich härter ist, als die auf das *nec manifestum* gesetzte. Nahe liegt die von

Handjery[1] ausgeführte Ansicht, daß das Maß der Strafe des *furtum* nach dem Maße der Gewißheit der Begehung der That abgestuft sei: wo die Gewißheit am größten war, also wo der *fur* bei der That mit der Sache ergriffen wurde, sei das volle Maß der Strafe zulässig gewesen. Eine Ahnung des Richtigen liegt hier, wie wir sehen werden, wohl vor; aber erklärt ist doch nicht, wie dieselbe That, weil sie vollständiger oder weniger vollständig bewiesen war, eine schwerere oder mildere Strafe treffen konnte. Von ganz anderer Auffassung des Unterschieds ist Ihering ausgegangen. Er erklärt denselben aus dem Wesen der Leidenschaft. „Der *fur manifestus* begegnet dem wilden Ungestüm des ersten Affekts, während dem *fur nec manifestus* nicht bloß die beruhigende Macht der Zeit, sondern auch die Freude des Eigentümers, eine bereits mehr oder weniger verloren gegebene Sache wiedergefunden zu haben, zu gute kommt und ihm mildere Bedingungen erwirkt." Aber aus dem Unterschiede des ersten Aufwallens und des Abgekühltseins des Affekts allein wird man einen so bedeutenden Unterschied der Strafe, wie er in der Auspeitschung und *addictio* des *fur manifestus* und der Leistung des doppelten Wertes der gestohlenen Sache von seiten des *fur nec manifestus* liegt, nicht erklären können. Das Richtige ist, daß die manifeste That überhaupt keines Beweises und eines den Beweis entgegennehmenden und würdigenden Gerichts bedarf. Durch die That selbst ist der dabei mit Zeugen herbeiführendem Geschrei („Gerüchte" oder „Gerüfte") Ergriffene derselben überführt, vor aller Augen wird er von der That vor die Richter geschleppt, welche nur zu sehen, nicht mehr zu urteilen haben. Daß That und Thäter nicht mehr bewiesen zu werden brauchen, sondern den Volksgenossen notorisch sind, ist, wenn auch nicht ursprünglich, die Voraussetzung der Selbstrache,[2] welche nach Verschiedenheit der Fälle in verschiedener Weise dem Verletzten gegenüber dem *fur manifestus* zusteht. Das *furtum nec manifestum* dagegen muß einem Richter bewiesen werden, der erst durch seinen Spruch die That und den Angeschuldigten als Thäter konstatiert: er ist nicht unmittelbar allen Volksgenossen als *fur* vor Augen geführt. Daher ist schon früh hier Selbstrache gegen den durch künstlichen und vielleicht trügerischen Beweis der That Überführten nicht zulässig; der Verletzte muß sich nach dem Zwölftafelrecht mit einer unter Vermittelung des Richters festzustellenden Komposition, einem Sühnegeld genügen lassen. Dieser Bußanspruch wird schon früh an die Stelle einer in älterer Zeit auch hier zulässigen Privatrache getreten sein.[3] Die Rachebefugnis des Bestohlenen gegenüber dem *fur manifestus* geht in bestimmten Fällen bis zum Tötungsrecht: den nächtlichen *fur manifestus* darf man unbedingt töten, den, welcher am Tage bei Verübung der That ergriffen wird, nur, wenn er sich mit einer Waffe verteidigt.[4] In beiden Fällen ist nicht etwa der

---

[1] Nicolaus Handjery, *Observationes de furtis pro diversitate probationum varie punitis. Bonnae 1857.*

[2] Leist, Graeco-italische Rechtsgesch. S. 298. Die Unterscheidung der manifesten und nichtmanifesten That kommt zwar nicht allein beim Diebstahl, aber andererseits auch nicht bei allen Vergehen, sondern nur bei solchen vor, welche, wenn auch nicht notwendig nach der juristischen Definition, so doch nach der Auffassung des Lebens heimlich begangen werden.

[3] Über germanisches Recht vgl. Brunner, Deutsche Rechtsgesch. I, S. 165. II, S. 481 ff.

[4] XII Tafeln VIII, 11. 12 (Schöll p. 144 sqq. und die dort citierten Belegstellen). Man hat gefragt (so Bruns, Fontes[5] p. 30 n. 13), ob die Bestimmung der XII Tafeln über das Recht, den *fur manifestus* bei Tage, wenn er sich mit einer Waffe verteidigt, zu töten, in verbietender oder erlaubender Form ausgedrückt habe. Nach Cic. pro Tull. 21 § 50: *Furem, hoc est, praedonem et latronem, luce occidi vetant XII tabulae, — — — nisi se*

höher erregte Affekt des Bestohlenen als Grund des Tötungsrechts zu bezeichnen, sondern es sind die größere Gefährlichkeit der That, sowie die für den *fur* gegebene Möglichkeit, sich trotz der Ertappung der Ergreifung zu entziehen, welche die scharfe Ahndung des Vergehens durch sofortige Tötung rechtfertigen. In beiden Fällen soll aber auch der Bestohlene laut nach Zeugen rufen, um so zu bekunden, daß er nur sein Recht gebraucht, nicht den andern unrechtmäßig getötet habe.[1] Daß der Nachtdieb strenger bestraft wird als der Tagdieb, kommt auch in anderen Rechten vor, so im germanischen, und ist bei der größern Gefährlichkeit der nächtlichen That begreiflich. Nicht aber darf die Tötung des *fur manifestus* in den bezeichneten Fällen als Notwehr angesehen werden: sie ist ein Akt der gesetzlich anerkannten Privatrache.[2] Abgesehen von den angegebenen Fällen, traf den *fur manifestus* immer noch eine sehr harte Strafe, welche von Gaius als *capitalis* bezeichnet wird (vgl. Serv. ad Aen. VIII, 20, 5: *pro ingenti scelere furis nomen posuit: capitale enim crimen apud maiores fuit ante poenam quadrupli*). Nach vorhergehender Auspeitschung wurde er dem, gegen welchen er das *furtum* begangen, durch den Magistrat addiciert. Über die zweifelhafte Frage, ob er durch diese *addictio* geradezu Sklav oder nur *adiudicati loco* geworden, ist früher schon gehandelt. Hier liegt nicht mehr reine Selbstrache vor, sondern der Magistrat, das Organ der staatlichen Gewalt, wird in den Gang des Verfahrens hineingezogen. Die Privatrache zeigt sich noch darin, daß der *fur* in die Privatknechtschaft des Verletzten kommt, das Eingreifen der öffentlichen Gewalt aber darin, daß die Auspeitschung jedenfalls

---

telo defendit, inquit könnte man geneigt sein, das erstere anzunehmen. Die Frage ist für den Gedanken des Gesetzgebers nicht gleichgültig. In erlaubender Form abgefaßt, würde der Satz eine Anerkennung des Tötungsrechts enthalten, mit einer hinzugefügten Beschränkung. In Verbotsform ausgedrückt würde er das Tötungsrecht verneinen und nur in dem bezeichneten Falle die Tötung für unverboten erklären. Alle übrigen Stellen aber führen auch die erlaubende Form. Da es Cicero an der citierten Stelle darauf ankam, zu zeigen, *quam noluerint maiores nostri, nisi cum pernecesse esset, hominem occidi*, so stellt er die Sache so dar, als hätten die XII Tafeln in unserem Falle ein Verbot aufgestellt.

[1] Cic. or. p. Tull. 21 § 50. Fest. p. 309 M. Paulus p. 77 M. Gloss. Mai. VII, 560. Gloss. Labb. endoplorato ἐπικάλεσον· L. 4 § 1 D. ad leg. Aquil. 9, 2. Vgl. Brunner, Deutsche Rechtsgesch. I, S. 160: „Die in erlaubter Rache vollzogene Tötung mußte öffentlich verkündigt oder als solche allgemein ersichtlich gemacht werden. Wurde die Rachethat verheimlicht , so galt sie für eine rechtswidrige That."

[2] Zu den Anschauungen der spätern Republik und der Kaiserzeit paßte das im Text besprochene Tötungsrecht schlecht, besonders seitdem die *lex Cornelia de sicariis* auch den, welcher *furti faciendi causa cum telo ambulaverit*, mit der Strafe der Deportation belegte. Paul. V, 23, § 1. L. 1 pr. D. ad leg. C. de sicar. 48, 8. Von Pomponius wird bezweifelt, ob die Bestimmung der XII Tafeln noch praktisches Recht sei (Coll. leg. Mos. et Rom. VII, 3, 2: — *Et Pomponius dubitat, num haec lex non sit in usu).* Im folgenden § 3 schränkt Ulpian die Befugnis, den *fur nocturnus* zu töten, ein. Er sagt: *sin autem, cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est, ut iniuria fecisse videatur.* In l. 9 D. ad leg. C. 48, 8 erklärt angeblich Ulpian die Tötung des *fur nocturnus* nur dann für straflos, *si parcere ei sine periculo suo non potuit*, derselbe Ulpian, der nach der *Collatio* die Tötung für den Fall als rechtmäßig ansieht, daß der Bestohlene den *fur nocturnus* nicht ergreifen konnte. Wenn also auch die Worte an sich für die Annahme einer Interpolation keinen Anhalt bieten, so legt der Inhalt sie nahe, zumal da die in die Digesten aufgenommene Stelle Ulpians (l. 5 pr. D. ad l. Aq. 9, 2) statt der in der *Collatio* stehenden Worte *quis noctu* die Worte hat: *metu quis mortis*, die von den Kompilatoren herrühren. So wird man auch schwer umhin können, l. 9 cit. für interpoliert anzusehen, wenn man nicht annehmen will, daß Ulpian in den beiden Stellen verschiedene Auffassungen vorgetragen habe. Anders Pernice, Labeo II, S. 25 f. Genug, es ist schließlich aus dem Tötungsrecht ein reines Notwehrrecht gemacht.

durch die Diener des Magistrats vorgenommen wurde, und daß die Knechtschaft des *fur* dem Recht nach nicht ohne vorhergehende *addictio* eintrat. Bei Sklaven und nicht geschlechtsreifen Knaben schärfte bezw. milderte sich die Strafe des *furtum manifestum:* erstere wurden nach vorhergehender Auspeitschung vom tarpejischen Felsen gestürzt, letztere wurden nach Ermessen des Prätors gepeitscht, und der durch ihre That zugefügte Schaden mußte ersetzt werden (Gell. XI, 18, 8; Gai. III, 189). — Die Frage, unter welcher Voraussetzung in alter Zeit der *fur* als *manifestus* betrachtet sei, läßt sich nicht genügend lösen, ohne auf den Begriff des *furtum lance et licio conceptum* einzugehen. Schon in den XII Tafeln kommt neben dem *furtum lance et licio conceptum* das einfache *furtum conceptum* vor (Gai. III, 191). *Conceptum furtum* liegt nach Gaius III, 186 vor, wenn bei jemand in Gegenwart von Zeugen nach einer entwendeten Sache gefahndet und dieselbe bei ihm gefunden ist, es geht dann gegen ihn schon nach den XII Tafeln eine Strafklage auf das *triplum,* woneben er die Sache selbst herausgeben muß (vgl. auch Paul. II, 31, 3. 5). Die bisher meines Erachtens nicht genügend gelöste Frage ist die, in welchem Verhältnis das einfache *furtum conceptum* zu dem *furtum lance et licio conceptum* stand.[1] Zunächst kann man darauf hinweisen, daß bei dem einfachen *furtum conceptum* nicht bloß an Haussuchung, sondern überhaupt an Nachsuchung bei dem Verdächtigen gedacht ist. Aber ohne Zweifel kann diese Nachsuchung auch eine Haussuchung sein und wird es in der Mehrzahl der Fälle gewesen sein. Gewöhnlich denkt man sich das Verhältnis dieser gewöhnlichen Haussuchung vor Zeugen zu jener rituellen so, daß, wenn sich der als verdächtig von dem Bestohlenen Angesprochene eine gewöhnliche Haussuchung vor Zeugen nicht gefallen lassen wollte, dann jener zum *lance et licio quaerere,* zur rituellen Haussuchung habe schreiten müssen. Habe der Angesprochene auch diese gehindert, so habe er wahrscheinlich von jeher als *fur manifestus* gegolten.[2] Davon müßte allerdings Gaius keine Ahnung mehr gehabt aben, wie aus den Worten III, 193 hervorgeht: *nam qui vestitum quaerere prohibet, is et nudum quaerere prohibiturus est, eo magis quod ita quaesita re [et] inventa maiori poenae subiciatur.* Wie könnte er so sagen, wenn der Angesprochene wegen Verhinderung auch der solennen Haussuchung als *fur manifestus* behandelt wäre? Widersprach der rechtmäßig Angesprochene der beabsichtigten (einfachen oder solennen) Haussuchung, so entsprach es dem Geiste des alten Rechts, daß ebenso wie bei der *in ius vocatio* Gewalt gegen ihn gebraucht werden konnte, ja vielleicht, daß, wenn er sich auch der Gewaltanwendung widersetzte, er ohne weiteres als geständig, daß die Sache bei ihm sei, angesehen wurde. Meines Erachtens ist jene ganze Erklärung nur eine Verlegenheitserklärung, hervorgegangen aus der Ratlosigkeit, wie man sich das Verhältnis der einfachen zur solennen Haussuchung zurechtlegen solle. Den Schleier zu lüften, müssen wir das, was das Auffallendste ist, zu erklären suchen, nämlich, daß der, in dessen Hause die *res furtiva* infolge des *lance et licio quaerere* gefunden wurde, als *fur manifestus* behandelt wurde. Später wußte man sich dafür nur auf die positive Bestimmung der XII Tafeln zu beziehen, es nicht wirklich zu erklären und wollte darauf sogar eine eigene Einteilung des *furtum manifestum* gründen, Gai. III, 194: *Propter hoc tamen quod lex ex ea causa manifestum furtum esse iubet, sunt qui*

[1] Vgl. darüber P. Krüger in d. Ztschr. d. Savignystift. V, S. 219 ff.

[2] Vangerow, De furto concepto ex lege XII tab. p. 22 flg. N. Handjery, a. a. O. p. 16 u. p. 50 n. 59. Keller, Institutionen S. 140. M. Voigt, Die XII Tafeln II, S. 570.

scribunt furtum manifestum aut lege [intellegi] aut natura: lege id ipsum de quo loquimur, natura illud de quo superius exposuimus. sed verius est natura tantum manifestum furtum intellegi. neque enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit, manifestus sit, — — — —. at illud sane lex facere potest, ut proinde aliquis poena teneatur atque si furtum — — admisisset, quamvis nihil eorum admiserit. Aber wie kommt die *lex* dazu, den, bei welchem durch *lance et licio quaerere* die *res furtiva* gefunden ist, so scharf wie einen *fur manifestus* zu behandeln? Irgend ein innerer Grund muß doch dafür vorgelegen haben. Dieser Grund liegt meines Erachtens darin, daß die solenne Haussuchung sich unmittelbar an die Verfolgung des *fur* (das *vestigium minari, vestigium sequi,* die Spurfolge des germanischen Rechts) anschloß. „Leitet die Spur zu einem Hause, so hat der *vestigium minans* das Recht, die Öffnung des Hauses und aller Gemächer zu verlangen, *ita ut inquisitionem nec mulieri liceat denegare.*“[1] Die Spurfolge schließt sich an die Begehung der That, sie folgt dem mit der gestohlenen Sache entfliehenden Dieb bis an sein Haus. Die das Ende der Spurfolge bildende solenne Haussuchung sucht nicht bloß die gestohlene Sache: sie will den Dieb mit der Sache holen. Wird durch die Haussuchung die Sache bei ihm gefunden, so wird er mit ihr ergriffen. Der, bei welchem durch diese an seine Verfolgung sich anschließende Haussuchung die *res furtiva* gefunden wurde, war wirklich *fur manifestus.* Die eigentümliche Gestalt dieser Haussuchung ist, wie man mit Recht angenommen hat, uralt; sie kommt in ihren Grundzügen nicht bloß bei Griechen und Römern, sondern auch bei Germanen, Slaven, Kelten vor, und es ist dabei gewiß nicht an eine Entlehnung aus einem in das andere Recht, sondern an eine ursprüngliche gemeinschaftliche Institution zu denken. Durch diese Gemeinschaftlichkeit ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß die Institution im Recht des einzelnen Volks eine eigentümliche Ausprägung erfahren habe. Die römische Form dieser Haussuchung bestand nach einer Vorschrift der XII Tafeln, wie Gaius berichtet, darin, daß der den Akt Vornehmende nackt suchte, mit einem *linteum* oder, wie es sonst heißt, einem *licium* gegürtet und eine Schale, Schüssel *(lanx)* haltend. Die Späteren faßten jedenfalls das *licio cinctus* nur als eine Bezeichnung bezw. Erläuterung des *nudus* auf: Paulus p. 177 M. bezeichnet das Erfordernis der Nacktheit nur durch *licio cinctus,* und die Gloss. Taurin. n. 466 ad § 4 I. 4, 1 sagt bloß *„nudus ingrediebatur“*, ohne *licio cinctus* hinzufügen. Gaius sagt *„nudus quaerat, linteo cinctus, lancem habens“*, er faßt aber offenbar das *linteo cinctus* nur als eine nähere Bezeichnung der Art der Nacktheit auf. Nach seinem Bericht dürfen wir aber wohl annehmen, daß die XII Tafeln das *nudus* und *licio cinctus* nebeneinander nannten. Krüger und Studemund haben in ihre Gaiusausgabe statt des handschriftlichen *linteum* die Emendation van der Hoevens *licium* aufgenommen, meines Erachtens mit Unrecht. Gaius bezw. seine Gewährsmänner verstanden nicht, wie die Ansicht, es solle durch das Wort etwas bezeichnet werden, wodurch die *necessariae partes* bedeckt würden, mit dem Wort *licium* vereinbar sei: wie sie zu dem *linteum* gekommen sind, ob durch Konjektur oder eine abweichende Überlieferung, steht dahin. Die Erklärung, für welche Gaius sich entscheidet, zeigt jedenfalls, daß bei ihm *linteum* gelesen werden muß, denn wohl dieses, nicht aber *licium,* kann man für *consuti genus* erklären. Es war also schon vor Gaius fraglich, was

[1] Sohm, Der Prozeß der lex Salica S. 65. Schröder, Lehrb. der deutschen Rechtsgesch. S. 348. Brunner, a. a. O. II, S. 496 f.

licium sei; und es kann nur als ein Erklärungsversuch, nicht etwa als eine sichere Überlieferung angesehen werden, wenn man das *licio cinctus* als eine nähere Erläuterung des *nudus* betrachtete. — Sondern wir nun das Erfordernis des Unbekleidetseins von dem *licium*, so haben wir in dem erstern eine unumgängliche Voraussetzung der Haussuchung, in dem *lance et licio* die Mittel des *concipere* zu sehen. *Lance et licio* ist *ablativus instrumenti*, wie deutlich aus Gell. N. A. XI, 18, 9 hervorgeht: *ea quoque furta, quae per lancem liciumque concepta essent, proinde ac si manifesta forent, vindicaverunt.* Die Erklärung ist also verfehlt, welche *lanx* und *licium* nicht als Werkzeuge, Mittel des *concipere* erscheinen läßt. Außerdem ist bei der Erklärung nicht außer acht zu lassen, daß es sich wohl schon zur Zeit der XII Tafeln bei dem *lanx et licium* nur um Symbole, bezw. bei den damit vorzunehmenden Handlungen nur um symbolische Akte handelte. Die hier in Frage stehende Haussuchung sollte die gestohlene Sache und den Dieb fassen: auf die eine bezieht sich die *lanx*, auf den andern das *licium*. Waren beide im Hause gefunden, so konnte die Sache mitgenommen, der Dieb aber als *fur manifestus* ursprünglich gebunden werden. Das Symbol, welches in der daraus sich entwickelnden Solennität des *lance et licio concipere* das Mittel der Wegnahme der Sache darstellt, ist die *lanx;* da dieselbe nur als Symbol gemeint ist, so verliert damit das Bedenken des Gaius und neuerer, daß bei größeren Objekten die *lanx* zu klein sei, alles Gewicht. Das Symbol, welches das Mittel der Fesselung des Diebes darstellen soll, ist das *licium*, der Faden. „Symbolisch zu binden," sagt Jakob Grimm,[1] „reichte ein Zwirns- oder Seidenfaden hin," wofür er dann Beispiele aus deutschrechtlichen Quellen beibringt. Ein solches Binden mit Seide wurde nach ihm auch bei der Zulieferung schädlicher Menschen (Vagabunden) beobachtet. In dem Erfordernis des Unbekleidetseins kann auch ich nichts weiter erblicken, als eine Garantie für den Hauseigentümer, daß von dem Suchenden nichts jenen Verdächtigendes in das Haus erst hineinpraktiziert werde. Daß es so gemeint war, daran zu zweifeln verbieten zwar nicht die Erklärungen griechischer Scholiasten,[2] wohl aber die Erklärungen in den von Grimm angeführten alten skandinavischen Gesetzen selbst.[3] — Bei der nicht solennen Nachsuchung in Gegenwart von Zeugen handelt es sich, wie schon bemerkt wurde, um die Fahndung der *res furtiva* selbst, nicht mehr um Ergreifen des *fur* auf frischer That. Wenn aber jemand, welcher im Verdacht steht, die Sache zu besitzen, den Besitz derselben ableugnet und dieselbe nun dennoch durch Nachsuchung bei ihm gefunden wird, so kann ihm nicht nur die Sache abgenommen werden, sondern es geht eine Klage gegen ihn auf Leistung des dreifachen Wertes derselben. Der Grund davon, daß das *furtum conceptum* schärfer als das *furtum nec manifestum* geahndet wurde, lag in dem böslichen Ableugnen des Besitzes des entwandten Objekts, welcher dann doch durch das *concipere furtum* in für alle augenfälliger Weise konstatiert wurde. Hatte aber jemand einem andern eine gestohlene Sache zugesteckt, damit sie eher bei diesem, als bei dem, der sie ihm gegeben, gefunden werde, so stand dem erstern gegen diesen eine *actio furti oblati* auf den dreifachen Wert der Sache zu. — Bei Gellius XVI, 10, 8 wird die *furtorum quaestio cum lance et licio* unter den altertümlichen, auf die Zwölftafelgesetzgebung sich stützenden Instituten genannt, welche durch die

[1] Rechtsaltertümer S. 182 f. [2] Vgl. d. Angaben bei Keller, a. a. O. S. 140.
[3] Vgl. auch Brunner, a. a. O. S. 496.

lex Aebutia beseitigt seien. Zeitgemäßere Satzungen des prätorischen Edikts traten, wie wir später sehen werden, an die Stelle. Die Beseitigung aber jener alten Haussuchung mit ihren symbolischen Beigaben und eigentümlichen Wirkungen äußerte auf die Begriffsbestimmung des *furtum manifestum* eine Rückwirkung aus. Es entstanden Zweifel darüber, bis zu welchem Moment eine Ergreifung des *fur*, so daß er als *fur manifestus* gölte, zulässig sei. Nach altem Recht hatte der entfliehende Dieb auf frischer Spur bis zu seinem Hause verfolgt werden und bei der sich daran anschließenden Haussuchung im Hause ergriffen werden können. Die Haussuchung mit dieser Folge fiel fort. Hatte der *fur* die Sache in sein Haus gebracht, so galt er, auch wenn er nun noch mit der Sache ergriffen wurde, nicht mehr als *fur manifestus*. Welche zeitliche Grenze war von jetzt an der Ergreifung des *fur* zu stecken? Nach Gaius III, 184 sind darüber vier Ansichten aufgestellt: nach der ersten ist *fur manifestus* der, welcher während der Begehung der That ergriffen wird; nach der zweiten auch der, welcher innerhalb der Grenzen des Orts, an welchem das *furtum* begangen ist, z. B. innerhalb der Grenzen der Weinpflanzung, in welcher er Trauben entwendet hat, ergriffen ist; nach der dritten auch der, welcher ergriffen ist, bevor er die gestohlene Sache dorthin, wohin er sie zu bringen beschlossen, gebracht hat; nach der vierten sogar, wenn er nur mit der gestohlenen Sache gesehen wurde. Gaius sagt, die beiden letzten Ansichen hätten keine Billigung gefunden, eine der beiden ersten Ansichten werde angenommen, die meisten hätten sich aber für die zweite Ansicht entschieden. Daß die letzte Ansicht, welche von der Ergreifung des *fur* ganz absieht und nur darauf abstellt, daß er noch gesehen ist, keine Billigung fand, ist leicht begreiflich. Diejenige Ansicht, welche sich an den alten Begriff am nächsten anschloß, ist die dritte, und diese ist nicht, wie Gaius sagt, mißbilligt worden, jedenfalls nicht von den bedeutendsten Juristen. Sie wird geteilt von Sabinus, nach Gellius XI, 18, 18: *Manifestum autem furtum est, ut ait Masurius, quod deprehenditur dum fit. faciendi finis est quum perlatum est, quo ferri coeperat;* von Cassius, Julian, Ulpian, Paulus (l. 3 § 2, l. 5, l. 21 pr. D. de furtis 47, 2. Paul. II, 31, 2). Die Zweifel an der Richtigkeit derselben, welche Gaius u. a. hegten, waren allerdings bei den späteren veränderten Lebensverhältnissen nicht unberechtigt, denn wie sollte man zeitlich das *furtum manifestum* begrenzen? Der *fur* wollte vielleicht die Sache nach einem weit entfernten Bestimmungsort, vielleicht gar in eine andere Stadt oder in eine andere Provinz, bringen. Muß er an demselben Tage, an welchem er das Delikt beging, ergriffen sein, oder ist die Frist auf mehrere Tage, und wie viele, zu begrenzen? Ich sehe nicht, wie die der von Gaius verworfenen Ansicht anhängenden Juristen diese Zweifel zu lösen wußten. Die Frage war die, welches ist der *finis faciendi?* Mit der Vollendung der Begehung des *furtum* ist die Grenze erreicht, bis zu welcher der *fur* während der Begehung ergriffen werden kann. Die Ansichten der Zeiten über diese Frage können verschiedene gewesen sein.

Beim *furtum nec manifestum* mußte sich der Bestohlene mit einer durch ein Abkommen mit dem *fur* festzusetzenden Geldbuße begnügen. Auch hier tritt die öffentliche Gewalt, soweit unsere Kenntnis zurückreicht, vermittelnd ein; dem *fur* ist in den XII Tafeln auferlegt, das Abkommen auf das Doppelte des Wertes des gestohlenen Gegenstandes zu treffen. Dieses nötigenfalls zu erzwingende Abkommen des *fur* mit dem Bestohlenen über das zu leistende Geldquantum hieß *damnum decidere*. Das *decidere* ist aber immer ein Abkommen, welches den Be-

trag des vom Delinquenten dem Verletzten zu Leistenden festsetzt. Davon noch verschieden ist das *pacisci*, der Vertrag des Delinquenten mit dem Verletzten vor der Klage oder doch der Verurteilung, wodurch jeder Anspruch des letztern aus dem Delikt aufgehoben werden kann. Es ist auch später nur zulässig bei solchen Delikten, welche ursprünglich durch Privatrache des Verletzten geltend gemacht werden konnten: es ist ein die Privatfehde beendigender gütlicher Friedensschluß.[1] — Unfraglich ist die *condictio furtiva* jünger, als die *actio furti* auf das *duplum*. Für die Beantwortung der Frage, wann etwa sie aufgekommen, bieten sich folgende Momente. Bei dem *furtum manifestum* und dem *furtum conceptum* konnte der Bestohlene die ergriffene Sache wieder an sich nehmen oder konnte bei dem gewöhnlichen *furtum conceptum*, falls der, bei welchem die Sache gefaßt war, selbst Eigentum behauptete, die *rei vindicatio* anstellen. Anders beim *furtum nec manifestum*, wo die Sache nicht zur Hand war. Zur Durchsetzung der *rei vindicatio* war der Nachweis erforderlich, daß der Beklagte die Sache besitze, sie konnte ursprünglich auch nicht gegen den, *qui dolo desiit possidere*, angestellt werden. Den Bestohlenen also gegenüber dem *fur nec manifestus* neben der *actio furti* aufs *duplum* auf die *rei vindicatio* zu beschränken, während er beim *furtum conceptum* außer dem *triplum* die gestohlene Sache sicher zurückerhielt, mußte als ungerecht erscheinen. So kam man darauf, dem bestohlenen Eigentümer die zum *repetere* grundloser Vermögenszuwendungen bestimmte *condictio* auf *dare oportere* gegen den *fur* zu gewähren. Sofern sie auf *dare*, d. h. Eigentumsverschaffung ging, paßte sie dem juristischen Begriff nach nicht, denn der Bestohlene war, so lange die Sache existierte, immer noch Eigentümer, aber dem praktischen Bedürfnis nach war sie die geignete Klage, da infolge derselben der *fur*, wenn er die Sache selbst nicht zurückgab bezw. zurückgeben konnte, mindestens den vollen Sachwert ersetzen mußte. Die Gewährung der *condictio* gegen den *fur* wird geschehen sein, bevor es eine *condictio incerti*, also auch eine *condictio possessionis* gab, aber überflüssig ist sie doch durch das Aufkommen der *condictio possessionis* nicht geworden, *„longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis"*. Um die Anomalie, welche trotz alledem darin lag, daß der Eigentümer auf *dare oportere* klagen konnte, zu mildern oder doch als solche kenntlich zu machen, mußte wohl, abweichend von dem, was sonst für die *condictiones* galt, in der *intentio* der Klagformel zu dem *dare oportere* die *causa*, also *ex causa furtiva* hinzugefügt werden. Daraus erklären sich gewisse Eigentümlichkeiten dieser *condictio*, die sie, obwohl sie im allgemeinen die Kondiktionennatur hat, von anderen Kondiktionen unterscheiden. Es erklärt sich daraus zunächst die Entscheidung der l. 4 D. de cond. furt. 13, 1: *Si servus vel filiusfamilias furtum commiserit, condicendum est domino id quod ad eum pervenit: in residuum noxae*

[1] Aus der nähern historischen Verbindung, welche zwischen den beiden Delikten der *iniuria* und des *furtum* bestand, erklärt sich wohl auch eine bereits dem Trebatius unbekannte Kontroverse, von welcher Cic. ad fam. VII, 22 ihn in Kenntnis setzt, nämlich, ob die *actio furti* aktiv auf den Erben übergehe *(possetne heres, quod furti antea factum esset, furti recte agere)*. Nach Cicero haben Sex. Aelius, M. Manilius und M. Brutus diese Frage noch verneint. Sie nahmen an, daß, wenn der Bestohlene bei seinen Lebzeiten selbst nie die *actio furti* angestellt, er dasselbe stillschweigend verziehen habe, also der Erbe, ebenso wie der Erbe des Injurierten, nicht mehr darauf zurückkommen könne. Nach alter Anschauung war das *furtum* kein reines Vermögensdelikt, wie das *damnum iniuria datum*, sondern enthielt ein Moment persönlicher Kränkung.

servum dominus dedere potest. Als wirkliche Noxalklage ist hier die *condictio furtiva* mit nichten gegeben, denn dann würde sich der Gewalthaber völlig von der Haftung durch *noxae deditio* frei machen können. Hier geht die *condictio* zunächst auf das, *quod ad eum pervenit;* bezüglich des Restes wird darauf Rücksicht genommen, daß in der *intentio* die *causa furtiva* als Grund des *dare oportere* hervorgehoben ist, und daher ein Satz angewendet, welcher sonst nur bei Deliktsklagen gilt. Ferner erklärt sich aus jenem Zusatz der *intentio,* daß bei der Schätzung des gestohlenen Gegenstandes der Zeitpunkt ins Auge zu fassen war, *quo res unquam plurimi fuit* (l. 8 § 1 D. de c. f. 13, 1). Aus der auf bloßes *dare oportere* lautenden *intentio* hätte eine Kondemnation mit dieser Schätzung nicht hergeleitet werden können. Weiter erklärt sich daraus, daß aus dem *furtum* vom bestohlenen Eigentümer nicht bloß die besondere *condictio furtiva,* sondern auch (falls der Anspruch auf eine bestimmte Geldsumme geht) die gewöhnliche *condictio certi* angestellt werden konnte (l. 9 § 1 D. de reb. cred. 12, 1: — — *sed et ex causa furtiva per hanc actionem condicitur*). Auch kann aus dem *furtum* möglicherweise die gewöhnliche *condictio ex iniusta causa* angestellt werden. Aus der Hervorhebung der *causa furtiva* in der *intentio* der *condictio furtiva* erklärt sich endlich auch, daß dieselbe wegen einer unter Ehegatten während der Ehe verübten Entwendung nicht stattfinden konnte, eben weil sie den Grund des *dare oportere* geradezu als *furtum* bezeichnete: es konnte also, falls die *rerum amotarum actio* nicht begründet war. nur die *condictio certi* oder die *condictio ex iniusta causa* aushelfen (l. 6 § 6. l. 24 u. 25 D. de act. rer. a. 25, 2). Die eigentliche *furtiva condictio* ist nur dann unter Ehegatten zulässig, wenn sie nicht ein unter ihnen während der Ehe, sondern ein schon vor der Ehe oder gegen den Erblasser des einen vom andern begangenes *furtum* geltend machen soll (l. 3 § 2 D. eod. tit.).

Um den Umfang des Begriffs des römischen *furtum* und die einzelnen Merkmale desselben, soweit es ein historisches Interesse bietet, darzulegen, ist zunächst festzustellen, welches die gegen das *furtum* durch ein Verbot der Rechtsordnung geschützten und eventuell durch dasselbe verletzten Interessen sind. Es genügt nicht, wenn wir vorläufig von anderen Berechtigten, als dem Eigentümer, absehen, zu sagen, es sei das Eigentum, welches dadurch geschützt werde. Auch die *hereditas* kann Eigentum haben, und es kann daher z. B. wegen schuldvoller Beschädigung einer Erbschaftssache die *actio legis Aquiliae* erworben werden,[1] aber ein *furtum* an *res hereditariae* ist *hereditate iacente* nicht möglich. Das *furtum* enthielt eine Entziehung der faktischen Herrschaft über die Sache. Wo der faktischer Herrschaft fähige Eigentümer fehlt, wie bei der *hereditas iacens,* und wo auch keiner im Namen des Eigentümers die faktische Herrschaft ausübt, ist Entziehung faktischer Herrschaft, also *furtum,* nicht denkbar. Die *actio furti* ist später ausgedehnt auf jeden, *cuius interest rem non perdidisse,* also auf den. welcher auf Grund rechtlicher *causa* nur die Detention der Sache hat und die *custodia* für dieselbe trägt (Gai. III, §§ 205 ff.).[2] Man hat wohl mit Recht gesagt,[3] daß der Begriff des *furtum* früher enger begrenzt war, und der weite Begriff, wie er in den Definitionen der römischen Juristen erscheint, sich erst unter

[1] L. 13 § 2, l. 15 pr. l. 43 D. ad leg. Aq. 9, 2. L. 13 § 5 D. quod vi 43, 24.

[2] Quintus Mucius und Servius Sulpicius haben nach l. 77 (76) § 1 D. de furt. 47, 2 diese Ausdehnung schon gekannt.

[3] Wächter in Weiske's Rechtslexikon III (1841), S. 355.

dem Einflusse der Doktrin gebildet habe. Als aber die Doktrin anfing über den Begriff zu reflektieren, war wenigstens ein Teil der Juristen geneigt, den Begriff nach bestimmten Richtungen weiter und unbestimmter zu fassen, als es später geschehen ist. Es scheint gerade unter den republikanischen Juristen (den *veteres*) eine Ansicht gegeben zu haben, welche das *furtum* nach bestimmten Richtungen noch weiter faßte, als es die Mehrzahl der Juristen bezw. später die allgemeine Ansicht that. Diese Minderzahl scheint es als zum *furtum* genügend angesehen zu haben, daß jemand einen andern dolos um das faktische Haben, den Besitz der Sache brachte, wenn auch eine Besitzanmaßung von seiten jenes gar nicht stattgefunden: sie nahmen also an, wie Gellius es, offenbar nach juristischer Vorlage, ausdrückt, *furtum sine ulla quoque attrectatione fieri posse, sola mente atque animo, ut furtum fiat, annitente.* Von diesem Gedanken aus haben jene *veteres* entschieden, *eum, qui mulionem dolo malo in ius vocasset, si interea mulae perissent, furti teneri.* Daß er durch dolose *in ius vocatio* das Abhandenkommen, Verlorengehen der *mulae* bewirkt hatte, genügte ihnen zum Begriff des *furtum.* Dieselbe Vorstellung vom *furtum* ließ nach der bei Gell. XI, 18 erhaltenen Angabe des Sabinus den wegen *furtum* verurteilen, *qui cum fugitivus praeter oculos forte domini iret, obtentu togae, tamquam se amiciens, ne videretur a domino, obstitisset:* er wurde nicht unter dem Gesichtspunkt der Beihilfe verurteilt, sondern weil er dolos den Herrn um den Besitz, das Haben des Sklaven gebracht hatte. Auch in der dolosen Ableugnung eines Depositum wollte diese Ansicht bereits ein *furtum* sehen. Die Mehrzahl der Juristen und, soweit wir sehen, später alle nahmen an, daß *furtum sine contrectatione fieri non potest.*[1] Dieses *contrectare* oder *attrectare* ist das sich faktische Bemächtigen, die Besitzergreifung der Sache. Befindet sich die Sache bereits in der Detention der betreffenden Person, z. B. eines Depositars, Kommodatars, so muß doch irgend eine Veränderung in der faktischen Lage der Sache, ein *loco movere* stattfinden, um den *animus furandi* zur Ausführung zu bringen (l. 3 § 18 D. de a. p. 41, 2). Etwas Weiteres, das Wegbringen, *auferre* der Sache, ist zur Begründung der *actio furti* nicht erforderlich, wohl aber zu der der *condictio furtiva.* Begonnen ist die das *furtum* zustande bringende Thätigkeit schon mit der ersten Apprehension der Sache, zu Ende ist sie geführt, wenn der Dieb die Sache an ihren Bestimmungsort gebracht. Weil während dieser ganzen Zeit die Begehung des *furtum* noch fortgesetzt wird und erst mit jenem Moment ihren Abschluß erreicht, so gilt ja der während irgend eines Moments jener Thätigkeit ergriffene Dieb als während der That ergriffen, während er, wenn er erst nach Abschluß derselben entdeckt wird, *fur nec manifestus* ist. Die erste Apprehension genügt nun schon, um die *actio furti* zu begründen. Aber weil während jenes ganzen Thätigkeitsverlaufs noch ein Ergreifen des Diebes mit der Sache und damit ein unmittelbares Festhalten der faktischen Herrschaft des Bestohlenen über die Sache möglich war, so galt während dieser Zeit die Sache noch nicht sicher aus der faktischen Herrschaft des Bestohlenen in die des *fur* gelangt, und eine *condictio furtiva* gegen den *fur* war erst möglich, wenn die Sache wirklich als *furto ablata* bezeichnet werden konnte. Gegen den *fur manifestus* war sie also nur dann möglich, wenn er vor oder bei der Ergreifung die gestohlene Sache vernichtet hat.[2]

[1] L. 52 § 19 D. de furt. 47, 2.
[2] L. 10 D. de cond. f. 13, 1.

Das innere Moment des *furtum* betreffend, wird der in der That sich kundgebende *animus* wohl einfach als *animus furandi* bezeichnet. Auseinandergelegt enthält aber derselbe nach der Auffassung der Juristen der Kaiserzeit, wie sie in der Definition des Paulus hervortritt, zweierlei: die *fraus* oder den *dolus* und die *mens ut lucri faciat*. Jene Minderheit der *veteres*, welche schon darin ein *furtum* sah, daß der Eigentümer durch die widerrechtliche absichtliche Veranstaltung eines andern um den Besitz seiner Sache gebracht war, begnügte sich wohl mit der *fraus* oder dem *dolus*, und im Gegensatz gegen diese Auffassung wird von der überwiegenden, zum Siege gelangten Ansicht die *mens lucri faciendi* hinzugefügt sein. Der *animus lucri faciendi* ist die Absicht, sich einen Vermögensvorteil, einen Vorteil, der zu Geld abschätzbar ist, von der betreffenden Sache zu verschaffen, gleichgültig, wie dieser Vorteil dann verwandt werden soll. Das *lucrum* aber, welches der *fur* sich verschaffen will, kann etwas Verschiedenes sein: es kann die ganze Sache oder nur ein Gebrauchen derselben oder der Besitz derselben sein. Nach der Verschiedenheit der Richtung des *animus lucri faciendi* gestaltet sich das *furtum* zum *furtum rei ipsius* oder *furtum usus* oder *furtum possessionis*. Wächter[1] bezeichnet diese als Hauptrichtungen der diebischen Kontrektation und hebt daneben den *animus lucri faciendi* als etwas Besonderes hervor. In Wahrheit ist aber das *lucrum*, welches der *fur* sich anmaßen will, entweder die *res* im ganzen oder ein Gebrauchen derselben oder der Besitz derselben, die Kontrektation aber kann in allen drei Fällen dieselbe sein: auch wer widerrechtlich eine fremde Sache gebrauchen will, muß sich zunächst derselben bemächtigen, und damit ist das *furtum* schon vollendet. Danach werden wir auch die bekannte Definition in l. 1 § 3 D. de furtis 47, 2: *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus possessionisve* erklären müssen. Regelmäßig läßt man die letzten Genitivi *(rei, usus, possessionis)* von *contrectatio* abhängen: dann wäre das erste *rei* hinter *contrectatio* ganz überflüssig, und es hätte kürzer gesagt werden können: *Furtum est contrectatio fraudulosa vel ipsius rei vel etiam usus possessionisve lucri faciendi gratia.* Nach der richtigen Auffassung beziehen sich aber jene letzteren Genitivi, wie schon Birnbaum,[2] Dollmann[3] u. a. bemerkt haben, auf *lucri faciendi*. Es handelt sich entweder um das *lucrum rei ipsius* oder das *lucrum usus* oder das *lucrum possessionis*. Bei dieser Erklärung ist das erste *rei* nicht überflüssig: mag der *animus lucri faciendi* auf die *res* oder den *usus* oder die *possessio* gerichtet sein, immer ist eine *contrectatio rei* erforderlich. Die Absicht, irgend ein *lucrum* der bezeichneten Art zu machen, liegt nicht vor, wenn jemand die Sache eines andern ergreift und sie in einen Abgrund wirft oder sonst vernichtet, hier liegt vielmehr nur der *animus damni dandi* vor. Nicht aber wird der *animus lucri faciendi*, die Absicht, sich einen Vermögensvorteil anzumaßen, durch den vielleicht nicht egoistischen Zweck ausgeschlossen, zu welchem der *fur* die Sache verwenden will (l. 14 § 2 D. de praescript. verb. 19, 5). „Selbst Crispin, welcher den Reichen das Leder stiehlt, um den Armen unentgeltlich Schuhe daraus zu verfertigen, ist ein Dieb."[4] Fraglich ist, wie die verschiedenen Entscheidungen in l. 39 und l. 83 (82) § 2 D. de furt. 47, 2 miteinander zu vereinigen sind. Nach der ersten Stelle

[1] Rechtslexikon III S. 358. [2] N. Archiv f. Kriminalrecht XIII, S. 420 A. 101.
[3] D. Entwendung S. 8 u. die dort A. 19 Angeführten. Vgl. auch Schirmer in d. Ztschr. d. Savignystift. V, S. 209.
[4] Klien, Revis. d. Grundsätze über d. V. d. Diebst. S. 131.

soll, wenn jemand *meretricem alienam ancillam* geraubt oder verborgen gehalten hat, kein *furtum* vorliegen; nach der letztern soll gegen den, *qui ancillam non meretricem libidinis causa subripuit,* die *actio furti* begründet sein. Aus der Motivierung, welche Ulpian für die erste Entscheidung giebt, „*nec enim factum quaeritur, sed causa faciendi, causa autem faciendi libido fuit, non furtum*", wird der zwischen den beiden Fällen bestehende Unterschied nicht ersichtlich, vielmehr dürfte danach auch in dem zweiten Fall kein *furtum* angenommen werden. So sagt denn auch Klien, ob die römischen Juristen diesen Unterschied mit Überlegung gemacht, bleibe ungewiß; einen ausreichenden Unterschied derselben habe er wenigstens nicht auffinden können. Meines Erachtens ist der Unterschied darin begründet, daß die *ancilla meretrix,* da sie *meretrix* ist, zur Befriedigung der Wollust für alle bestimmt ist, das *rapere* oder *celare* derselben *libidinis causa* also nicht als ein Anmaßen des Gebrauchs der *ancilla* wider Willen ihres Herrn angesehen werden kann. Das verhält sich natürlich anders bei der *ancilla non meretrix:* das *surripere* derselben *libidinis causa* enthält ein *furtum usus.* Ursprünglich wird man nur ein *furtum rei ipsius* gekannt haben, aber auch das *furtum usus* ist alt, denn nach dem Bericht des Labeo bei Gell. VII (VI), 15 § 2 hat nicht bloß Q. Mucius Scaevola in seinem Werke de jure civili gesagt: *Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive quod utendum accepit, ad aliam rem quam accepit, usus est, furti se obligavit,* sondern schon der Jurist Brutus pflegte sich dahin zu äußern, *furti damnatum esse, qui iumentum aliorsum duxerat, quam quo utendum acceperat; item qui longius produxerat, quam quem in locum petierat.* Jünger ist das *furtum possessionis.*[1] Dasselbe ist ein *furtum,* welches der Eigentümer an seiner eigenen Sache, z. B. gegenüber dem Faustpfandgläubiger, begeht. Man kann zweifeln, ob Sabinus es schon gekannt hat, denn seine Beschreibungen des *furtum* beziehen sich auf die Begehung an einer *aliena res,* Gell. XI, 18 § 20: *Qui alienam rem attrectavit, cum id se invito domino facere iudicare deberet, furti tenetur.* § 21: *Qui alienum iacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur, sive scit cuius sit, sive nescit.*

Soweit die Ansichten römischer Juristen bekannt sind, haben sie immer auch den Raub unter den Begriff des *furtum* subsumiert, also die Heimlichkeit der That nicht als ein Begriffsmoment des *furtum* angesehen. Daß das Recht zur Zeit der XII Tafeln schon derselben Auffassung gefolgt sei, bezweifle ich: es deuten vielmehr verschiedene Anzeichen darauf hin, daß Klandestinität damals ein Begriffsmerkmal des *furtum* war. Schon daß die That selbst als *subripere* bezeichnet wird, in welchem Wort der Begriff des heimlichen Entziehens liegt, deutet darauf hin.[2] Aber auch die Einteilung in *furtum manifestum* und *nec manifestum* paßt vollständig nur für die heimliche Entwendung. Für diese macht es einer einfachen Anschauung einen wesentlichen Unterschied aus, ob sie in einer aller Augen deutlichen Weise ertappt wird oder nicht. Für den offen begangenen Raub aber hat sie keinen Sinn, es konnte sogar von Papinian die Ansicht ausgesprochen werden, daß der *raptor* überhaupt als *fur manifestus* anzusehen sei, was allerdings nach der Ansicht, wonach der *fur* nur bei der That, oder bevor er die Sache an ihren Bestimmungsort gebracht hat, gesehen zu sein braucht, zutrifft. Nicht außer acht zu lassen ist

[1] Wächter im Rechtslexikon III S. 363 A. 50.

[2] Namentlich ist es von Bedeutung, daß die *lex Atinia* den Ausdruck gebraucht (Gell. XVII, 7, 1). Andere zahlreiche Nachweise bei Voigt, XII Tafeln 2. Bd. S. 553 A. 2, u. Hube, De furtis p. 62.

ist auch, daß der *fur* in alter Zeit als *improbus* bezeichnet wurde, der älteste Ausdruck für die Ehrlosigkeit. Eine noch unausgebildete Rechtsanschauung sieht die heimliche Entwendung für verächtlicher an, als die rohe Gewaltthat: durch die erstere wird man hinterrücks überrascht, gegen die letztere kann man die eigene Kraft einsetzen. Daß der *raptor* ursprünglich nicht unter den Begriff des *fur improbus* fiel, ist, meine ich, noch aus den Deduktionen der Juristen der Kaiserzeit zu erkennen. L. 14 § 12 D. quod metus causa 4, 2: — *quamvis qui rapuit, fur improbior esse videtur, ut Iuliano placet.* L. 2 § 10 D. vi bonor. raptor 47, 8: — *nam Iulianus scribit eum qui vi rapit furem esse improbiorem* —. Gai. III, 209: *Qui alienas res rapit, tenetur etiam furti* — — *recte dictum est eum improbum furem esse.* Daß hier ständig versichert wird, der *raptor* sei *fur improbus* oder *improbior*, verrät das Gefühl der Juristen, daß der Ausdruck *fur improbus* eigentlich auf den *raptor* nicht paßt. Daß man aber die alte Anschauung aufgab und das Begriffsmerkmal der Klandestinität fahren ließ, ist begreiflich genug; denn einer gereiftern Rechtsanschauung mußte es einleuchten, daß, da der Raub, abgesehen von der Klandestinität, alle anderen Momente des *furtum* enthalte und, was er vor diesem voraus habe, nämlich die Gewaltthätigkeit, ihn noch gemeingefährlicher mache, man den Beraubten nicht auf Eigenmacht und die gewöhnlichen Besitz- und Eigentumsschutzmittel beschränken dürfe, sondern den *raptor* mindestens den für das *furtum* geltenden Strafbestimmungen unterwerfen müsse. Und auch als die *rapina* zu einem besondern Begriff ausgebildet war, unterfiel sie doch immer auch noch dem Begriff des *furtum*, es kann also nicht etwa dadurch erst das *furtum* das Merkmal des Klandestinen aufgenommen haben. In den juristischen Definitionen wird daher nicht hervorgehoben, daß die That *clam*, sondern nur, daß sie *invito domino* geschehen sein müsse (Gell. XI, 18, 20; Gai. III, 195, 198, 209; l. 46 § 7 D. de furtis 47, 2; l. 225 D. de verb. sign. 50, 16).

Bei der Weite, welche die Doktrin und Praxis dem Begriff des *furtum* gegeben hatten, ist es nicht auffallend, daß einige Juristen auch die Ansicht aufstellten, es könne an einem *fundus* oder *locus* oder an *aedes* ein *furtum* begangen werden. Daß Sabinus, von welchem Gellius berichtet, er habe dieser Ansicht gehuldigt, der erste gewesen, der sie aufgestellt habe, steht ganz in der Luft, ja wird durch die Angabe des Sabinus (Gell. XI, 18, 3), *condemnatum quoque furti colonum, qui fundo, quem conduxerat, vendito, possessione eius dominum intervertisset* widerlegt, denn danach muß auch in der Praxis damals diese Ansicht Vertreter gehabt haben. Doch scheint die Mehrzahl der Juristen nie dieser Ansicht gewesen zu sein, denn sonst wäre die Bestimmung der *lex Plautia* und *Iulia*, daß die *res vi possessae* der Ersitzung entzogen sein sollten, überflüssig gewesen. Die Mehrzahl ging eben von der Anschauung aus, daß dasjenige, was man nicht *tollere, ferre, loco movere* könne, auch nicht mögliches Objekt eines *furtum* sei.

Wie der *fur nec manifestus* haftet, *cuius ope consilio furtum factum est*, einerlei, ob das *furtum manifestum* oder *nec manifestum* ist (l. 34 D. de furtis 47, 2). Die Haftung dieses Gehilfen setzt voraus, daß das *furtum* seitens des Thäters selbst vollendet ist. Wo das *furtum* nicht vollendet ist, kann auch von keiner Haftung unter dem Gesichtspunkt der Beihilfe die Rede sein. Die Klage gegen den, *cuius ope consilio furtum factum est*, ist alt. Das zeigt die bei Cic. de natura deor. III, 30 § 74 erhaltene Formel: *Inde illa actio, ope consilioque tuo furtum aio factum esse*, welche offenbar aus der Zeit der Legis-

aktionen herstammt. Das Alter der Klage wird ferner durch l. 27 § 21 D. ad leg. Aquiliam 9, 2 bewiesen, wo es heißt: *Si quis de manu mihi nummos excusserit, Sabinus existimat — — — si ad aliquem pervenerunt, ope consilio furtum factum agendum, quod et antiquis placuit.* Auch Gaius III, 202 erwähnt, welche Anwendungsfälle dieses Anspruchs die *veteres* in ihren Schriften angeführt haben. Auch die asyndetische Verbindung *ope consilio,* welche ohne Zweifel aus der Formel der Klage herrührt, zeugt für das Alter des Anspruchs, denn wenn sich auch solche Asyndeta gerade in Formeln und formelhaften Wendungen länger erhalten haben, so sind sie gewiß darin nicht spät entstanden. denn die klassische Latinität war den Asyndeta im allgemeinen abgeneigt,[1] wie denn Cicero sogar in der früher angeführten Formel *ope consilioque* und Gaius IV, 37 *consiliove* setzt. Daß aber die asyndetische Verbindung die offizielle ist, zeigen die erhaltenen *Litterae singulares O. C. = ope consilio.*[2] Nach Paulus (l. 53 § 2 D. de verb. sign. 50, 16) soll darüber gezweifelt sein, ob das *ope consilio* so zu verstehen sei, daß beides zusammen vorhanden sein müsse, oder ob jedes für sich zu nehmen sei, so daß auch das Vorhandensein eines genüge. Paulus erklärt die Ansicht Labeos für richtiger, daß jedes für sich genüge. Das scheint denn auch die vorwiegende Ansicht der Juristen gewesen zu sein. *Consilium ferre* und *opem ferre* sind eine verschiedene Art der Teilnahme an dem fremden Delikt, wie am klarsten aus l. 50 § 3 D. de furtis 47, 2 hervorgeht. *Consilium ferre* ist Überreden, Antreiben zum Delikt, Ratgeben dafür, also Anstiftung. *Opem ferre* ist irgend welche thätige Beihilfe leisten dafür. Jedes von beiden genügt, damit gegen den Teilnehmer die *actio furti* (wenn auch in besonderer Formelkonzeption) begründet sei. Dagegen kann nur gegen den, *qui fecit furtum* (bezw. seinen Erben), nicht aber gegen den, *cuius ope consilio furtum factum est,* nach l. 5 u. 6 D. de cond. f. 13, 1 die *condictio furtiva* angestellt werden. Die von Cohn[3] gegebene Interpretation der Worte *„ope consilio furtum factum est“,* wonach dieselben auch auf den Thäter selbst bezogen werden können, ist von Lenel[4] vollauf widerlegt worden. Nur das Argument, welches Cohn aus l. 53 § 2 D. de v. s. 50, 16 entnimmt, scheint mir durch Lenel nicht genügend beseitigt zu sein. Hier ist nämlich von einem *qui ope* bezw. *qui consilio furtum facit* gesprochen. Cohn sagt, es sei unmöglich, daß der bloße Teilnehmer, dem sonst die Qualität des *furtum faciens* ausdrücklich abgesprochen werde, in dieser Weise bezeichnet werde. Lenel entgegnet darauf, es sei dem Paulus und Labeo (dessen Worte jener citiere) an diesem Orte gar nicht auf technisch genaue Ausdrucksweise angekommen, und wie nahe liege die Umkehrung des formularen *„ope consilio N^i N^i furtum factum esse“* in ein *„qui ope consilio furtum fecit“,* zumal da ja auch der bloße Teilnehmer *„furti tenetur“.* Mit dieser Beseitigung des Cohn-schen Arguments kann ich mich nicht einverstanden erklären. Mir scheint es

[1] Schmalz, Lat. Stilistik in J. von Müllers Handb. d. klass. Altert.-Wiss. II, 2. Aufl. S. 581 f.: „Schon Varro beschränkt den Gebrauch, Cicero hat in vielen asyndetischen Verbindungen eine Konjunktion angefügt, Cäsar vollends verschmäht das Asyndeton fast ganz.“

[2] Daß man schon in alter Zeit die Anstiftung oder Beihilfe neben dem *furtum* hervorhob, zeigen auch die *leges oleae legendae* und *faciundae* bei Cato de agricult. 144, 2: *sese oleam non surripuisse neque quemquam suo dolo malo;* 145, 2: *sese — neque alium quemquam suo dolo malo — oleam surripuisse.*

[3] Beiträge z. Bearb. d. röm. R. Heft II, S. 8 ff. Vgl. auch Pernice, Labeo II, S. 65, A. 16.

[4] D. ed. perp. S. 260 ff.

unmöglich, daß Labeo und Paulus den Ausdruck *ope consilio furtum facere* gebraucht haben sollen. Auch der Ausdruck *post veterum auctoritatem* in dem Sinne von: in späterer Zeit, in welcher die *veteres* nicht mehr so in Ansehen standen, rührt schwerlich von Paulus selbst her, er verrät die Hand der Kompilatoren. Eine Veranlassung für sie, hier zu interpolieren, lag in einer Änderung, welche Justinian (sei es auf Grund der Praxis seiner Zeit, sei es ohne solche Grundlage) vorgenommen hat. Im § 11 I. de obl. quae ex d. n. 4, 1 heißt es: — *certe qui nullam operam ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti:* also *cuius consilio,* aber nicht *ope furtum factum est,* soll nicht mit der *actio furti* belangt werden können. In l. 53 § 2 D. de v. s. 50, 16 soll nun der Schluß: *nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit* ganz den in den Institutionen ausgesprochenen Satz wiedergeben, daß der bloße Ratgeber *non tenetur furti.* Weiter ist nun anzunehmen, daß die Worte: *„sic enim alii condici potest, alii non potest“,* welche mit l. 6 D. de cond. f. 13, 1 in Widerspruch stehen, auch nicht von Paulus herrühren. Justinian wollte den, *cuius ope furtum factum est,* völlig dem *fur nec manifestus* gleichstellen, er hat daher gegen ihn nicht bloß die *actio furti,* sondern auch die *condictio furtiva* zugelassen.[1]

2. *Iniuria.*

§ 70. Verschiedene Bestimmungen der XII Tafeln werden in der Kaiserzeit allgemein unter den allgemeinen Begriff der *iniuriae* subsumiert: von Gaius III, 223 (welcher überhaupt nur diese beiden nennt) die *propter membrum ruptum* und die wegen *os fractum aut conlisum,* von Paulus rec. sent. V,4, 6 die *de famosis carminibus, membris ruptis et ossibus fractis,* von demselben *libro singulari et titulo de iniuriis* (Collat. II, 5, 5) die über die leichteren mit 25 *asses* geahndeten Injurien und über *os fractum,* von Gellius XX, 1, 32 ff. die über die leichten Injurien, *de osse fracto* und *de membro rupto.* Keine Nachricht, kein äußeres Indicium spricht dafür, daß die Zusammenstellung dieser Bestimmuugen unter die *actio iniuriarum* aus einem erst von den Juristen der Kaiserzeit geltend gemachten systematischen Gedanken hervorgegangen sei. Sie scheint vielmehr eine von alters her überlieferte gewesen zu sein und auf den XII Tafeln selbst, in welchen jene Bestimmungen nebeneinander gestanden haben werden, beruht zu haben. Ob jenen Sätzen ein einheitlicher Gedanke zu Grunde gelegen habe, wird eine Betrachtung derselben zeigen.

Die erste Bestimmung betrifft den Fall, *si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri.*[2] Es ist vielleicht nicht überflüssig, zu bemerken, daß eine andere Bestimmung der XII Tafeln, von welcher uns die Worte *„qui malum carmen incantassit“* erhalten sind,[3] mit der hier in Frage stehenden nicht zusammengeworfen werden darf: jene bezog sich auf die Anwendung von Zauberkünsten, ein Gegenstand, welcher der Gesetzgebung nicht

---

[1] Vgl. über den Widerspruch zwischen L. 6 D. de cond. furt. 13, 1 und L. 53 § 2 D. de v. s. 50, 16 Windscheid, Lehrbuch d. Pandektenrechts 6. Aufl. II § 453 A. 5.

[2] Cic. de republica IV, 10, 12. Tuscul. IV. 2, 4. Arnob. advers. gent. 4, 34. Horat. sat. II, 1, 80 ff. Porphyrio ad v. 81.

[3] Plin. n. h. 28, 2, 10—17. Noch Landsberg, Injuria u. Beleidigung S. 29, identifiziert das *malum carmen incantare* und das *occentare.* Das Richtige lehrt Bruns, Fontes ed. 5 p. 27 sq.

fremd war, wie das *„qui fruges excantassit“* zeigt. Bei dem *occentare* u. s. w. handelt es sich aber um mündliche Gesänge und schriftliche Gedichte, welche dem, auf welchen sie sich beziehen, *infamiam* oder *flagitium* machen. Dabei ist nun gewiß nicht bloß an die zulässige Grenze überschreitende Spottverse, Spottgedichte zu denken, denn unter dieser Voraussetzung wäre die darauf gesetzte Strafe auch bei der Strenge jener Zeiten unerklärlich.[1] In dem *occentare* liegt zunächst der Sinn des öffentlichen Vortragens der Schmähverse, so daß ihr Inhalt von vielen gehört werden kann[2] und im Volk verbreitet wird; sodann muß der Inhalt ein verleumderischer sein, welcher den, auf welchen sich das Machwerk bezieht, moralisch zu ruinieren, seinen guten Namen völlig zu vernichten geeignet ist *(quod infamiam faceret flagitiumve alteri)*. Wie der Thäter den guten Namen des Verleumdeten zu zerfleischen, zu zerreißen suchte, so soll er selbst dem Gesetze nach dem *fustuarium supplicium* unterliegen.[3] Es ist das als eine Art *talio* anzusehen. Ursprünglich war hier wohl die Privatrache zulässig, an deren Stelle dann jene durch das Gesetz bestimmte Strafe trat.

Die zweite und dritte der hier in Betracht kommenden Bestimmungen der XII Tafeln beziehen sich auf Körperverletzungen, und zwar lautet die zweite nach der Überlieferung: *Si membrum rup[s]it, ni cum eo pacit, talio esto:*[4] wenn jemand einem andern ein Glied abgeschlagen oder sonst zerstört hat, so soll das Recht der gleichen Vergeltung, das Auge um Auge, Zahn um Zahn stattfinden. Klar ist, daß es sich hier nur um die unter die Kontrolle des Gemeinwesens bezw. seiner Organe gestellte Privatrache handelt. Dafür spricht auch, daß nach Cato (wohl für den Fall, daß der Verstümmelte selbst nicht zur Ausübung der *talio* fähig ist) *talione proximus cognatus ulciscitur.*[5] Das Recht auf die *talio* mußte, seitdem es unter jene Kontrolle gestellt war, vor dem Magistrat geltend gemacht werden, und *in iudicio* erkannte der Richter, wenn er die Rechtsbehauptung des Klägers begründet fand, auf *talio*. Ursprünglich mußte nun der Beklagte, wenn der Kläger auf der Geltendmachung seines Rechts bestand, sich die Durchführung der *talio* gefallen lassen. Nach späterer, wohl durch die Praxis aufgekommener Milderung brauchte der Beklagte sich die Durchführung der *talio* nicht gefallen zu lassen: gehorchte er dem auf *talio* lautenden Ausspruch des *iudex* nicht, so schätzte der letztere den klägerischen Anspruch zu Gelde ab und kondemnierte den Beklagten zu einer Geldsumme. Ähnlich also, wie bei den späteren *actiones arbitrariae*, ging der Geldkondemnation ein die Naturalerfüllung des Anspruchs dem Beklagten ansinnender Ausspruch des *iudex* voraus, welcher aber im Fall der Nichtbefolgung von seiten des Beklagten nicht exequiert wurde. Darf man der Angabe Catos bei Priscian trauen, und betrifft dieselbe überhaupt römisches Recht, so fand ursprünglich die Talion auch wegen *os fractum* statt. Nach den XII Tafeln aber war dies nicht mehr der Fall, die betreffende Bestimmung derselben war

[1] Voigt, XII Tafeln II S. 525, meint, wegen *occentus* sei zur Strafe der 25 Asse nur noch als Strafverschärfung bloße *verberatio* hinzugetreten.

[2] Ps. Cornutus in Pers. Sat. 1, 123: — *qui publice invehebatur*. Fest. p. 181 M. occentassint. Thomae Thes. nov. latin. p. 398 M. occentare clare et aperte convitiare.

[3] Ps. Cornutus l. c. Porphyrius in Hor. Epist. 1, 123.

[4] Gell. XX, 1, 4. Festus v. Talionis p. 363 M. Gai. III, 223. § 7 I. de iniur. 4, 4.

[5] Priscianus (gramm. 6, 13, 69).

vielmehr nach unserer Überlieferung: *Manu fustive si os fregit libero, CCC, [si] servo, CL poenam subito.*[1] Es stand also eine feste Geldstrafe darauf, wenn jemand einem andern mit Faust oder Knittel einen Knochen zerbrochen oder zersplittert, und zwar 300 *asses,* falls der Betroffene ein Freier, 150 *asses,* falls er ein Sklave war.

Endlich die vierte Bestimmung setzte auf die gegen einen andern begangene *iniuria* eine Strafe von 25 *asses,* sie lautete nach Gellius: *si iniuriam alteri faxsit, viginti quinque poenae sunto.*[2] *Poena* ist hier weiter nichts als die zu festem Geldbetrage gesetzlich abgeschätzte Privatrache, welcher Betrag nach der Schwere der angeführten Verletzungen ein größerer oder geringerer war. Der Grundbegriff von *poena* ist eben der der Abschätzung.[3] Schöll will in dem angeführten Satz das *alteri* tilgen, welches nicht der gedrungenen Kürze der XII Tafeln entspreche. „*Iniuria enim semper fit alteri, et aeque bene exspectaveris ‚si membrum alteri rupit'* etc." Aber beides scheint sich doch nicht ganz gleich zu stehen. Bei der Bestimmung *si membrum rupsit* konnte das *alteri* wegbleiben wegen des folgenden *ni cum eo pacit.* Hinzugefügt findet sich aber das *alteri* auch in der auf das *occentare* bezüglichen Bestimmung *(quod infamiam faceret flagitiumve alteri).* Auch bei dem *si iniuriam — faxsit* durfte eine Bezeichnung des andern, gegen dessen Person die Widerrechtlichkeit verübt wird, nicht fehlen. Auch in der Collat. II, 5, 5 wird die Bestimmung so angegeben: *Qui iniuriam alteri facit* etc. Die Frage, was in dieser Bestimmung unter *iniuria* verstanden sei, läßt sich nicht beantworten, ohne auf jene andere einzugehen, ob ein einheitlicher Gedanke, und welcher, den angeführten Bestimmungen der XII Tafeln zu Grunde liege. Die späteren Römer haben die *iniuria* der letzten

[1] Coll. leg. M. et R. II, 5, 5. Gai. III, 223. § 7 I. de iniur. 4, 4. Gell. XX, 1, 32.

[2] Gell. XX, 1, 12 u. 31. Fest. p. 371 M.: *Viginti quinque poenae in XII significat viginti quinque asses.* Gai. III, 223. Gell. XVI, 10, 8.

[3] Ich setze wörtlich hierher, was mir Osthoff freundlichst über die Etymologie von *poena* mitteilt, weil es juristisch in mehr als einer Beziehung interessant ist: „Griech. ποινή ‚busse, entgelt, strafe', auch in gutem sinne ‚belohnung' geht formal auf ein altes **qoinâ* zurück, ein nach ausweis der genau übereinstimmenden *avest. kaêna* f. ‚busse, strafe', altlit. *kaina*, abulg. (akirchensl.) russ. *cěna* f. ‚preis' schon in indogermanischer vorzeit fertig ausgeprägtes wort. Der grundbegriff war der der ‚schatzung, abschätzung', wie er deutlicher noch in dem mit ποινή wurzelverwandten τῑμή ‚schätzung, werthschätzung', ‚preis', ‚entschädigung, busse', ‚ehre, würde' hervortritt. Dazu auch noch τίνυμαι, ‚lasse büssen, strafe, räche', eigentlich ‚schätze für mich (den entgelt) ab', τίνω ‚büsse, bezahle', τίω ‚schätze, ehre', ἄ-τιτος ‚ungebüßt, unbezahlt', ‚ungeächt', ‚ungeehrt, ungeachtet', τίσις ‚nach voraufgegangener schätzung bestimmter ersatz, entschädigung, vergeltung', ‚busse, strafe' (τίσιν δοῦναι Herod. wie lat. *poenam dare*), auch ‚belohnung'. Τῑμή aus **qī-mâ* neben ποινή aus **qoi-nâ*, wie z. B. τίς, τί = lat. *quis, quid*, neben ποῦ, ποῖ, πόθεν, πόθι, πότερος vom stamme πο- = lat. *quo-(d):* es entspricht griechischer lautregel, daß altes *q (kw)* zu τ vor *i-* und *e*-vocalen (vgl. noch τε = lat. *que*, τέτταρες = *quatuor*), dagegen zu π vor *o*-vocal verändert wird. — Das lat. *poena* steht zu griech. ποινή unzweifelhaft in dem verhältniß eines lehnworts, wofür mit bestimmtheit das lautliche indicium zeugt, daß nach *quod, quis, que, quatuor* u. dgl. echt lateinisch nur *qu-* der griechischen lautdoppelheit π- und τ- in ποινή, τιμή u. s. w. entsprechen dürfte. Vgl. G. Curtius, grundz. d. griech. etym. [5] 472, Leo Meyer bei Saalfeld, tensaurus Italograecus 906. Allerdings muß die entlehnung von *poena* in verhältnißmäßig frühe zeit hinaufgehen, nicht nur, weil das wort bereits in den fragmenten der zwölftafelgesetze begegnet, sondern auch, weil es innerhalb der lateinischen sprachgeschichte selbst fruchtbar an ableitungen geworden ist und diese, wie *pūnio, im-pūnis*, teilnahme an echtlateinischem vocalwandel zeigen. Über frühzeitige beeinflussung der Römer durch die Griechen auf dem Gebiete der rechtspflege im allgemeinen vgl. O. Weise, die griechischen Wörter im latein, Leipz. 1882. S. 263 ff."

Bestimmung nicht als die einzige angesehen. Der Jurist Sextus Caecilius sagt bei Gellius XX, 1, 31: *Iniurias factas quinque et viginti assibus sanxerunt. non omnino omnes, mi Favorine, iniurias aere isto pauco diluerunt — —. sed iniurias atrociores, ut de osse fracto — — impensiore damno vindicaverunt; quibusdam autem iniuriis talionem apposuerunt.* Paulus ferner bezeichnet in Collat. II, 5, 5 den Satz: *Qui iniuriam alteri facit* etc. als die *lex generalis*, welcher gegenüber es auch *speciales* gegeben, als ein Beispiel welcher er den Satz: *Manu fustive si os fregit* etc. angiebt. Gaius III, 223 endlich bezeichnet auch die Strafe wegen *membrum ruptum* und wegen *os fractum aut conlisum* als *poena iniuriarum* und fügt dann hinzu: *propter ceteras vero iniurias XXV assium poena erat constituta.* Herrmann[1] hat nun behauptet, die späteren römischen Schriftsteller hätten die hier besprochenen Bestimmungen der XII Tafeln auf dem Grunde oder unter dem Einflusse der durch das Ediktsrecht nachmals eingeführten Veränderungen dargestellt und hätten daher die Delikte des *membrum ruptum* und *os fractum*, wie dies nach dem Edikt richtig sei, als Arten der *iniuria*, als *species* desselben Deliktsgenus der *iniuria* behandelt. Die Worte der XII Tafeln böten dafür keinen Anhalt; nach den Namen der Delikte, *membrum ruptum* und *os fractum*, müßten diese aus dem Gesichtspunkt des erzeugten Körperschadens, des verletzten Gutes der Körperintegrität, bestraft worden sein, während der Name der *iniuria* die Möglichkeit ausschließe, hier an das nämliche Objekt der Verletzung zu denken, vielmehr das subjektive *ius* überhaupt, die Berechtigung der Person, als solche zu gelten, als der Gegenstand der Verletzung aus dem Namen hervortrete. Endlich wisse man aus Gellius bestimmt, daß auch die kulpose Begehung unter das Strafgesetz fiel. Wolle man das auch von der *iniuria* der XII Tafeln annehmen, so müsse man behaupten, daß die XII Tafeln jede widerrechtliche Verletzung, die *iniuria* im weitern Sinne, zum Vergehen gestempelt hätten. Sonach sei anzunehmen: *membrum ruptum* und *os fractum* sind auch *culpa* begehbare Verbrechen der Körperverletzung, die *iniuria* der XII Tafeln ist nur *dolo* begehbare *contumelia*. — Einen einheitlichen, den Zwölftafelbestimmungen zu Grunde liegenden Begriff nimmt Landsberg[2] an, aber er nimmt an, daß dieser alte Begriff ein inkorrekter sei: der Begriff der *iniuria* nach den XII Tafeln sei der jeder widerrechtlichen Verletzung der Person schlechtweg im Gegensatz zu den durch Entziehung oder Beschädigung erfolgenden Vermögensverletzungen, er enthalte der Potenz nach in sich Verletzung des Körpers, Entziehung der Freiheit, Notzucht und welche Schädigung oder Unbill auch immer sonst noch die Person außerhalb ihres Vermögens treffen könne, aktuell werde man allerdings zur Zeit der XII Tafeln dabei durchweg bloß an Körperverletzung gedacht haben, die Anschauung der *iniuria* aber als einer *contumelia* sei den XII Tafeln noch fremd, sie sei der zweite von jenem der XII Tafeln verschiedene Grundbegriff, welcher dem Delikt der *iniuria* des klassischen römischen Rechts zu Grunde liege. Dieser Ansicht Landsbergs ist mit jener Herrmanns das gemeinsam, daß den Bestimmungen der XII Tafeln über *membrum ruptum* und *os fractum* die Auffassung derselben als *contumelia* fern liege. Aber woraus folgt das? Etwa daraus, daß diese unmittelbaren Verletzungen der Person nicht als *iniuria* oder *contumelia* bezeichnet sind? Hätte man in dem *os fractum* nur eine Körperverletzung gesehen, so wäre nicht zu

[1] Richter und Schneider, Krit. Jahrb. 1840 VIII, 840 ff. [2] A. a. O. S. 32 ff.

erklären, warum man bei Sklaven darin nicht eine bloße Sachbeschädigung gesehen, deren rechtliche Folge ein *sarcire*, ein Wiedergutmachen, ein Entschädigen hätte sein müssen. Die auf das *membrum ruptum* gesetzte *talio* zeigt doch, daß es sich dabei um mehr als die bloße Körperverletzung gehandelt haben muß. Auch zeigt die Bestimmung über das *occentare sive carmen condere* etc., daß die Römer der Zwölftafelzeit noch andere Verletzungen der Persönlichkeit, als Körperbeschädigungen, zu empfinden und zu strafen wußten. Es war gewiß auch nicht bloß der durch das *membrum rumpere* oder *os frangere* hervorgerufene physische Schmerz der Grund der Strafbestimmungen, sondern der durch die unmittelbar gegen die Persönlichkeit gerichtete Rechtsverletzung bewirkte gemütliche, moralische Schmerz. Wenn man die Wirkungen der verschiedenartigen Rechtsverletzungen auf das davon betroffene Subjekt ins Auge faßt, so wird man die gewöhnliche Vermögensrechtsverletzung wohl als ein *in commodum* der Person und als ihre Unzufriedenheit erregend bezeichnen können: nicht aber wird man als die Folge einer solchen einen Schmerz, eine Kränkung, eine Indignation des Subjekts bezeichnen können. Wenn auch nicht ausschließlich, so ist doch immer die unmittelbar gegen die Person gerichtete, den *boni mores* zuwiderlaufende Verletzung eine solche, welche einen Schmerz derselben bewirkt, ein Rachegefühl derselben hervorruft, welches eine Löschung erheischt. Meines Erachtens trifft die Charakterisierung der *iniuriarum actio*, welche Cicero pro Caecina 12, 35 dahin giebt, daß sie *„dolorem imminutae libertatis iudicio poenaque mitigat"*, schon für die Zeit der XII Tafeln zu: es ist die in dem *membrum rumpere* und *os frangere* liegende mißächtliche Behandlung der Persönlichkeit und der dadurch bewirkte nicht bloß physische, sondern seelische Schmerz und das damit zusammenhängende Verlangen nach Genugthuung, welche als der Grund der Strafbestimmungen der XII Tafeln anzusehen sind. Indem auch auf das einem Sklaven gegenüber begangene *os fractum* eine Strafe gesetzt ist, ist er nicht als Sache, sondern als Mensch behandelt und damit zugestanden, daß auch in einem die Sklaverei anerkennenden Recht die Menschenwürde im Sklaven nicht völlig ignoriert werden darf. Müssen die Bestimmungen über *membrum ruptum* und *os fractum* in der hier dargelegten Weise verstanden werden, so verbindet sie der einheitliche Gedanke der durch jene Körperverletzungen zugefügten *contumelia* mit der über das *occentare sive carmen condere, quod infamiam faceret flagitiumve alteri*, und der über die *iniuria* schlechthin. So wahr es ist, daß mit dem Fortschritt der Kultur und der Verfeinerung des Gefühls auch das Ehrgefühl reizbarer, empfindlicher wird, so wahr ist es andererseits, daß die Römer der Zwölftafelzeit in der Gliedzerstörung und Knochenzersplitterung nicht bloß die Körperverletzung, sondern die Herabwürdigung der Persönlichkeit, also eine *contumelia* gesehen haben. Dagegen kann man auch nicht einwenden, daß das Vergehen des *membrum ruptum* und *os fractum* nicht bloß *dolo*, sondern auch *culpa* begangen werden könne, während der *contumelia* der *dolus* wesentlich sei; denn das wahre Verhältnis ist in den Worten des Sextus Caecilius bei Gellius ausgedrückt: *neque eius, qui membrum rupisset — — — tantam esse habendam rationem arbitrati sunt, ut, an prudens imprudensve rupisset, spectandum putarent.* Die Strafe der Talion oder der an deren Stelle gesetzte Abfindungszwang traf in gleicher Weise den Unschuldigen wie den Schuldigen, sagt Ihering[1] mit Recht, d. h. es wurde, auch

[1] D. Schuldmoment im röm. Privatr. S. 11.

wer vielleicht nicht absichtlich die Verletzung zugefügt, behandelt, wie wenn er sie absichtlich zugefügt hätte. Kurz: der Gedanke der durch die Körperverletzung zugefügten *contumelia* ist den Zwölftafelbestimmungen nicht fremd, wenn er auch vielleicht noch nicht in völliger Reinheit und ohne alle Nebenrücksichten erfaßt war. Was sie nun als *iniuria,* welche mit 25 *asses* geahndet wurde, angesehen haben, dafür fehlt es an näheren Anhaltspunkten. Im Vergleich zum *os frangere* müssen es als weit (um das 10fache) geringfügiger angesehene Verletzungen der Persönlichkeit gewesen sein. Daß aber nur Körperverletzungen, Realinjurien darunter begriffen seien, halte ich nicht für richtig, denn daß die Römer auch gegen andere die Persönlichkeit herabwürdigende Angriffe damals nicht unempfindlich waren, zeigt doch jene Bestimmung über das *occentare sive carmen condere.* Warum, da sie dieses so schwer ahnden, annehmen, daß weniger schwere wörtliche Angriffe ganz spurlos an ihnen vorübergegangen, ganz ungeahndet gelassen seien?

Zu reicherer Ausbildung ist der Begriff der *iniuria* erst durch das prätorische Edikt und die Jurisprudenz gekommen. Darauf wird bei der Darstellung des *ius honorarium* einzugehen sein. Auch der Inhalt der *lex Cornelia,* obwohl dadurch civiles Recht begründet wurde, soll im Zusammenhange damit erst später dargestellt werden.

3. *Damnum iniuria datum. Lex Aquilia.*

§ 71. Was die XII Tafeln an uns bekannten Bestimmungen über widerrechtliche Sachbeschädigungen enthalten haben, soll bei der Besprechung des Verhältnisses der *lex Aquilia* zum ältern Recht angegeben werden. Wenngleich die Zeit, zu welcher dieses Gesetz zustande gekommen, nicht sicher überliefert ist, so läßt sich doch Anfang und Ende eines Zeitraumes, in welchen es fallen muß, aus gewissen Momenten, welche von Pernice[1] zusammengestellt sind, ermitteln. Zwischen den XII Tafeln und der *lex Aquilia* lagen *aliae leges, quae de damno iniuria locutae sunt.* Unter den Interpreten des Gesetzes befindet sich Brutus, einer der Juristen, *qui fundaverunt ius civile,* welcher ums Jahr 690 lebte. Cic. pro Tullio c. 9 schildert die Zeit, in welcher die *lex Aquilia de damno* zustande gekommen ist, so: — *ita existimavit, apud maiores nostros, cum et res et cupiditates minores essent, et familiae non magnae magno metu continerentur, ut perraro fieret, ut homo occideretur, idque nefarium ac singulare facinus putaretur* etc. Diese Angabe, daß das Gesetz in eine Zeit fiel, in welcher die Vermögen noch klein, die Zahl der Sklaven der einzelnen Familien noch nicht groß und die Sitten noch einfach waren, wird bestätigt durch den Inhalt des Gesetzes, denn offenbar sind im ersten Kapitel des Gesetzes Sklaven und *quadrupedes pecudes* als die für jene Zeit wertvollsten Sachen vor den anderen hervorgehoben. Ackerbau und Viehwirtschaft spielten also im wirtschaftlichen Leben des römischen Volkes noch die vornehmste Rolle.[2] Doch ist andererseits nicht zu übersehen, daß es nicht die zu den *res mancipi* gehörigen beweglichen Sachen allein sind, welche den Gegenstand des ersten Kapitels der *lex Aquilia*

[1] Zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 15 ff. Vgl. zur *lex Aquilia* auch E. Grueber, The Roman law of damage to property.

[2] Zu beachten ist auch, daß die Bestimmungen des Gesetzes noch auf *aes dare damnas esto* lauten. das *aes grave* zur Zeit der Entstehung des Gesetzes also nicht aus aller Anwendung verdrängt war.

bilden, sondern namentlich auch Schafe und Ziegen: ein Zeichen, daß die Viehwirtschaft eine größere Bedeutung erlangt haben mußte, wie denn in der That infolge der Erwerbung umfangreicher öffentlicher Triften in neuen Staatsgebieten die römische Weidewirtschaft im 5. Jahrhundert einen außerordentlichen Aufschwung genommen hat.[1] Zieht man diese Momente in Betracht, so ist gar nicht unwahrscheinlich die Nachricht des Theophil. 4, 3, 15 (Scholiast zu den Basiliken LX, 3, 1), nach welcher die *lex Aquilia* zur Zeit einer Secession der Plebs zustande gekommen sein soll. Es kann dies nur die dritte Secession der Plebs vom Jahre 467 gewesen sein, infolgederen die bekannte die Plebiscite den *leges* gleichstellende *lex Hortensia* zustande gekommen ist. Noch durch ein Anderes scheint es bestätigt zu werden, daß die *lex Aquilia* eines der ersten Plebiscite gewesen; welche nach der *lex Hortensia* gegeben wurden. Brutus 34, 131 sagt Cicero folgendes: *Atque eodem tempore accusator de plebe L. Caesulenus fuit, quem ego audivi iam senem, cum ab L. Sabellio multam lege Aquilia de iustitia petivisset.* Nach Huschke[2] war die Tötung eines fremden Sklaven, nach Rudorff[3] auch die eines *quadrupes pecus*, nach Pernice[4] waren auch die gefährlicheren Vergehen des dritten Kapitels der *lex* mit einer gesetzlich normierten, vor dem Volk zu erstreitenden *multa* bedroht. Hätte aber die *lex Aquilia* Tötung fremder Sklaven u. s. w. nicht bloß als privates Vermögensdelikt, sondern zugleich als ein mit einer Kriminalanklage zu verfolgendes Verbrechen behandelt, wie hätte dann Cicero pro Tullio 9 sagen können: — *existimavit, apud maiores nostros — — — nihil opus fuisse iudicio de vi coactis armatisque hominibus; quod enim usu non veniebat, de eo si quis legem aut iudicium constitueret non tam prohibere videretur quam admonere.* Die in der *lex Aquilia* angeordnete Mult muß also eine andere Bedeutung gehabt haben. Unter anderen nachteiligen Folgen, welche in der *sanctio* eines Gesetzes gegen Mißächter desselben angedroht werden, finden sich Multen.[5] Unmittelbar nach der *lex Hortensia* war es nun nicht so unwahrscheinlich, daß Patrizier unter den rechtsprechenden Magistraten sich an den Inhalt von Plebisciten, wenigstens von solchen, die ohne Genehmigung des Senats zustande gekommen waren, nicht kehrten. Dem vorzubeugen, ordnete vermutlich die *lex Aquilia* gegen jeden, welcher das Gesetz nicht anwenden werde, eine *multa* an, welche jeder Plebejer vor einer plebejischen Tribusversammlung einklagen könne. Daher wird auch wohl in der Ciceronischen Stelle der *accusator* als einer *de plebe* bezeichnet.

Selbstverständlich ist uns von der *lex Aquilia*, soweit dieselbe erhalten, nur ein modernisierter Text überliefert. Der dispositive Teil des Gesetzes bestand, soviel wir wissen, aus drei *capita*. Der Text des ersten lautet nach Gaius libro VII. ad edictum provinciale (l. 2 D. ad leg. Aquil. 9, 2) so: *utqui* (wahrscheinlich *si quis*) *servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem* (wahrscheinlich *quadrupedemve pecudem*) *iniuria occiderit, quanti id* (vielleicht *ea res*) *in eo anno plurimi fuit* (vielleicht *fuerit*), *tantum aes dare domino damnas esto.* Von dem zweiten Kapitel ist nur der Inhalt bekannt, welchen Gai. III, 215 dahin angiebt, daß dadurch eine *actio* gegen den *adstipulator qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit* gegeben sei. Das dritte Kapitel endlich lautet nach Ulpian libr. XVIII ad Edictum (l. 27 § 5 D. h. t.) so: *Ceterarum rerum praeter*

[1] Vgl. M. Voigt, Über d. staatsrechtl. *Possessio* (Abhandl. des ph.-h. Kl. der Kön. Sächs. Gesellsch. der Wissensch. X S. 254.

[2] Gaius S. 105. [3] Röm. Rechtsgesch. I, S. 99. [4] A. a. O. S. 105.

[5] Vgl. Huschke, D. Multa S. 256. 259.

hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit (vielleicht *fuerit*) *in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.* Nach l. 11 § 6 D. h. t.: *Legis autem Aquiliae actio ero competit, hoc est domino* ist anzunehmen, daß die *lex Aquilia* in ihrer ursprünglichen Form *ero* hatte, an dessen Stelle in der modernisierten Fassung *domino* trat. Daß die Worte *praeter hominem et pecudem occisos* nicht dem Gesetze angehören, sondern ein Einschiebsel seien, hat Pernice[1] mit Recht bemerkt. Sie verstoßen nicht nur, wie er sagt, gegen die knappe Form des Gesetzes, sondern passen auch in den Wortzusammenhang nicht hinein: dieser vertrüge wohl *praeter hominem et pecudem,* aber nicht *occisos.* Wer *occisos* mit einschob, wollte andeuten, daß auch die widerrechtliche bloße Beschädigung von Sklaven und *quadrupedes pecudes* mit unter das dritte Kapitel zu ziehen sei. Wenn aber das dritte Kapitel vom *damnum facere* hinsichtlich der *ceterae res* redete, so konnte die Beschädigung von *homo* und *quadrupes pecus* unmöglich unter den Wortlaut desselben fallen. — Fassen wir nun zunächst nur das Verhältnis des ersten und dritten Kapitels ins Auge, so betraf das erstere, wie Huschke[2] es ausdrückt, Hauptschadenszufügungen, d. h. völlige Zerstörungen solcher Sachen, welche in jener Zeit die Grundlage des Vermögens der Römer bildeten, das dritte Schadenszufügungen an Sachen von geringerer Bedeutung, welches Verhältnis auch darin hervortritt, daß die Abschätzung nach dem dritten Kapitel eine mildere war, als nach dem ersten. Wie reimt es sich nun aber mit dieser Auffassung, daß Schadenszufügungen an Grundstücken, z. B. Niederbrennen eines Gebäudes, nicht unter das erste Kapitel fielen, sondern unter das dritte bezogen wurden? Kann es ursprünglich vom Gesetzgeber gemeint gewesen sein, daß Schadenszufügungen an Grundstücken, wie Niederbrennen oder Niederreißen von Gebäuden, zu den Vergehen des dritten Kapitels gehören sollten? Der theoretisch-juristische Gedanke, daß es sich bei Grundstücken, bei welchen der Boden bleibt, nur um eine teilweise Vernichtung handelt, kann doch nicht die praktisch so erhebliche gänzliche Ausschließung der Grundstücke von den Bestimmungen des ersten Kapitels bewirkt haben. Es regt sich vielmehr der Gedanke, ob nicht das Gesetz ursprünglich nur für bewegliche Sachen, nicht für Grundstücke, bestimmt war, und die Beziehung des dritten Kapitels auf Schadenszufügungen an Grundstücken erst auf Ausdehnung beruhe? Hier haben wir zunächst das Verhältnis der *lex Aquilia* zum älteren Recht ins Auge zu fassen. Ulpian sagt in l. 1 D. ad leg. Aq. 9, 2: *Lex Aquilia omnibus legibus, qui ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit: quas leges nunc referre non est necesse.* Diese Äußerung ist wohl mit Pernice[3] auf eine rechtliche Aufhebung durch eine *clausula derogatoria,* nicht mit Bethmann-Hollweg[4] auf ein thatsächliches Außergebrauchsetzen zu beziehen. Was für Bestimmungen das gewesen seien, ist nicht mehr zu ermitteln; denn weil sie rechtlich aufgehoben waren und seit der *lex Aquilia* nicht mehr zur Anwendung kamen, sind sie in Vergessenheit geraten. Aus Ulpians Äußerung übrigens entnehmen zu wollen, daß der *lex Aquilia* eine Menge detaillierter Schadensklagen vorausgegangen seien,[5] dazu bietet dieselbe keine Veranlassung: auch wenn es sich nur um zwei oder drei derartige Gesetze

[1] A. a. O. S. 14. [2] Gaius S. 109.
[3] A. a. O. S. 21. [4] D. röm. Civilpr. II, S. 295, A. 6.
[5] So Ihering, Schuldmoment S. 34, A. 70a.

handelte, waren die Ausdrücke *omnibus* und *referre* gerechtfertigt. Allerdings mußten die älteren Gesetze, um durch die *lex Aquilia* aufgehoben werden zu können, in den Bereich derselben hineinfallen. Auf die XII Tafeln haben manche Neuere[1] eine *actio* der *rupitiis sarciendis* stützen wollen, wofür man keine anderen Anhaltspunkte hatte, als die beiden von Festus überlieferten Wörter p. 265 M.: *Rupitias in XII significat damnum dederit*, und p. 322 M.: *Sarcito in XII Servius Sulpicius ait significare damnum solvito, praestato,* welche man miteinander in Verbindung brachte und so die Bestimmung herausbrachte: *Rupitias qui iniuria faxit ... sarcito.* Mommsen,[2] Schöll[3] u. a. haben dagegen angenommen, in dem verdorbenen *rupitias* stecke *rupit in* oder *rupsit in.* Auf die sprachliche Frage, ob ein Wort *rupitia* nach der Analogie von *laetitia, impolitia, saevitia, segnitia* u. a. möglich sei, einzugehen, ist weder meine Sache noch dieses Orts. Mag *rupitias* oder *rupsit* in den XII Tafeln gestanden haben, so kann keinesfalls auf eines dieser Worte die Annahme einer durch die XII Tafeln bereits eingeführten generellen Schadensklage gestützt werden: es kann sich immer nur um eine spezielle, detaillierte Schadensklage wegen eines *rumpere* irgend welcher Gegenstände handeln. Aber ist man nicht wenigstens ein allgemeines Zwölftafelgesetz über Beschädigungen durch körperliche Zerstörung anzunehmen durch die Wahrnehmung genötigt, daß die *lex Aquilia* spezielle Gesetze wegen einzelner Arten von Schadenszufügungen unberührt ließ? Man könnte sagen, dies erkläre sich nur durch den Satz: *lex generalis non derogat speciali.* Gerade deshalb aber müßten der *lex Aquilia* generelle Bestimmungen über Vermögensschädigungen vorausgegangen sein, weil es sonst an einem geeigneten legislativen Objekt für die durch Ulpian so ganz entschieden bezeugte derogatorische Wirkung des Aquilischen Gesetzes gefehlt haben würde. Schade nur, daß dann nicht bloß die XII Tafeln, sondern auch die anderen *leges,* denen durch die *lex Aquilia* derogiert sein soll, generelle Bestimmungen über Schadenszufügungen enthalten haben müßten. Fassen wir jetzt die älteren Spezialklagen, welche sich neben der *actio legis Aquiliae* erhalten haben, ins Auge. Auf heimliches Abschlagen von fremden Bäumen *(arbores succisae)* steht nach den XII Tafeln eine Strafe von je 25 *asses* für den Baum.[4] Lenel[5] hat behauptet, die *actio furtim caesarum* der Digesten dürfe nicht mit der aus den XII Tafeln stammenden *actio de arboribus succisis* verwechselt werden. Jene sei eine prätorische, *in factum* konzipierte Klage auf das Doppelte des Interesses, eingeführt mit Rücksicht auf den zu engen Thatbestand und die zu niedrige Strafe der XII Tafeln. Die von Lenel angeführten Unterschiede nötigen nicht zur Annahme einer neben der *actio legitima* stehenden prätorischen *actio arborum furtim caesarum.* Daß das *furtim* nicht schon der *actio legitima* angehört habe, wird durch l. 1 D. arb. f. c. 47, 7 widerlegt, wo es heißt: *Si furtim arbores caesae sint, et ex lege Aquilia et ex duodecim tabularum dandam actionem Labeo ait.* Wenn ferner die *actio a. f. caesarum* nicht bloß wegen *succidere,* sondern wegen *cingere, subsecare, caedere* zulässig ist, so ist darauf hinzuweisen, daß die an die XII Tafeln sich anlehnende *interpretatio* sehr frei schaltete und sehr wohl schon das *cingere, subsecare, caedere*

[1] Vgl. C. Sell, Die *actio de rupitiis sarciendis* der XII Tafeln und die dort S. 1 f. in den Anmerkungen angegebenen älteren und neueren Schriftsteller.
[2] Rhein. Museum f. Philologie XV, S. 464 f.
[3] Leg. XII tabul. reliquiae p. 96 sq. [4] Plinius N. H. XVII, 1, 7.
[5] D. Ed. perp. S. 268 f.

unter das *succidere* des Gesetzes subsumiert haben kann, wenn auch die Formel der *legis actio* unverändert auf *succidere* lautete, ebenso wie man unter das gesetzliche *arbores* z. B. auch *vites* subsumierte, ohne die Formel der *legis actio* abzuändern. Bei Aufstellung der Formel im Edikt mochte der Prätor sich dann veranlaßt finden, was die *interpretatio* unter das *succidere* subsumiert hatte, in der Formel ausdrücklich zu nennen. Wenn endlich an Stelle der 25 *asses* in der *condemnatio* der Formel das Doppelte des *quanti ea res est* gesetzt wurde, so nötigt das zwar zur Annahme einer *in factum* konzipierten Klage, aber einer solchen, bei welcher der Prätor *imitatur ius legitimum*. Es verhält sich hier also ähnlich, wie bei der *actio furti manifesti*, bei welcher an die Stelle der alten Kapitalstrafe das *quadruplum* gesetzt wurde. Wir haben noch eine besondere Äußerung Ulpians, welche deutlich zeigt, daß die *actio arb. f. c.* eine solche das Civilrecht imitierende Klage war, nämlich in l. 7 § 6 D. h. t.: *Haec actio etiamsi poenalis, perpetua est.* Die prätorischen Pönalklagen werden nur binnen kurzer Frist gegeben: diese Pönalklage aber, weil ihrem Grunde nach schon auf die XII Tafeln zurückgehend, war ebendeshalb *perpetua*, ebenso, wie die *actio furti manifesti, quamvis ex ipsius praetoris iurisdictione proficiscatur* (bezüglich des *quadruplum*), *perpetua datur; et merito, cum pro capitali poena pecuniaria constituta est.*[1] Daß neben der *actio* auf das Doppelte des Interesses noch die alte Klage auf 25 *asses* für jeden Baum fortbestanden habe, ist keineswegs anzunehmen.

Nach einer weitern Bestimmung der XII Tafeln soll, wer vorsätzlich *(sciens prudensque)* ein fremdes Gebäude oder einen neben einem Hause stehenden Getreidehaufen in Brand gesteckt hat, gefesselt, gepeitscht und verbrannt werden (worin auch wieder das Wesen der *talio* durchleuchtet). Hat er es aber nur *casu*, d. h. *negligentia*, in schuldvoller Unachtsamkeit gethan, so soll er *noxiam sarcire*, d. h. den durch seine unvorsichtige That angerichteten Schaden ersetzen (natürlich in Gelde), oder, wenn er nicht zahlungsfähig ist, in leichterer Weise gezüchtigt werden.[2] Wer die Frucht fremden gepflügten Ackerlandes bei Nacht abweidet oder abschneidet, den soll, wenn er bereits geschlechtsreif ist, Todesstrafe treffen: er soll als ein der Ceres, der Beschützerin der Feldfrucht, Geweihter aufgehängt werden; ist er aber noch nicht geschlechtsreif, so soll er nach Ermessen des Prätors ausgepeitscht werden *noxiamve duplione decerni*,[3] d. h. der von ihm zu leistende Geldersatz auf das Doppelte des angerichteten Schadens festgesetzt werden. Auch wer durch Zaubersprüche die Früchte fremden Ackers auf anderes Land herüberzulocken suchte, sollte nach den XII Tafeln der Todesstrafe verfallen.[4] Alle diese Bestimmungen beziehen sich auf Verletzungen fremder Grundstücke, und diese gerade sind durch die *lex Aquilia* nicht berührt worden, obwohl bei allen, abgesehen vom *excantare*, die sonstigen Voraussetzungen der *lex Aquilia* zutreffen; namentlich die *actio arborum furtim caesarum* wird als neben der *actio legis Aquiliae* zuständig erwähnt. Alles Gesagte führt zu dem Schluß, daß die *lex Aquilia* sich ursprünglich überhaupt nicht auf Grundstücke, sondern nur auf bewegliche Sachen bezogen hat. Jene speziellen Bestimmungen über Beschädigungen fremder Grundstücke schienen zu genügen. Man könnte dem nun entgegenhalten, daß wegen *arbores*

[1] Gai. IV, 111. [2] L. 9 D. de incendio 47, 9. [3] Plinius N. H. XVIII, 3, 12.
[4] Plin. N. H. XXVIII, 4, 17. Serv. ad Virg. Ecl. VIII, 99. Seneca Nat. Quaest. IV, 7. Augustinus de C. D. VIII, 19.

furtim caesae und *incendium* unzweifelhaft die *directa legis Aquiliae actio* zugestanden habe, das schließt aber nur eine Ausdehnung der Klage auf Beschädigungen an Grundstücken durch die Jurisdiktion und das Edikt aus. Es hat sich aber ohne Zweifel schon vor dem Aufkommen des Formularprozesses an die *lex Aquilia*, ebenso wie an die XII Tafeln, eine *interpretatio* der Jurisprudenz angeschlossen, welche auch in ihren Ausdehnungen der legislatorischen Gedanken civiles Recht schaffte, auf Grund dessen die *directa actio* gegeben wurde: die Sätze, zu welchen die analoge Anwendung seitens der *interpretatio* gelangte, wurden so angesehen, als seien sie im Gesetz selbst enthalten. Lange wird es aber nicht gedauert haben, bis man schuldvolle Beschädigungen von Grundstücken unter das dritte Kapitel der *lex* zog. Daß man auch die kulpose Beschädigung als ein *damnum iniuria datum* qualifizierte, wird die Anwendung der *lex Aquilia* auch auf Grundstücke hauptsächlich veranlaßt haben.

Bevor wir auf den Inhalt des ersten und dritten Kapitels noch etwas näher eingehen, ist der fragliche Zusammenhang des zweiten seinem Inhalte nach schon früher erörterten Kapitels mit den beiden anderen zu berühren. Das zweite Kapitel betrifft die dolose Vernichtung eines fremden Forderungsrechts durch den *adstipulator;* daß es der Gesichtspunkt der fraudulösen widerrechtlichen Vernichtung eines fremden Vermögensrechts war, welcher diese Bestimmung in Verbindung mit den anderen Bestimmungen der *lex Aquilia* setzte, wird von Gaius III, 215 als etwas Selbstverständliches ausgesprochen: *Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est.* Man wird daher hier nicht von einer Zusammenfassung nicht sachlich zusammengehöriger Bestimmungen, einer *lex satura,* sprechen können, welche, wenn nach der *lex Caecilia Didia* geschehen, gegen das Verbot derselben verstoßen haben würde.

Sowohl nach dem ersten als nach dem dritten Kapitel der *lex* muß die That, um unter die Bestimmungen derselben zu fallen, *iniuria* geschehen sein. In Bezug auf dieses Wort wird es schwer sein, zu ermitteln, was etwa der Gesetzgeber selbst schon sich bei demselben gedacht, was andererseits die Jurisprudenz etwa erst aus demselben entwickeln zu können geglaubt hat. Nicht damit kann gemeint sein das Verbot selbst, unter welches dies Gesetz die widerrechtliche Sachbeschädigung gestellt, vielmehr ist das *iniuria* eine Voraussetzung dieses Verbots. Es muß vor allem die Verletzung des subjektiven Rechts des Eigentümers an der Sache gemeint sein: dieses ist nicht etwa schon durch das *alienum alienamve* genügend ausgedrückt, denn es giebt Fälle, in denen eine fremde Sache *iure* vernichtet oder beschädigt werden kann. Daß man das Wort *iniuria* so auffaßte, zeigt Ciceros Äußerung, pro Tullio c. 11, daß auf dasselbe von seiten des Thäters eine *defensio* gestützt werden könne, ja daß es eine *latebra* sei (vgl. c. 42 u. 43). Aber es ist im Wort *iniuria* auch anderes gefunden: nicht bloß das Erfordernis der objektiven Widerrechtlichkeit der That, sondern auch das der subjektiven Rechtswidrigkeit soll darin liegen: das Erfordernis, daß die That *dolo* oder *culpa* geschehen sei. Das ältere Recht, insbesondere das der XII Tafeln, unterscheidet bei Tötungen, Beschädigungen nur zwischen Vorsatz, Absicht *(fraus, voluntas, consilium)* und *casus, fortuna.* Die volle Strafe des Verbrechens oder Vergehens trifft die vorsätzliche That. Aber auch, wenn jemand *casu* getötet oder einen Schaden angerichtet hat, so muß er doch als der, welcher den Tod oder den Schaden, wenn auch ohne seinen Willen, verursacht hat, die That irgendwie sühnen, ohne daß unterschieden würde, ob ihn irgend eine Schuld trifft oder nicht. Wer *sciens* falsch

geschworen hat, kann nicht expiiert werden; wer aber *imprudens* falsch geschworen oder ein sonstiges *piaculum* begangen, kann durch Leistung eines *piamentum* expiiert werden. Wenn jemand *imprudens* einen andern getötet hatte, so mußte die That wenigstens durch einen den Agnaten des Getöteten zu stellenden Widder gesühnt werden.[1] Wer *casu* ein Gebäude in Brand gesetzt, muß wenigstens den dadurch angerichteten Schaden ersetzen, *noxiam sarcire.* An anderer Stelle schon ist gezeigt[2] worden, daß *noxia* einen durch eine rechtsverletzende That angerichteten Schaden bezeichnet, für welchen der Thäter zwar als dessen Ursache haftet, für welchen er aber aus irgend welchem Grunde nicht die volle, die bewußte Widerrechtlichkeit treffende Verantwortlichkeit trägt. So heißt *noxia* auch der nicht *sciens prudensque,* sondern *casu* angerichtete Schaden.

In jener alten Anschauung, welche nur *fraus, voluntas* und *casus* unterschied, trat wenigstens für das Civilrecht eine Änderung ein, welche sich zum Teil an die *lex Aquilia* zu knüpfen scheint. Die *lex Aquilia* setzt nicht etwa auf eine *casu* begangene Tötung oder Beschädigung im Gegensatze der vorsätzlichen eine besondere mildere Strafe. Damit war nun nicht etwa gesagt, daß nur, wer *fraude,* vorsätzlich die fremde Sache vernichtet oder beschädigt habe, zum Schadensersatz verpflichtet sein solle. Andererseits konnte man es nicht als Willen des Gesetzgebers ansehen, daß eine jede im bisherigen Sinne *casu* begangene That dieselbe Folge treffen solle, wie die vorsätzlich begangene. Gegenüber dem Gesichtspunkt der äußern Kausalität wurde jetzt der der innern Verschuldung zur Geltung gebracht. Man wird untersucht haben, ob dem Thäter, wenn er die That auch nicht vorsätzlich begangen, sich dieselbe nicht doch zum Vorwurf machen lasse, und so wird sich denn hier der Begriff der *culpa* im Gegensatz des *dolus* einerseits und des *casus* andererseits ausgebildet haben, wenn sich auch nicht mehr ermitteln läßt, wie man ihn zuerst bestimmt hat. Das in dem Gesetz selbst gebrauchte Wort *iniuria* ließ ja der Doktrin hier völlige Freiheit.

Die That, durch welche die Beschädigung zugefügt sein muß, ist nach dem ersten Kapitel ein *occidere.* Unter dem *occidere* der *lex Aquilia* ist aber ein Töten durch unmittelbare körperliche Einwirkung des Thäters auf die Sache verstanden, wie aus l. 51 pr. D. h. t. zu ersehen: *respondit (Iulianus): occidisse dicitur vulgo quidem, qui mortis causam quolibet modo praebuit: sed lege Aquilia is demum teneri visus est, qui adhibita vi et quasi manu causam mortis praebuisset, tracta videlicet interpretatione vocis a caedendo et a caede.* Das dritte Kapitel sagt: *Ceterarum rerum si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria —.* Wie auch das Wort *damnum* abzuleiten sein mag, nicht richtig ist es, daß das Wort sich nur auf die Gesamtheit des angetasteten Vermögens, nicht auf die einzelne beschädigte Sache bezogen habe. Pernice[3] sagt: nicht diese erlitt ein *damnum,* sondern das Vermögen, dem sie angehörte. Auch nach der Auffassung der *lex Aquilia* erleide das *damnum* nicht die beschädigte Sache, sondern der Eigentümer. Gewiß erleidet der Eigentümer den Schaden, aber an der beschädigten Sache, als Eigentümer gerade dieser Sache, nicht als Subjekt des ganzen Vermögens; die *lex Aquilia* versteht unter *damnum* den an der beschä-

[1] Cic. Top. 17, 64. pro Tullio 21, 51. Festus p. 347. 351 M. Serv. ad Virg. Ecl. IV, 43. ad Ge. III, 387.

[2] Vgl. S. 104 f. [3] A. a. O. S. 94 ff.

digten Sache angerichteten Schaden; daß der Eigentümer dadurch betroffen ist, wird durch das *alteri* ausgedrückt. Der Schaden muß aber durch eine unmittelbare körperliche Einwirkung des Thäters zugefügt sein, und zwar bezeichnet das Gesetz selbst eine mehrfache Art der Einwirkung, das *damnum* muß durch *urere, frangere, rumpere* angerichtet sein. Die *interpretatio* hat dann freilich die *directa legis Aquiliae actio* nicht auf diese drei Arten körperlicher Einwirkung beschränkt. Eine Handhabe bot das Wort *ruperit* der ausdehnenden Auslegung: das *rumpere* verstand man als gleichbedeutend mit *corrumpere* und nahm an, das Gesetz habe erst einige spezielle Arten der Schadenszufügung aufgeführt und dann einen allgemeinern Begriff, der jene spezielleren umfaßt, hinzugefügt (l. 27 § 16 D. h. t.). So konnte man denn sagen: *non solum usta aut rupta aut fracta, sed etiam scissa et conlisa et effusa et quoquo modo vitiata aut perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur* (Gai. III, 217). Diese unter dem Schein einer Wortinterpretation in Wahrheit ausdehnende Auslegung rührt schon von den republikanischen Juristen her (l. 27 § 13 D. h. t.: *rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt „corruperit". § 22: Si mulier pugno vel equa ictu a te percussa eiecerit, Brutus ait Aquilia teneri quasi rupto).*

Die von der *lex Aquilia* angeordnete Schätzung des vernichteten oder beschädigten Gegenstandes ist eine eigentümliche: nach dem ersten Kapitel soll *quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum aes,* nach dem dritten *quanti ea res fuerit in XXX diebus proximis, tantum aes* dem Eigentümer gegeben werden. Savigny[1] und Bethmann-Hollweg[2] haben angenommen, die *intentio* der *actio legis Aquiliae,* also die Obligation des Thäters aus dem *damnum iniuria datum* sei, wie die aus dem *furtum nec manifestum,* auf *damnum decidere oportere* gegangen. Das ist schon mit den überlieferten Worten der *lex* unvereinbar. Das *damnum decidere oportere* ist der *furti obligatio* und den ihr nachgebildeten Fällen eigentümlich, beim *furtum* ist es an die Stelle der eigentlich zulässigen Privatrache getreten, es ist unter Vermittelung des Richters stattfindende Ablösung der Privatrache, welche aufs Doppelte des zugefügten Schadens geht. Wegen des *damnum iniuria datum* ist Privatrache nicht zulässig, der Anspruch des Beschädigten geht auch nicht aufs Doppelte des zugefügten Schadens: der Nachteil, welcher den Thäter trifft, ist die Leistung des abzuschätzenden Schadens an den Eigentümer. Es war aber ein ganz gesunder Gedanke des Gesetzgebers, daß bei der Abschätzung nicht gerade der Wert, welchen die vernichtete Sache zur Zeit der That hatte, zu Grunde gelegt werden müsse, denn nicht selten wird dieser schwer nachzuweisen gewesen sein, oder es konnte derselbe in diesem Moment gerade ein so niedriger sein, wie er, falls der Sache eine weitere Existenz vergönnt gewesen wäre, nicht so geblieben sein würde. Daher soll auf den höchsten Wert gesehen werden, welchen die Sache innerhalb eines gewissen Zeitraumes vor der That gehabt hat. Der Grund, aus welchem man diesen Zeitraum im ersten Kapitel zu einem Jahr angenommen hat, scheint mir folgender zu sein. Das Jahr ist, wenigstens was das Verhältnis zu beweglichen Sachen anlangt, die äußerste Begrenzung der Gegenwart. Wer, die anderen Erfordernisse vorausgesetzt, die bewegliche Sache ein Jahr lang besessen hat sie die ganze Gegenwart hindurch besessen und soll sie dadurch ersessen haben. Wer im letzten Jahre die bewegliche Sache länger besessen hat, als

[1] System V, S. 570 f.
[2] Der röm. Civilpr. II, S. 302.

sein Gegner, soll als gegenwärtiger Besitzer geschützt werden. Soll der höchste Wert der Sache zu Grunde gelegt werden, welchen die Sache in der Gegenwart gehabt hat, so ist nach dem höchsten Wert zu fragen, welchen sie im letzten Jahre vor der That gehabt hat. Was die Bestimmung der Schätzung im dritten Kapitel betrifft, so fehlt hier das Wort *plurimi;* es heißt bloß *quanti in diebus XXX proximis ea res fuerit.* Daran knüpfte sich später eine Kontroverse, worüber Gaius III, 218 berichtet. Es nahmen einige an, der Richter könne nach seinem Ermessen den höhern oder geringern Wert, welchen die Sache in den letzten 30 Tagen vor der That hatte, zu Grunde legen. Sabinus aber meinte, es sei so anzusehen, als habe der Gesetzgeber auch hier das Wort *plurimi* hinzugefügt; und diese Ansicht wurde allgemein acceptiert (l. 8 D. h. t.: *Haec verba: quanti in triginta diebus proximis fuit, etsi non habent ‚plurimi', sic tamen esse accipienda constat).* Sollte aber wirklich die Weglassung des Wortes *plurimi* ganz unabsichtlich gewesen sein? Mir scheint vielmehr der Gedanke des Gesetzgebers der gewesen zu sein, daß die Sachen (in den damaligen noch einfacheren Verhältnissen) nach dem regelmäßigen Gang der Dinge innerhalb eines Monats einer Preisveränderung nicht unterlägen, daß aber eine Preisveränderung innerhalb einer über einen Monat hinausliegenden Zeit nicht berücksichtigt werden solle.[1] Es war also die Behandlung der Beschädigungen des dritten Kapitels eine mildere. Als in den Zeiten lebendigern Verkehrs die Preise der Sachen schneller wechselten, mußte natürlich jene Frage und Kontroverse unter den Juristen auftauchen. Nach dem Gesetz selbst ist übrigens nur der Wert des vernichteten Körpers selbst in Betracht zu ziehen, nicht etwa die Wirkung der That auf das gesamte Vermögen des Betroffenen, was die früher verteidigte Bedeutung des *damnum* bestätigt. So sagt ausdrücklich § 10 I. de lege Aquilia 4, 3: *Illud non ex verbis legis, sed ex*

[1] Nach dem im Text Dargelegten sind die im Aquilischen Gesetz angeordneten Zeitgrenzen der Wertsbestimmung gemeint als zeitliche Grenzen der Gegenwart. Der Richter soll den Wert abschätzen, welchen die Sache in der Gegenwart hatte, welche für die Sachen, von denen das erste Kapitel handelt, zu einem Jahr vor der That, für die Sachen des dritten Kapitels zu 30 Tagen vor der That angenommen ist. Der Richter soll nicht berücksichtigen den Wert, welchen die Sache in der Vergangenheit hatte. Daß Vergangenheit und Gegenwart nach den Kategorien der Sachen verschieden abgegrenzt sind, erklärt sich aus dem Willen des Gesetzgebers, den Beschädigten bei Vernichtung der wichtigeren Sachen des ersten Kapitels zu begünstigen. Nicht erkannt hat diese Bedeutung der Zeitgrenzen der *lex Aquilia* A. von Tuhr, Zur Schätzung des Schadens in der *lex Aquilia* S. 2 f. Er meint, das Gesetz wolle offenbar die an sich schwierige Schätzung vereinfachen und erreiche diesen Zweck dadurch, daß es den Blick des Richters auf einen bestimmten und verhältnismäßig kurzen Zeitraum fixiere. Dabei werde vorausgesetzt, daß im großen Durchschnitt die Fälle die verletzten Sachen im Verlaufe dieses Zeitraums eine wesentliche Wertsveränderung nicht erfahren hätten. Indessen der Umstand, daß das Gesetz bei der Schätzungsanweisung im ersten Kapitel das Wort *plurimi* hinzufügt, bei der des dritten Kapitels wegläßt, zeigt, daß das Gesetz eine wesentliche Wertsveränderung wohl innerhalb eines Jahres vor der That, nicht aber innerhalb eines Monats vor derselben für möglich hält und als wirklich vorkommend ansieht und die Berücksichtigung solcher Wertsveränderung im ersten Kapitel befiehlt. Tuhr meint ferner, auch die Verschiedenheit der beiden Zeiträume lasse sich vielleicht von dem von ihm bezeichneten Standpunkt aus erklären: eine vernichtete Sache lasse sich aus ihren Überresten viel schwerer schätzen, als eine bloß beschädigte. Darum sei es angemessen, dem Kläger, wenn er seinen Anspruch nur auf Thatsachen der Vergangenheit begründen könne, einen weitern Spielraum zu gewähren, als da, wo er den Augenschein der noch existierenden Sache zur Hilfe nehmen könne. Allein das dritte Kapitel betrifft ja ebensowohl die Vernichtungen, als die Beschädigungen der von ihm behandelten Sachen.

interpretatione placuit, non solum perempti corporis aestimationem habendam esse secundum ea, quae diximus, sed eo amplius, quidquid praeterea perempto eo corpore damni vobis allatum fuerit etc. Handelte es sich bei unter das dritte Kapitel fallenden *damna data* nur um Beschädigungen, nicht um Vernichtungen, so war schon nach den Worten des Gesetzes nur das *quod usserit, fregerit, ruperit,* also die durch das *urere* u. s. w. bewirkte Verminderung des Werts der Sache abzuschätzen bezw. zu leisten.[1]

Trifft nun auch nach der *lex Aquilia* den Thäter nur die Verpflichtung, die *aestimatio* des zugefügten *damnum* zu leisten, so geht dennoch seine Obligation als aus einem *delictum* entspringend auf eine *poena.* Das kann nach den Quellen keinem Zweifel unterliegen. Das, was der Thäter leisten muß, wird als eine *poena* bezeichnet.[2] Wenn von der *actio legis Aquiliae* gesagt wird, daß sie *ad rei persecutionem respicit,* so heißt das nichts Anderes, als daß der Thäter nicht neben der *aestimatio* noch eine andere *poena* verwirkt habe, er kommt (falls er die That zugesteht) mit der *aestimatio* ab. Der Pönalcharakter der *actio legis Aquiliae* zeigt sich aber recht deutlich darin, daß der Verletzte wegen derselben Beschädigung, vorausgesetzt, daß sie auf mehrere Thaten zurückzuführen ist, nicht selten weit mehr als den Ersatz derselben erhält. Haben z. B. mehrere denselben Sklaven getödtet, ohne daß klar ist, wer von ihnen der Töter ist, so haften alle auf die volle *aestimatio* des Sklaven. *et si cum uno agatur, ceteri non liberantur: nam ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena.*[3] Ebenso hat, wenn einer den Sklaven tödlich verwundet, der andere aber, bevor der Tod infolge der Verwundung erfolgt, ihn getötet, der erste die *aestimatio* der Beschädigung, der andere die wegen Tötung zu leisten,[4] der Eigentümer wird also viel mehr als den Ersatz erhalten. Eine andere Ansicht wollte in dem letzten Fall beide Thäter sogar wegen Tötung haften lassen.

Wir haben schließlich noch die Eigentümlichkeit der aus dem *damnum iniuria datum* entspringenden *actio* ins Auge zu fassen. Bezüglich dieser sagt Gaius in l. 2 § 1 D. h. t. nach Anführung des (modernisierten) Wortlauts des ersten Kapitels der *lex Aquilia: et infra deinde caretur, ut adversus infitiantem in duplum actio esset.* Derselbe Gaius bemerkt I. III, 216 mit Bezug auf das zweite Kapitel der *lex: — nisi quod ea lege adversus infitiantem in duplum agitur.* Irgend welchen Wortlaut der betreffenden Bestimmung giebt Gaius nicht an. Daß sie in dieser modernisierten Fassung, welche für die *actio legis Aquiliae* des Formularprozesses zutrifft, in der *lex Aquilia* selbst angeordnet gewesen sei, ist nicht anzunehmen. Nach der Analogie anderer auf ein *damnas esse* gehenden Verpflichtungen, welche auch später zu den *actiones, quae infitiando crescunt in duplum* gehörten, insbesondere der *actio iudicati* und der *actio depensi,* ist anzunehmen, daß die *lex Aquilia* als *modus* der prozessualischen Geltendmachung des durch das *damnum iniuria datum* begründeten *damnas esse* die *manus iniectio* angeordnet hat, aber nicht die *pro iudicato,* sondern die *pura,* bei welcher es dem Beklagten freistand, *manum sibi depellere et pro se lege agere.*

[1] Unrichtig ist die Meinung Pernices, a. a. O. S. 240, die Worte des Gesetzes (l. 27 § 5) seien gar nicht anders zu verstehen als so, daß für die beschädigte Sache deren Wert geleistet werden solle. Dieselbe falsche Auffassung findet sich jetzt bei Tuhr, a. a. O. S. 11.

[2] L. 18 § 1 D. de iudic. 5, 1. L. 11 § 3, l. 51 § 2 D. ad leg. A. 9, 2. Pauli Sent. I, 13a, § 6. Gai. III, 24.

[3] L. 11 § 2 D. eod. tit. [4] L. 11 § 3, l. 51 § 2 D. cit.

Unterlag er dann doch, so war er infolge des grundlosen *manum sibi depellere dupli damnas*. Es war also materiell auch der vermittelst der *manus iniectio pura* verfolgbare Anspruch einer, welcher durch grundloses *manum sibi depellere in duplum* wuchs. Etwas Besonderes aber hatte dieser Anwendungsfall der *manus iniectio* darin, daß das *damnas esse* und infolgedavon die *manus iniectio* selbst nicht auf eine von vornherein festbestimmte, sondern auf eine erst durch eine Schätzung zu ermittelnde Summe *aeris* ging. Unterlag der Beklagte, so konnte die *addictio* und *ductio* nicht vor geschehener Schätzung erfolgen, denn diese Akte setzten jedenfalls eine Reduktion der Damnationsforderung auf eine bestimmte Geldsumme voraus. Die weitere Frage ist die, was sich aus der so gestalteten Geltendmachung der Forderung *ex lege Aquilia* zur Zeit des Formularprozesses herausgebildet hat. Früher habe ich angenommen,[1] daß auch in dieser Zeit die *intentio* der *actio legis Aquiliae* auf ein *quanti — in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare lege (Aquilia) damnatum esse* gelautet habe. In der auf *lege damnatum (damnas) esse* lautenden *intentio* fand ich die Motivierung für die auf das *duplum* konzipierte *condemnatio*, sofern die Bestreitung einer Damnationsschuld und dennoch erfolgte Überführung das Steigen des Anspruchs aufs Doppelte herbeiführte. Es ist also jedenfalls der Einwand Barons[2] nicht begründet, daß solche Formulierung nicht schlüssig sei. Daß aber jene Formulierung richtig sei, glaube ich jetzt selbst verneinen zu müssen. Zwar kann ich nicht zugeben, daß das durch jene *lex* auferlegte *damnas esse* keine exekutivische Kraft habe, denn das wird doch wohl durch Lex col. Genet. Juliae vom Jahre 710 LXI widerlegt, in welcher die *iudicati iure manus iniectio* angeordnet ist wegen einer Forderung, welche wohl nur auf einem durch die *lex* auferlegten *damnas esse* beruhen kann. Auch kann ich nicht zugeben, daß das alte *damnas esto* sich in der klassischen Formelsprache in ein einfaches *dare oportet* umsetzt, denn die nach Gai. II, 204 für das *legatum per damnationem* im allgemeinen bestimmte *in personam actio* mit der *intentio heredem sibi dare oportere* beweist nichts für die zu denen, *quae infitiando crescunt in duplum*, gehörige *actio legatorum nomine, quae per damnationem certa relicta sunt*. Aber andererseits mangelt es an einem Beweise, daß eine *intentio* einer *in personam actio* zur Zeit des Formularprozesses auf ein *dare damnas esse* lautete: die früher auf *damnas esse* gehenden und durch *legis actio per manus iniectionem* geltend zu machenden Forderungen können einen strengen Charakter in anderer Weise und vielleicht nicht alle in derselben Weise sich bewahrt haben. Nach l. 23 § 10 D. h. t.: *Haec actio adversus confitentem competit in simplum, adversus negantem in duplum* ist anzunehmen, daß für jeden der beiden Fälle ein besonderes Klagformular bestimmt war. Das Edikt scheint ein besonderes dahin gehendes Versprechen enthalten zu haben. Auf dieses Edikt sind zu beziehen die Worte der Collatio II, 4 u. XII, 7: *Ulpianus libro XVIII ad Edictum sub titulo: si fatebitur iniuria occisum esse, in simplum et cum diceret* (andere Handschriften: *dicere, doceret, docere*). Daß die letzten drei Worte korrumpiert sind, ist offenbar; aber daß dieselben nicht in *ut condiceret* verwandelt werden dürfen, zeigt (von anderem abzusehen), wie Pernice[3] richtig bemerkt, die Unmöglichkeit der Redewendung *in simplum condicere*. Das *in simplum* deutet aber auch darauf hin, wie die Fortsetzung lautete: die Worte *et cum diceret* sind wohl entstanden aus *in eum iudicium dabo,*

[1] D. röm. Civilpr. z. Z. d. Legisakt. S. 199.
[2] Abhandl. aus d. röm. Civilpr. I, S. 215, A. 16. [3] A. a. O. S. 105.

von welchen Worten die beiden letzten abgekürzt geschrieben waren und infolgedavon falsch verstanden wurden. So wird denn auch das Edikt das Versprechen einer besondern Klage *adversus infitiantem* enthalten haben. Es fragt sich nun, welche Fassung etwa die Formeln dieser Klagen gehabt haben. LENEL[1] sagt, sie seien zweifellos *in ius* konzipiert gewesen, was zum Teil richtig, zum Teil aber unwahr ist, was die von ihm selbst vorgeschlagene Formel der Klage *adversus infitiantem* zeigt, denn diese hat in den Worten *si paret N^m N^m illum servum iniuria occidisse* entschieden einen *in factum* konzipierten Bestandteil der *intentio*. Es gab solche teils *in factum*, teils *in ius* konzipierte Formeln, was schon die von Gai. IV, 37 angeführte Formel zeigt. Solchen nicht rein *in ius* konzipierten Formeln, deren *intentio* nicht ganz unverändert aus der Legisaktionenzeit hinübergenommen, sondern zum Teil auf die prätorische Jurisdiktion zurückzuführen war, wurde auch, wie den reinen *actiones in factum conceptae*, ein sie verheißendes Edikt vorausgeschickt. Bevor ich angebe, wie ich mir die Formeln etwa denke, ist noch Folgendes zu bemerken. Allgemein scheint man sich die Sache so zu denken, daß *adversus infitiantem* eine in der Kondemnation aufs Doppelte konzipierte Formel gegeben wurde. Die Verdoppelung erst in die *condemnatio* zu verweisen, dazu geben die Quellen meines Erachtens keine Veranlassung; es wird immer gesagt, daß *lis* oder *actio per infitiationem crescit*, daß *causa* oder *actio infitiatione duplatur*, daß *adversus infitiantes dupli actio constituitur*.[2] Meines Erachtens ist danach anzunehmen, daß das Recht selbst durch das *infitiari* auf das Doppelte stieg, also die Verdoppelung schon in der *intentio* zum Ausdruck kam, zur Motivierung dieser Verdoppelung das *infitiari* des Beklagten auch erwähnt wurde. Nicht in der Meinung, die römische Fassung erreichen zu können, sondern um zu versinnlichen, wie der Gedankenbau der Formeln gewesen sein muß, möge hier angegeben werden, wie ich mir die Formeln denke. Die *confessoria actio* denke ich mir etwa so.

Si paret, Stichum A^i A^i servum, quem N^s N^s se occidisse fassus est, iniuria occisum esse, quam ob rem, quanti is Stichus in eo anno plurimi fuit, tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o dare oportet, iudex, tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Die Formel *adversus infitiantem* aber könnte etwa so gelautet haben:

Si paret, Stichum A^i A^i servum a N^o N^o iniuria occisum esse, quam ob rem, quanti is Stichus in eo anno plurimi fuit, tantam pecuniam, et, quia in iure apud me negavit N^{us} N^{us}, se illum servum occidisse, alteram tantam N^{um} N^{um} A^o A^o dare oportere, iudex, tantam pecuniam et alteram tantam N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Ob es zur *actio confessoria* kam oder zur *actio adversus infitiantem*, hing von der Wahl des Beklagten ab, davon also, ob er *in iure* ein Bekenntnis seiner Thäterschaft ablegte oder nicht. Wie aber, wenn er sich gar nicht erklärte?; dann fand das Verfahren gegen ihn statt, welches gegen den zulässig war, der sich nicht gehörig *defendit*, auf welches einzugehen hier nicht der Ort ist.[3]

---

[1] D. ed. perp. S. 158.

[2] Gai. IV, 9. 171. Paul. sent. I, 19. L. 20 § 4 D. de h. p. 5, 3. L. 7 D. de solut. 46, 3. L. 30 pr. D. de iureiur. 12, 2 u. a. St.

[3] Nicht ganz klar ist, wie DEMELIUS, Die confessio S. 185, sich die Sache für den Fall denkt, daß der Beklagte hartnäckig, auch auf Befragen des Magistrats weder gesteht noch leugnet.

4. Gesetzliche Damnationen zu Geldstrafen.

§ 72. Bei Anordnung von Geldstrafen bedienten sich die römischen Gesetze dreier verschiedener Formeln: — *multa esto,*
— *poena esto,*
— *damnas esto,*
Formeln, welche schon Cato Censor in seiner Rede für die Rhodier vom Jahre 587[1] unterscheidet. Bei dem *multa esto* ist an eine im Gesetz ausdrücklich mit fester Summe angedrohte *multa* zu denken, das *petere* geschah durch einen *accusator* in einem *populi iudicium,* es gehört also dieses *multam petere* dem öffentlichen Kriminalprozeß an. Nicht ganz aufgeklärt ist der Unterschied des *poena esto* vom *multa esto.* Bei der Formel *poena esto* soll nach Bruns[2] nur an Kriminalstrafen und Kriminalprozeß zu denken sein. Der ursprüngliche Unterschied zwischen *multae* mit festen Geldsummen und *poenae* mit festen Summen soll aber, obgleich beide durch Kriminalprozeß geltend gemacht seien, darin gelegen haben, daß die *iudicia* über die eigentlichen *poenae* zu den *iudicia publica* im engeren Sinne, welche die Infamie begründeten, gehört hätten, die über *multae* dagegen nicht. Angenommen, es sei dies richtig, so scheint damit doch nur ein Symptom des Unterschieds, nicht das Wesen desselben selbst angegeben zu sein. Auch die feste gesetzliche Mult teilt meines Erachtens das allgemeine Wesen der *multa:* sie ist *coercitio,* Zuchtmittel, Disziplinarahndung, wie sie bezüglich besonders hervorragender Verstöße gegen die öffentliche Sitte und Ordnung oder solcher, auf deren Ahndung durch die Magistrate man sich nicht verlassen mag, auch durch das Gesetz selbst in fester Summe festgesetzt und dann *populi iudicio* eingeklagt werden kann. Immer setzt sie ein *facere* voraus. Die *poena* dagegen, auch die *pecuniaria,* ist ein stets auf gesetzlicher Androhung beruhendes Übel, eine Vergeltung für einen Bruch der Rechtsordnung, für eine Verletzung der durch ein Verbot geschützten Güter und Interessen des Gemeinwesens. Die *poena* kann nicht bloß auf ein *facere* gesetzt sein, sondern auch auf einen verbotwidrigen Zustand, ein Unterschied gegenüber der *multa,* welcher deutlich aus Catos Worten hervorleuchtet: *Ecqua tandem lex est tam acerba, quae dicat: si quis illud facere voluerit, mille multa esto? si quis plus D iugera habere voluerit, tanta poena esto?* Mit der Formel — *dare damnas esto* konnten sowohl Strafen, welche an Privatleute, als solche, welche an den *populus* bezw. die *municipes, coloni* verfallen sollten, angeordnet werden. Daß ursprünglich die mit dieser Formel angeordneten Strafen vermittelst *legis actio per manus iniectionem* durch den betreffenden Privatmann oder durch den Vertreter des Volks beigetrieben werden konnten, dafür spricht einmal die Analogie anderer Damnationsverpflichtungen, insbesondere aber Plaut. Persa I, 2, 10—22:

Sed legi rupam qui damnet, det in publicum
Dimidium: atque etiam mea lege adscribitor,
Ubi quadruplator cuipiam iniexit manum
Tantidem ille illi rursus iniciat manum u. s. w.;

aus welcher Stelle hervorgeht, daß es damals Gesetze gab, welche den Gesetzesübertreter für *damnas* erklärten, *cuilibet ex populo,* welcher als Kläger auftrete, eine Summe Geldes zu zahlen, und zur Geltendmachung jenes *damnas esse* die

[1] Gell. N. A. VI (VII), 3, 37.
[2] Ztschr. f. Rechtsgeschichte III, S. 358 ff.

manus iniectio gewährten. Welche Bedeutung hatte nun aber die Formel *damnas esto* nach Aufhebung der Legisaktionen? Manche behaupten, die Klage auch bei diesen Strafen sei zu einer einfachen *condictio ex lege* geworden, die Bedeutung der Formel habe lediglich noch in einer Ausschließung des Strafprozesses und der Anordnung des Civilprozesses für Beitreibung solcher Strafen bestanden. Das soll aus der Bezeichnung der Klage durch *„petitio esto“, „actio petitio esto“, „actio petitio persecutio esto“* folgen.[1] Dem gegenüber habe ich schon früher geltend gemacht,[2] daß auch zur Zeit des Formularprozesses in diesen Fällen ein besonderes, ein mehr summarisches Verfahren stattgefunden zu haben scheine, wofür schon Rudorff[3] auf die *lex Mamilia*[4] verwiesen hatte. Eine Bestätigung hat diese Auffassung durch die *lex coloniae Iul. Genetivae* erhalten,[5] wonach das durch das Gesetz angeordnete *damnas esse* ein *iudicium recuperatorium* zur Folge hatte, bei welchem unzweifelhaft das Verfahren ein strengeres und beschleunigteres war. Wie die *intentio* dieser Klagen konzipiert war, wissen wir nicht. Mehrfach wird in den Gesetzen, welche Geldstrafen mit *populo* oder *municipibus dare damnas esto* anordnen, bestimmt, daß der die Geldstrafe in der Exekutionsinstanz für die öffentliche Kasse beitreibende Magistrat einen Teil derselben, etwa die Hälfte, dem Ankläger, *cuius opera convictus erit,* geben solle. Abweichend ist das Gesetz, welches Plautus, Persa I, 2, 10 bei den Worten vor Augen hat: *Sed legirupam qui damnet, det in publicum dimidium.* Hier ist an eine Pönalpopularklage zu Gunsten des Klägers gedacht, welcher seinerseits vom Beigetriebenen der Staatskasse die Hälfte abgeben soll.

III. Civilrechtlicher Begriff der *obligatio.*

§ 73. Es scheint hier der Ort zu sein, näher anzugeben, was das alte Civilrecht unter *obligatio* verstand. Ihren Entstehungsgründen nach teilt Gai. III, 88 die Obligationen ein in solche, welche *ex contractu,* und solche, welche *ex delicto* entspringen. Derselbe Gaius trägt aber nach l. 1 pr. D. de obl. et act. 44, 7 *libro secundo aureorum* eine dreigliedrige Einteilung der Entstehungsgründe der Obligationen vor: *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.* Unter dem dritten Einteilungsgliede der *variae causarum figurae* bringt er dann, wie aus l. 5 D. eod. tit. hervorgeht, die Obligationen unter, in denen jemand weder *ex contractu* noch *ex maleficio* obligiert ist, und bezeichnet einen solchen, je nachdem seine Obligation einer Kontraktsobligation oder einer Deliktsobligation näher steht, als *quasi ex contractu* oder *quasi ex delicto* obligiert. Danach haben die Justinianischen Institutionen (vielleicht nach älterem Vorgang) eine viergliedrige Einteilung gemacht, § 2 I. de obl. 3, 13: *Sequens divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.* Offenbar hat Gaius die zweigliedrige Einteilung in Kontrakts- und Deliktsobligationen als die Grundeinteilung angesehen, seine Worte in den Institutionen lauten sogar so, als ob er sie für erschöpfend ansah: *omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto,* was nicht so streng zu nehmen ist. Sie war wohl jedenfalls die ursprüngliche, von alters her überlieferte, einstmals

[1] Bruns, a. a. O. S. 362.
[2] Civilpr. z. Z. der Legisaktionen S. 200.
[3] Ztschr. f. geschichtl. Rechtswissensch. XIV, S. 369 f. [4] Cap. 55.
[5] Vgl. CXXV. CXXVI. CXXVIII. CXXIX. CXXX. CXXXI. CXXXII.

vielleicht erschöpfende. Das dritte Einteilungsglied der *variae causarum figurae* ist offensichtlich ein erst später aufgestelltes, welches sich durch seine Charakterlosigkeit dazu eignete, Obligationsentstehungsgründe, welche man den beiden anderen Kategorien nicht zuteilen konnte, in sich aufzunehmen, und die weitere Einteilung desselben in *obligationes, quae quasi ex contractu nascuntur,* und solche, *quae quasi ex delicto nascuntur,* zeigt wieder, daß die Einteilung in Kontrakts- und Deliktsobligationen auch später als die Grundeinteilung angesehen wurde. Das ist für die Ermittelung des altcivilen Begriffs der *obligatio* von Bedeutung. Jede Obligation knüpft sich nach dieser Auffassung an den Willen, die Handlung der Person an: der Entstehungsgrund derselben ist entweder der von der Rechtsordnung sanktionierte übereinstimmende Wille der Parteien, der (civilrechtliche) Vertrag, oder der von der Rechtsordnung gemißbilligte, gegen ein Verbot derselben verstoßende Wille. Mit dieser Einteilung kam man allerdings im Verlauf der Zeit nicht aus: es kamen Obligationen auf, welche weder aus Kontrakt noch aus Delikt entsprangen. Immer ist es aber auch bei ihnen ein, wenn auch vielleicht nur einseitiger, Wille dessen, der obligiert wird, aus welchem die Obligation hergeleitet wird. So fehlt es der Obligation des *negotium gestor* auch nicht an dieser Willensgrundlage, ebenso nicht der Obligation des Tutors. Gerade bei dieser letztern tritt die ursprüngliche Auffassung des Wesens der *obligatio* deutlich hervor. Die *obligatio* des Tutors entspringt nicht unmittelbar aus dem *officium* des Tutors, sondern aus der *gestio,* er muß durch faktische Übernahme der *gestio* den Willen, die Geschäfte des Pupillen zu führen, kundgethan haben. Der *tutor,* welcher nicht geriert hat, ist ursprünglich nicht obligiert: es wurde zwar gegen ihn eine *utilis tutelae actio* gegeben, aber daß eine *utilis,* nicht die *directa, tutelae actio* gegen ihn zulässig ist, zeigt die ursprüngliche Auffassung, wonach nur der *tutor,* welcher durch die Übernahme der *gestio* den Willen, die Geschäfte zu führen, bekundet hat, als obligiert gilt (vgl. namentlich l. 4 § 3 D. rem pupilli 46, 6: *Sed enim qui non gessit, omnino non tenebitur: nam nec actio tutelae eum qui non gessit tenet, sed utili actione conveniendus est, quia suo periculo cessavit*). Die Obligation des Erben gegenüber dem Vermächtnisnehmer ist auf den Willen des Testators zurückzuführen. Diejenigen, welche die *condictio indebiti* zu den Obligationen, *quae quasi ex contractu nascuntur,* stellten, führten dieselbe auch auf den Willen der Parteien zurück (l. 33 D. de cond. ind. 12, 6: — *nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit*). Die Fälle der *obligationes, quae quasi ex delicto nascuntur,* kommen für die Ermittelung der altcivilrechtlichen Auffassung der Obligation nicht in Betracht, es gehören dahin nur Verhältnisse, welche durch prätorische Klagen geschützt sind. Keineswegs nahm jene alte Auffassung eine *obligatio* in allen Fällen eines *dare* oder *facere oportere* an: die *obligatio* kann Grund eines *dare* oder *facere oportere* sein bezw. werden, aber nicht jedes *dare* oder *facere oportere,* also auch nicht jede *actio in personam* beruht auf einer *obligatio.* Es kann von der Rechtsordnung auch an bloß faktische Zustände ein *dare* oder *facere oportere* angeknüpft werden, solchen Falles nimmt die altrömische Auffassung keine *obligatio* an, wie bei der *actio ad exhibendum,* der *actio aquae pluviae arcendae,* der *actio communi dividundo,* soweit sie auf Grund des Miteigentums auf Teilung geht. Dagegen soweit die *actio communi dividundo* auf *personales praestationes* gerichtet ist, konnte man zweifeln. Auch hier konnte man sagen: *magis ex re in quam impenditur quam ex persona socii actio nascitur,* und es werden ja wirklich aus dieser Auffassung in l. 46 D. de obl. et act. 44, 7 und in l. 29 D. comm. div. 10, 3

Konsequenzen gezogen. So mag es der altrömischen Auffassung mehr entsprochen haben, hier die Obligation zu verneinen, wie denn dieser Fall in l. 5 D. de obl. et act. 44, 7 nicht unter den *obligationes quasi ex contractu* aufgeführt ist. Andererseits konnte man doch sagen, daß, wenn jemand auf eine gemeinschaftliche Sache in dem Bewußtsein, daß sie eine gemeinschaftliche ist. Verwendungen macht, er, wenn er auch nicht *animo negotia gerendi* handelt, doch die Miteigentümer bezüglich des teilweisen Ersatzes obligieren will. Mit Rücksicht darauf konnte man auch hier eine auf den Willen zurückführbare *obligatio* annehmen, und so wird denn im § 3 I. de obl. quasi ex c. 3, 27 dieser Fall als eine der *obligationes quasi ex contractu* aufgeführt. Endlich die *condictiones sine causa,* sofern sie nicht, wie die *condictio indebiti,* auf ein *aliquid negotii gerere* zurückgeführt werden können, sondern nur auf Rückgabe dessen gehen, *quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur,* sind keine Obligationen im altcivilrechtlichen Sinne.

Bei der Darstellung des *ius honorarium* wird auf die historische Entwickelung des Obligationsbegriffs zurückzukommen sein.

Es ist an dieser Stelle noch auf einen andern mit dem altrömischen Begriff der *obligatio* eng zusammenhängenden Satz, nämlich den, daß keine Singularsuccession in dieselbe möglich ist, einzugehen. Meines Erachtens muß man sich durchaus auf die Seite derer stellen, welche die Auffassung des Forderungsrechts als eines Rechts an einer Handlung des Schuldners verwerfen. Man denkt sich dabei die Obligation als eine Herrschaft über einzelne Handlungen der Person, welche als aus ihrer Freiheit ausscheidend und dem Willen des Gläubigers unterworfen gedacht werden müßten. Eine Handlung des Schuldners ist aber nimmermehr etwas, was als ein willenloses Objekt dem Willen des Gläubigers unterworfen gedacht werden könnte, wie die körperliche Sache als Objekt dem dinglichen Recht unterworfen ist. Der Schuldner steht auch in der Obligation dem Gläubiger als Person, als ein von der Rechtsordnung als Selbstzweck anerkanntes Interessencentrum gegenüber: es ist unmöglich, sich eine Handlung als aus der Freiheit der Person ausgeschieden zu denken. sie wäre dann in Bezug auf diese einzelne Handlung unfrei, nicht mehr Person. Das Recht des Gläubigers hat überhaupt kein Objekt, es ist ein Recht gegen eine Person, welches in einem jenem gegenüber stattfindenden Sollen derselben in Bezug auf ein Handeln, Unterlassen, Dulden besteht, für welches Handeln u. s. w. ein bestimmtes, dem Interesse des Berechtigten dienliches Ziel gesteckt ist. Die gesollte Leistung (wenn ich mich dieses schlechten Ausdrucks bedienen darf) bildet den Inhalt des Forderungsrechts, das Ziel, welches dieser Leistung gesteckt ist, den Leistungsinhalt. Durch das Sollen, worin die Obligation besteht, wird die Freiheit der Person in keinem Punkt aufgehoben, denn der Begriff der Freiheit schließt den Begriff der Pflicht nicht aus, und das in der Obligation den Schuldner treffende Sollen um so weniger, als dasselbe nach unserer frühern Darlegung auf seinen eigenen Willen, entweder den durch die Rechtsordnung sanktionierten oder den von ihr gemißbilligten, zurückgeht. Dieses rechtliche Sollen kann sich ohne jeden Zwang als den Willen des Schuldners bestimmend erweisen, zahllose Obligationen werden ohne alle Zwangsanwendung erfüllt. Erweist es sich aber für sich nicht als wirksam, so entwickelt sich durch die Rechtsverfolgung von seiten des Gläubigers das Sollen zu einem unter unmittelbaren Zwang gestellten Sollen, einem Müssen. Für den zu der gesollten Leistung durch den Richter verurteilten Schuldner

ist durch das richterliche Urteil ein Müssen in Bezug auf die im Urteil bestimmte Leistung begründet, aber zwischen dem Sollen und dem Müssen in Bezug auf die Leistung liegt das Stadium des Prozesses, schon durch die Fixierung des Streitverhältnisses (die *litis contestatio*) steigert sich das Recht des Gläubigers: er hat dem Verklagten gegenüber ein Recht, daß dieser ihm (vorausgesetzt, daß der Kläger den *iudex* von seinem behaupteten Recht überzeugt) durch den richterlichen Spruch zu der gesollten Leistung (bezw. deren Geldwert) verurteilt, d. h., daß das Sollen in ein Müssen verwandelt werde, das bloße *dare oportere* hat sich in ein *condemnari oportere* verwandelt. Das Müssen beeinträchtigt schon die Freiheit des Schuldners. Behauptet der Ansprecher nicht ein bloßes Sollen, sondern ein Müssen des Angesprochenen, so kann er schon zu dem von der Rechtsordnung ihm zu Gebote gestellten exekutiven Zwangsmittel (der *legis actio per manus iniectionem)* greifen, und der Angesprochene, dem gegenüber ein solches Müssen geltend gemacht wird, war nach altrömischer Auffassung nicht mehr in der Lage, selbst dieses Müssen zu bestreiten, es mußte das ein *vindex* für ihn thun. Schließlich führte die strenge exekutive Durchführung dieses Müssen zur Personalhaft, ja es konnte auf äußerster Stufe zur völligen Unfreiheit bezw. zur Vernichtung der Persönlichkeit bezw. ihres Interessenkreises führen. Solange das *nexum* bestand, konnte jemand gleich von vornherein nicht ein Sollen, sondern ein solches Müssen in Bezug auf die durch das *nexum* bestimmte Leistung übernehmen, überhaupt alle Damnationsobligationen waren von vornherein auf ein Müssen in Bezug auf die betreffenden Leistungen gerichtet. Insofern kann man sagen, daß das altrömische Recht Obligationen kannte, welche schon beim Verfalltage in etwas die Freiheit des Schuldners beeinträchtigten, falls er sie nicht sofort erfüllte. —

Vergegenwärtigen wir uns, daß das Wesen der Obligation in einem dem Gläubiger gegenüber stattfindenden Sollen einer freien Person in Bezug auf die betreffende Leistung besteht, so ergiebt sich daraus meines Erachtens auch der Grund, warum hier eine Singularsuccession nicht möglich ist. Veräußern kann man ein willenloses Objekt, wie die Sache. Die Obligation hat kein sachähnliches Objekt, sie ist gegen eine Person gerichtet, welcher sie das vorher besprochene Sollen auferlegt. Die freie Person bezw. ihr Sollen ist kein taugliches Veräußerungsobjekt. Mag jenes Sollen immer einen auf Geld reducierbaren Wert in sich schließen, so ist doch dieser Wert untrennbar in das Sollen der freien Person, welches nicht, wie ein Objekt, veräußert werden kann, eingeschlossen. Einen andern Weg, den Inhalt von Obligationen zu übertragen, als den der Delegation und Novation, kannte das altrömische Civilrecht nicht. Es war erst späterer Rechtsbildung vorbehalten, den Weg zu finden, um einem Andern ein Recht auf den in dem Sollen des Schuldners gegenüber dem Gläubiger eingeschlossenen Vermögenswert zu verschaffen; eine wirkliche Lostrennung jenes Wertes von jenem Sollen hat aber auch dabei nicht stattgefunden.

Zweiter Titel. Obligationstilgungsgründe.

1. *Solutio per aes et libram. Acceptilatio.* Naturalsolution.

§ 74. Unter den Ereignissen, durch welche eine Obligation aufgehoben wird *(tollitur)*, führt Gaius III, 168, 169, 173 neben der naturalen oder reellen *solutio eius quod debetur* eine *veluti imaginaria solutio* und eine *imaginaria solutio* an. Um das historische Verhältnis derselben zu einander zu ermitteln, sind die *imaginariae solutiones* zunächst für sich zu betrachten. Die *solutio per aes et libram* ist ein Anwendungsfall der *per aes et libram gesta:* es ist derselbe Akt, welcher von Aelius Gallus[1] als *nexi liberatio* bezeichnet wird. Mit der letztern Bezeichnung wird ursprünglich nur der Liberationsakt bezeichnet sein, wodurch der *nexus* von seiner Verpflichtung wieder befreit wurde.[2] Wie man aber später als *nexum* bezeichnete, *quòdcunque per aes et libram geritur*, so wird man auch *nexi liberatio* für jede *solutio per aes et libram* gesagt haben. Jede strenge, auf ein *dare damnas esse* gehende Verpflichtung mußte ursprünglich in dieser Form aufgehoben werden. Als es noch kein gemünztes *aes* gab, wird auch der Akt der *solutio per aes et libram* kein imaginärer gewesen sein, sondern es werden dabei die Erzpfunde wirklich zugewogen worden sein. Seit dem Aufkommen der Münze wurde auch dieser Akt ein imaginärer: wie bei jedem *per aes et libram gerere*, fand dabei nur ein bildliches Zuwägen des *aes* statt; der wirkliche Zahlungsakt lag außerhalb der *solutio per aes et libram*. Als solcher imaginärer Akt kommt die *solutio per aes et libram* schon in der Erzählung des Livius über Manlius 6, 14 vor, welcher *centurionem — iudicatum pecuniae cum duci vidisset — — manum iniecit. — — Inde rem creditori palam populo solvit, libraque et aere liberatum emittit.*[3] Mit *rem — solvit* ist hier der reelle Zahlungsakt bezeichnet, woran sich der formelle Akt des *libra et aere liberare* anschloß. Die Formel der *solutio per aes et libram* ist nach der Studemundschen Entzifferung von Gai. III, 174 folgende: *Quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra. Hanc tibi libram primam postremamque expendo [secundum] legem publicam.* Die Formel wird von dem, der erwerben soll, also in diesem Falle von dem, welcher liberiert werden soll, gesprochen, während der andere nur durch Schweigen und das Annehmen des *rauduscul*um seine Zustimmung ausdrückt. Da es sich um eine Damnationsschuld handelt, welche unmittelbar die ganze Person ergreift, so ist in der Formel nicht von einem *solvere eius quod debetur*, einem *obligationem solvere*, sondern von einem *solvere* der Person in jener Hinsicht die Rede: *me eo nomine a te solvo liberoque. Solvo liberoque* ist nicht bloße Häufung von Synonyma, sondern das *libero* ist die Folge, die Wirkung des *solvo*. Das Mittel des *solvere* ist dann näher in dem Schluß-

[1] Fest. v. Nexum p. 165 M.

[2] Der Genitiv *nexi* in *nexi liberatio*, *nexi liberare* entspricht ganz dem *voti reus*, *voti liberari* (Liv. V, 28). Wenn Schmalz, Lat. Syntax S. 422 sagt: „sobald einmal Verg. *voti reus* gebraucht, holte Liv. das schon von Turpil. und Titin. und später von Nepos verwendete *voti damnari* hervor, und dieses selbst zog wieder ein *voti liberari* nach sich, was alles der Sprache Cic. und Caes. fremd ist", so trifft das doch nicht ganz zu, denn Cicero sagt de leg. II, 20, 51: *ut, cui plus legatum sit, quam sine religione capere liceat, is per aes et libram heredes testamenti solvat.* II, 21, 53: *hoc vero nihil ad pontificium ius, set e medio est iure civili, ut per aes et libram heredem testamenti solvant.* Andere Anwendungsfälle dieses Genitivs siehe bei Erman, Zur Geschichte der röm. Quittungen S. 35, A. 1.

[3] Vgl. Huschke, Nexum S. 240 f.

satz: *hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam* angegeben. In dem *expendo* liegt hier (ähnlich wie in *expromittere*) der Sinn der Bestimmung der Zahlung zur Aufhebung des Verpflichtetseins. Die Pfunde werden als genau, *primam postremam,* vom ersten bis zum letzten zugewogen bezeichnet (vgl. Liv, I, 24: *Audi, inquit Iupiter ... ut illa palam prima postrema ex illis tabulis cerave recitata sunt* etc.). Der Zusatz *secundum legem publicam* könnte darauf schließen lassen, daß sich eine Bestimmung über die *solutio per aes et libram* in den XII Tafeln gefunden habe.

Anwendbar war die *solutio per aes et libram* ursprünglich gewiß auf alle strengen Damnationsverpflichtungen, welche durch *legis actio per manus iniectionem* geltend gemacht werden konnten. Wie es damit zur Zeit des Formularprozesses stand, läßt sich nicht mit Sicherheit beantworten: vielleicht war sie beschränkt auf die Fälle der *actiones, quae infitiando crescunt in duplum,* wozu Gaius' eine gewisse Beschränkung andeutende Ausdrucksweise III, 173: *quod et ipsum genus certis in causis receptum est,* sowie die Beispiele, welche er anführt, stimmen würden. Zwei Fälle nennt er nämlich ausdrücklich. Auf den einen derselben, nämlich *si quid ex iudicati causa debeatur,* ist die von ihm mitgeteilte Formel berechnet. Dann aber soll auch der Legatar den Erben durch *solutio per aes et libram* von dem Damnationslegat befreien können. Auch Cicero de legibus II, 20, 51 u. 21, 53 bestätigt die Anwendbarkeit des Akts auf Befreiung des Erben vom Damnationslegat. Daß auf diesen Fall die angeführte Formel übrigens nicht ganz unverändert zur Anwendung kam, deutet Gaius selbst durch die Worte an (nach Studemund): *ut tamen scilicet, sicut iudicatus condemnatum se esse significat, ita heres testamento se dare damnatum esse dicat.* Daß das *testamento* als Grund des *damnas esse* in der Formel angeführt war, darauf läßt auch Cicero durch den Gebrauch der Redewendung *per aes et libram heredes testamenti solvere* schließen. Ging das Damnationslegat auf eine feste Geldsumme, so bedurfte es einer weitern Anderung der von Gaius angegebenen Formel nicht, und an diesen Fall denkt Gaius bei den Worten: *Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato quod per damnationem relictum est.* Aber darauf blieb die Anwendung dieses Liberationsmodus gegenüber dem Damnationslegat nicht beschränkt, nach Gaius' weiterer Mitteilung ist derselbe zwar nicht auf jedes Damnationslegat, aber doch auf ein solches, welches auf ein *dare* eines *certum* geht und *pondere numero constat,* anwendbar, einzelne wollten ihn sogar auf das Legat, *quod mensura constat,* anwendbar sein lassen. Daß bei dieser Ausdehnung die Gaianische Formel, abgesehen von der oben bereits angeführten Änderung, unverändert geblieben sei, darf man nicht mit Erman[1] annehmen. Unsere Formel ist eine von denen, welche neben einem ein für allemal unveränderlichen einen veränderlichen Bestandteil haben. Der demonstrative Teil: *Quod ego tibi — condemnatus sum* ist nicht bloß, was den Damnationsgrund, sondern auch was den Damnationsinhalt anlangt, veränderlich: hier war der wirkliche Inhalt des betreffenden Damnationslegats anzugeben, während das Folgende unverändert blieb: das Zuwägen des Erzstückchens war hier immer das Bild der Erfüllung einer Schuld, deren Inhalt in zuzählbaren oder zuwägbaren Gegenständen bestand. Gerade, weil ein zu starker Widerspruch zwischen dem wirklichen Inhalt der Schuld und der imaginären Darstellung desselben herauskommen würde, wollten die meisten diesen Libe-

[1] Zur Gesch. d. röm. Quittungen u. Solutionsakte S. 37.

rationsmodus nicht auf ein Damnationslegat zumeßbarer Gegenstände anwenden. Es ist gefragt worden, ob es möglich gewesen sei, durch *solutio per aes et libram* eine Damnationsschuld bloß teilweise aufzuheben?[1] Daß die Formel derselben solcher Aufhebung *pro parte* unübersteigliche Hindernisse in den Weg gelegt habe, scheint mir nicht begründet. Zwar war es gewiß nicht zulässig, daß ein auf *decem milia* Verpflichteter in dem Vordersatz der Formel nur den aufzuhebenden Teil der Schuld nannte, z. B. *„quod ego tibi quinque milibus condemnatus sum"*. Unter allen Umständen hätte er das Aufzuhebende nur als Teil der bestehenden Schuld bezeichnen müssen, aber dafür wäre doch gewiß eine Form zu finden gewesen, z. B. *Quod ego tibi decem milibus condemnatus sum, me eo nomine pro parte dimidia a te solvo liberoque* etc. Eine andere Frage aber ist es, ob sachlich eine solche partielle Aufhebung einer Damnationsschuld durch *solutio per aes et libram* möglich war. Meines Erachtens ist dies aus dem Grunde zu verneinen, weil es sich dabei um Aufhebung einer unmittelbar die ganze Person ergreifenden Verpflichtung, nicht um ein *debitum solvere,* sondern um ein *se solvere* handelte. Dieses *se eo nomine solvere et liberare* konnte nur ganz oder gar nicht geschehen, ein teilweises *se solvere* war undenkbar. Auch Cicero de leg. II, 50, 51 u. 21, 53 liefert keinen Gegenbeweis. Es handelt sich hier um die von den *pontifices* angegebenen Wege, um den, *qui morte testamentove eius tantundem capiat quantum omnes heredes* von der Haftung für die *sacra* zu befreien. Der dritte von den *pontifices* angegebene Weg bestand darin, daß der Legatar durch *solutio per aes et libram* den Erben von der Damnationsverpflichtung befreien und sich das Vermachte durch Stipulation von ihm versprechen lassen möge. Einige haben dies so verstanden, als solle das Legat durch *solutio per aes et libram* nur um die betreffende Summe gekürzt werden, um welche ihm *plus legatum sit, quam sine religione capere liceat.* Diese Erklärung stimmt aber nicht zu den Worten, welche als Wirkung jenes *per aes et libram solvere* angeben, daß *„eo loco res ita soluta hereditate, quasi ea pecunia legata non esset"*, und als Inhalt der Stipulation bezeichnen: *id ipsum quod legatum est, ut ea pecunia ex stipulatione debeatur.*

Die zweite formelle Aufhebung von Obligationen, welche Gaius nennt und als *veluti imaginaria solutio* bezeichnet, ist die *acceptilatio.* Dieselbe war zur Aufhebung von *verborum obligationes* bestimmt, als welche, außer der Stipulation, auch die *per iusiurandum liberti interposita operarum obligatio* galt. Die *acceptilatio* ist keine *imaginaria solutio* im Sinne der *solutio per aes et libram,* d. h. sie stellt in ihrer Form keinen Zahlungsakt bildlich dar, aber es ist andererseits nicht zutreffend, sie (wie Keller[2] es thut) als die umgekehrte Stipulation zu bezeichnen, denn dann würde sie der in *verba,* Frage und Antwort, gefaßte entgegengesetzte Konsens sein und etwa so, wie Huschke angiebt: *quod tu mihi dare spopondisti, id pro non sponso habesne? habeo* formuliert sein. Auch müßte es dann den verschiedenen Stipulationsformen *(sponsio, fidepromissio* u. s. w.) entsprechende Acceptilationsformen geben, während es zwar verschiedene Acceptilationsformen giebt, aber nicht gerade den verschiedenen Stipulationsformen entsprechende. Die *acceptilatio* ist stets *iuris gentium,* während, wenn es für die *sponsio* eine besondere Acceptilationsform gegeben hätte, diese dem *ius civile* im Gegensatz des *ius gentium* angehört

[1] Vgl. darüber Huschke, Nexum S. 239. Erman, a. a. O. S. 40 ff. H. Burckhard, Zu Cic. de leg. II, cap. 19—21, S. 32 ff.

[2] Intitutionen S. 171.

haben müßte.[1] Die wohl älteste uns überlieferte Acceptilationsform lautete: *Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? Habeo.* Es ist auch ein Verbalakt, wie die Stipulation, und wird auch durch genau miteinander übereinstimmende Frage und Antwort abgeschlossen, die Antwort geschieht auch durch Wiederholung des für den Akt maßgebenden Stichworts, dessen sich der Fragende in der Frage bediente. Das Umgekehrte aber der Stipulation ist die Acceptilation nur insofern, als hier der *promissor* die Frage stellt und der *stipulator* antwortet. Ihrem Inhalt nach aber lauten Frage und Antwort dahin, ob bezw. daß der Gläubiger das ihm Versprochene als ein Empfangenes habe. Einige haben darin, daß der Inhalt der Acceptilation in einer fingierten Zahlung bestehe, ein Argument für ihre Auffassung der Stipulation als eines fingierten Realkontrakts finden wollen. Läge darin wirklich der Grund der Fassung der Acceptilation, so müßte sie bloß auf ein Empfangenhaben bezw. eigentlich Zurückempfangenhaben eines Gegebenen lauten. Der Sinn des *acceptum habeo* (*Ἔχω λαβών*) ist aber ein anderer; es spricht ein doppeltes aus: das *accepisse* als Ursache und das *habere* als Wirkung dieser Ursache.[2] Was ihm versprochen ist, mag dies nun sein, was es will, erklärt der *stipulator* als ein Empfangenes zu haben, d. h. er erklärt das Ziel der Obligation für erreicht und dieselbe dadurch als gelöst. Man braucht dabei nicht notwendig an ein *dare* zu denken, die auf *acceptum habere* lautende Acceptilationsform war nicht auf die auf ein *dare* gehenden Stipulationen beschränkt. In welchem Verhältnis stand nun aber die Acceptilation zu der reellen Solution? Von Pomponius wird in l. 107 D. de solut. 46, 3 die *solutio* als ein *naturaliter resolvere* der *verborum obligatio* im Gegensatz der *acceptilatio* als eines *civiliter resolvere* bezeichnet. Zur Zeit des Pomponius konnte jedenfalls die *verborum obligatio* entweder *re* oder *verbis*, entweder *naturaliter* durch *solutio eius quod debetur* oder *civiliter* durch Acceptilation aufgehoben werden. Die letztere hebt die Obligation auf, auch wenn keine wirkliche Solution erfolgt: sie ist ein formaler Erlaßvertrag, welchem die reelle Zahlung nur als außerhalb seiner stehende *causa* zu Grunde liegen kann, welcher aber auch zu anderen Zwecken, z. B. zum Zweck einer Dotalbestellung, geschehen kann, so daß dann wegen Nichteintritts der *causa* mit einer *condictio* auf Wiederherstellung der Obligation geklagt werden kann. Fitting[3] hat behauptet, die *acceptilatio* sei ursprünglich nichts weiter als ein förmliches, durch mündliche Antwort auf mündliche Frage erklärtes Bekenntnis des Empfanges der schuldigen Leistung gewesen, ein Empfangsbekenntnis, welches aber wegen seiner formellen Natur unbedingt beweise, so daß der Richter, wenn nur eine *acceptilatio* bewiesen werden könne, die Zahlung ohne weiteres als geschehen anerkennen müsse, und eine Gegenbeweisführung nicht statthaft sei. Es ist gar nicht einzusehen, warum ein Empfangsbekenntnis wegen seiner formellen Natur unbedingt beweise, so daß eine Gegenbeweisführung nicht statthaft sei. Wäre dieses Empfangsbekenntnis *in iure* vor dem Magistrat abgelegt, so könnte es denkbarerweise als formale Wahrheit gelten. Wir werden vielmehr der Ansicht beitreten müssen, daß die *acceptilatio* eine Willenserklärung, eine Disposition ist. Dem steht die Formel nicht entgegen, denn es ist nichts Neues, daß in der Form assertorischer Behauptung eine

[1] L. 8 § 4 D. de accept. 46, 4 sagt: *quia hoc iure utimur, ut iuris gentium sit acceptilatio: et ideo puto et Graece posse acceptum fieri.* Das *hoc iure utimur* schließt theoretische Zweifel nicht aus.

[2] Vgl. darüber Erman, a. a. O. S. 3. [3] D. Natur d. Korrealobligationen S. 42 ff.

auf Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Willenserklärung zum Ausdruck kommt, wie es namentlich die *in iure cessio* zeigt. Wohl aber ist die Frage berechtigt, warum denn der auf Auflösung der *verborum obligatio* gerichtete Wille in einem formellen Empfangsbekenntnis sich kundgiebt? Der Grund kann nur darin liegen, daß es eine Zeit gab, in welcher gegenüber der Stipulationsschuld die *solutio re* und die *solutio verbis,* naturale und civile Solution noch nicht in zwei Akte geschieden waren, sondern einen einheitlichen Akt bildeten. Jede *solutio* ist ein zusammengesetztes Rechtsgeschäft: sie besteht aus dem *dare* oder *facere* an den Gläubiger und der kundgegebenen Absicht, dadurch die Obligation zwischen Gläubiger und Schuldner, aus welcher jenes *dare* oder *facere* geschuldet wird, zu lösen. Diese Absicht, die Obligation aufzulösen, konnte ursprünglich bei Formalobligationen nicht formlos erklärt werden, sie mußte vielmehr in einer der des obligierenden Willens entsprechenden Form, also bei *verborum obligationes* durch *verba,* Frage und Antwort, kundgegeben werden. Der Inhalt aber der den *animus solvendi* kundgebenden *verba* konnte nur der sein, daß durch den Empfang der Leistung das Ziel der Obligation erreicht sei, wie wir es vorher als den Sinn des *quod ego tibi promisi, habesne acceptum? habeo* erkannt haben. Darin aber unterschied sich der in dem formellen Empfangsbekenntnis kundgegebene Lösungswille von dem später formlos erklärten, daß der letztere die Lösung der Obligation nur zur Folge hat, wenn die Realerfüllung in allem der Obligation entspricht, der erstere aber die Obligation aufhob, auch wenn etwa die Leistung in ihren Wirkungen nicht der Obligation entsprach, dies hatte der Gläubiger vor der formellen Erklärung des Lösungswillens zu prüfen.[1] Bei der *solutio re et verbis* steht in erster Linie der Wille, den Schuldner aus der Obligation zu entlassen, und die Realzahlung ist nur das diesen Willen Hervorrufende, Begründende; bei der *solutio re* dagegen ist die reale Zahlung das in erster Linie Stehende, und die Absicht, den Schuldner zu befreien, nur der unterliegende Zweck. In der *acceptilatio* erklärt also der Gläubiger: ich will durch das, was ich empfangen, befriedigt sein und dich aus der Schuld entlassen. Bei der *solutio re* dagegen giebt der Gläubiger zu erkennen, daß er die Leistung annehme in der Meinung und Absicht, dadurch wegen seiner Forderung Befriedigung zu erhalten. Wenn also auch die alte Erfüllung der *verborum obligatio* ein *re et verbis* zustande kommender Akt war, und die *verba* ohne alle zu Grunde liegende Realerfüllung wirkungslos waren, so hatte doch wohl schon in jener alten Zeit das formale sich für Befriedigterklären des Gläubigers die Wirkung, daß derselbe nicht nachträglich auf Mängel der Erfüllung zurückkommen konnte. Das bot im Verlauf der Zeiten die Handhabe dafür, daß aus der *solutio re et verbis* sich die Realsolution und die *solutio verbis,* die spätere *acceptilatio* loslösten. Es kam dahin, daß, auch wenn gar keine Leistung erfolgt war, doch der durch das formale Bekenntnis

[1] Von Erman, a. a. O. S. 1 ff., ist die Behauptung aufgestellt, daß das *acceptum habeo* die etwa im 4. Jahrhundert der Stadt in Rom bei den wirklichen Zahlungen, welche nicht *per aes et libram* bewirkt wurden, übliche Quittung gewesen sei. Daß es aber nicht die übliche Quittung bei Zahlungen von Schulden aus Konsensualkontrakten, Darlehnen u. s. w., kurz nicht die übliche Quittung über die *solutio re* war, welche zur Aufhebung solcher Obligationen stets ausreichte, ergiebt sich schon aus Folgendem. Ein auf *acceptum habere* lautendes Bekenntnis bewirkt immer Aufhebung der Obligation, es bezeichnet die Verpflichtung als erschöpft, während doch die bloße *solutio* z. B. bei einer auf ein *dare* gehenden Verpflichtung die Obligation nur dann aufhebt, wenn die Leistung die Wirkung des Eigentumsübergangs hat, was der Gläubiger im Moment der Ausstellung der Quittung nicht wissen kann.

des Befriedigtseins erklärte Auflösungswille die Auflösung der Obligation zur Folge hatte. Die *acceptilatio* wurde eine *velut imaginaria solutio*. Der reelle Leistungsakt konnte nun als die materielle *causa* angesehen werden, um derentwillen jener Formalakt vorgenommen wurde, und dann war es von selbst gegeben, daß demselben auch andere *causae*, wie Schenkung, Dotalbestellung, untergelegt werden konnten. Die Emancipierung des in dem formalen Empfangsbekenntnis liegenden Auflösungswillens von der realen Erfüllung mußte aber, früher oder später, auch der realen Erfüllung der *verborum obligatio*, an welche sich keine *acceptilatio* anschloß, eine selbständige Wirkung verschaffen. Seit wann auch der *solutio re* diese die *verborum obligatio* völlig aufhebende Wirkung zugeschrieben wurde, wissen wir nicht. Daß es erst seit Q. Mucius oder gar erst in der Kaiserzeit geschehen, halte ich für unrichtig. Jedenfalls war die *acceptilatio* als *velut imaginaria solutio*, welche ohne reale Zahlung die *verborum obligatio* aufhob, schon zur Zeit der *lex Aquilia* anerkannt, denn das zweite Kapitel derselben gewährte bekanntlich gegen den *adstipulator, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit*, eine *actio*. War aber einmal dieselbe ohne zu Grunde liegende Zahlung als selbständiger *modus tollendae obligationis* anerkannt, so wird dies bald das gleiche bezüglich der Realsolution nach sich gezogen haben.

Ähnlich wird die Entwickelung auch bezüglich der *solutio per aes et libram* gewesen sein; denn daß auch Damnationsschulden, wie die Schuld *ex iudicati causa* und die aus dem Damnationslegat, durch Realsolution nach späterem Recht völlig aufgehoben werden konnten, und die imaginäre *solutio per aes et libram* nicht mehr hinzuzukommen brauchte, kann nicht wohl bezweifelt werden. Die *solutio eius quod debetur* wird als der normale, allen Obligationen gemeinschaftliche Tilgungsmodus hingestellt. Über die formale Aufhebung der *litterarum obligatio* ist früher schon das Nötige bemerkt worden.

Die späteren römischen Juristen stellen den Satz auf, daß „*prout quidque contractum est, ita et solvi debet; quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur*“.[1] In diesen und ähnlichen Wendungen ist der Gedanke ausgedrückt, daß durch den dem Begründungsakt der Obligation gerade entgegengesetzten und in der entsprechenden Form geschehenden Akt die Obligation aufgehoben werde. Daß nun der Satz, in dieser Weise aufgefaßt, altrömisch sei, ja daß er auch nur später genau zutreffe, ließe sich nicht behaupten. Er trifft genau nur zu für die *obligationes, quae re* und die *quae consensu contrahuntur*. Für die *verborum obligatio* trifft er weder in alter noch in neuerer Zeit genau zu, denn in alter Zeit konnte sie nicht schlechthin *verbis*, sondern nur *re et verbis* aufgelöst werden, und in neuerer Zeit kann sie zwar durch *verba* aufgelöst werden, aber durch *verba*, welche ihrem Inhalte nach kein *in contrarium agere*, sondern eine *velut imaginaria solutio* sind. Die *acceptilatio* wird daher später noch häufig mit der *solutio* verglichen, und es werden daraus Konsequenzen gezogen, welche aus der Auffassung derselben als eines *contrarius actus* der *verborum obligatio* nicht gezogen werden könnten. So kann, wer einen *homo* durch Stipulation sich hat versprechen lassen, den *Stichus* acceptoferieren: *quod enim invito stipulatori promissor solvere potest, id et accepto latum liberationem pariet*.[2] Von der Auffassung der *acceptilatio* als eines bloßen *in contrarium agere* der Stipulation aus könnte, wie *homo* versprochen wäre, auch nur *homo* acceptoferiert werden. Auch daß die *acceptilatio* nicht *sub conditione* oder

[1] L. 35. 153 D. de r. i. 50, 17. L. 80 D. de sol. 46, 3.

[2] L. 13 § 4 D. de accept. 46, 4.

in diem geschehen kann, hängt mit der Eigentümlichkeit ihrer Form zusammen. Es würde unverständlich sein, wenn sie nur das Umgekehrte der *stipulatio,* ein bloßer, in der entsprechenden Form geschehender Auflösungsvertrag wäre. denn, wie der Begründungswille, müßte auch der Auflösungswille *sub conditione* geschehen können. Aber der Willensakt geschieht in der Form einer assertorischen, auf das Haben von etwas Empfangenem gerichteten Behauptung: diese Behauptung kann aufgestelit oder unterlassen werden, sie von einer Bedingung abhängig zu machen, wäre eine Absurdität. In jeder Beziehung konnte aber die *acceptilatio* dem Muster der *solutio* nicht folgen. So konnte eine unter einem Geschlechtsvormund stehende Frau wohl eine Zahlung *sine tutoris auctoritate* annehmen, aber sie kann nicht ohne diese Autorität *acceptum facere.*[1] Worin liegt der Grund dieses Unterschieds, da doch in beiden Fällen eine Obligation aufgehoben wird? Er scheint der zu sein, daß bei der Realsolution der Gläubiger für die Aufgabe der Forderung den Inhalt derselben erhält, während die *acceptilatio* ein abstrakter liberatorischer Vertrag ist, lediglich in der Aufgabe einer Forderung besteht, ohne daß aus ihr selbst sich ergäbe, ob der Gläubiger irgend ein Äquivalent dafür erhält. — Daß die Realsolution, wenn der Gläubiger sich darauf einläßt, und der Inhalt der Forderung ein teilbarer ist, auch *pro parte* geschehen könne, ist selbstverständlich. Ob aber die *acceptilatio pro parte* geschehen könne, war noch nach Gaius Gegenstand des Zweifels *(quaesitum est,* III, 172); und ohne Veränderung des gewöhnlichen Formulars war allerdings solche teilweise *acceptilatio* nicht denkbar.

Auf die Realsolution hier in dogmatischer Erörterung näher einzugehen, insbesondere auf den der klaren Darlegung noch sehr bedürftigen Gegensatz von Leistung (als Inhalt der Obligation) und Erfüllung, ist hier nicht der Ort und möge für andere Gelegenheit vorbehalten bleiben. Nur bezüglich der *mora,* der widerrechtlichen Verzögerung der Erfüllung mögen hier noch einige historische Bemerkungen Platz finden. Es giebt eine Wirkung der *mora* des Schuldners, welche sich nicht *in stricti iuris,* sondern nur *in bonae fidei iudiciis* geltend machen konnte: Ansprüche des Gläubigers wegen der Verzugszinsen und der Früchte konnten nur in den letzteren geltend gemacht werden, nur *in bonae fidei iudiciis* deshalb kondemniert werden. Anders stand es mit einer andern Wirkung der *mora debitoris,* nämlich mit dem Satz, daß der Schuldner vom Verzuge an die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung der geschuldeten Sache trägt. Nicht richtig ist es, daß dieser Satz von der alten Jurisprudenz schlechthin in der Form festgestellt sei, die *mora* des Schuldners mache die Obligation zu einer *perpetua.* Diese alte *constitutio iuris,* daß durch *culpa* und *mora* die Obligation perpetuiert werde, galt, wie namentlich von Brinz[1] richtig hervorgehoben ist, nur von *stricti iuris actiones* und vielleicht nur für solche auf *dare* einer *certa res.* Hier ließ man im Fall kulposer Vernichtung der geschuldeten Sache durch den *debitor* und im Fall der *mora* beim nachfolgenden kasuellen Untergange derselben die *obligatio* unverändert auf die untergegangene Sache fortdauern, man ließ die *obligatio* selbst nicht sich in das Geldinteresse umsetzen, sondern nahm an, daß nur die Erfüllung bezw. die *condemnatio* in Geld sich umsetze. Der Grund dieser Vorstellung lag in der Klagformel: man hätte, falls der Inhalt der *obligatio* selbst sich in Geld umgesetzt hätte, nicht mehr die *intentio* auf *Stichum dare oportere* lauten lassen

[1] Lehrb. d. Pandekten II², S. 252. 301.

können. Dagegen an eine Anwendung jener *constitutio iuris* auf *bonae fidei obligationes* hat wohl kein römischer Jurist gedacht. Hier ließ man in den oben bezeichneten Fällen die *obligatio* selbst, statt auf den untergegangenen Gegenstand, auf das Geldinteresse gehen, und motivierte wohl die Umsetzung der *obligatio* in Geld mit der allgemeinen Haftung des *debitor* für das *interesse moram factam non esse*. Diese Unterscheidung ist meines Erachtens auch wichtig für die Beurteilung der alten Kontroverse, ob der Schuldner unbedingt vom Augenblick der *mora* die Gefahr trage, oder ob er frei werde, wenn der Untergang den Gläubiger auch dann getroffen hätte, falls die Leistung des Schuldgegenstandes rechtzeitig an ihn geschehen wäre. Dernburg[1] nimmt folgende historische Entwickelung an. Der Satz der Perpetuation verdanke den *stricti iuris iudicia* seine Entstehung: hier sei er von der republikanischen Jurisprudenz als ein selbständiger und unbedingter aufgestellt. Der Jurisprudenz der Kaiserzeit habe aber jene *constitutio iuris* Bedenken erregt, sie habe die Verurteilung auf das Interesse dadurch gerechtfertigt, daß der Gläubiger das Schuldobjekt bei rechtzeitiger Leistung durch Verkauf verwerten und so den Schaden abwenden gekonnt haben würde. Gegen die Annahme solcher Entwickelung spricht aber, daß die *constitutio iuris* von der *perpetuatio* der *obligatio* auch durch *mora* von Paulus[2] und Ulpian[3] als noch in Geltung befindlich vorgetragen wird; nur darüber fand ein Zweifel statt, ob nicht durch spätere gehörige Oblation von seiten des Schuldners vor Untergang der Sache die *perpetuatio obligationis* aufgehoben werde, und nach Billigkeit entschied sich die Jurisprudenz der Kaiserzeit dafür, während die republikanische Jurisprudenz die *perpetuatio obligationis* vielleicht starrer durchgeführt hat. Abgesehen von Oblation aber, ließen auch die Juristen der Kaiserzeit die durch *mora* perpetuierte Obligation bei kasuellem Untergange der geschuldeten Sache unbedingt fortdauern, aber sie liesen dieses Dogma von der Perpetuation der Obligation nicht für alle Obligationen, sondern nur für *stricti iuris actiones* gelten. Für *bonae fidei obligationes* aber haben sie jene *constitutio* nicht aufgestellt, folglich auch nicht die Konsequenz gezogen, daß der Schuldner *in mora* unbedingt die Gefahr trage: sie haben hier wohl immer einen Anspruch des Gläubigers aufs Interesse nicht anerkannt, wenn er auch bei rechtzeitiger Leistung den Verlust durch Veräußerung nicht hätte abwenden können.

Dem Gläubiger gegenüber, welcher *in mora accipiendi* kommt, müssen dem Schuldner Mittel gegeben sein, um sich von der Obligation, deren Auflösung durch Annahme der Erfüllung von seiten des Gläubigers nicht erreicht werden konnte, zu befreien. Rücksichtlich der dem Schuldner zu Gebote gestellten Mittel läßt sich schon im römischen Recht ein Fortschritt von gröberer Rücksichtslosigkeit zu mehr auf das Interesse des Gläubigers Bedacht nehmenden Aushilfsmitteln beobachten. Daß bei irgend welchen Obligationen schon die bloße vom Gläubiger nicht angenommene Oblation der Leistung den Schuldner völlig befreit habe, davon findet sich meines Wissens keine Spur:[4] darin

[1] Pandekten II[3], § 41, S. 111 u. S. 112, A. 2. [2] L. 91 § 3 D. de v. o. 45, 1.
[3] L. 82 § 1 D. eod. tit.
[4] Nach Voigt, Ius naturale III, S. 749, soll innerhalb der Sphäre der *condictio* der Rechtssatz gegolten haben, daß *mora accipiendi* den Debitor liberiere, somit die Obligation *ipso iure* aufhebe. Diesen Satz stützt V. auf l. 9 § 1 D. de solut. et lib. 46, 3. V. bestreitet mit Recht, daß die Stelle von einem Falle zu verstehen sei, wo das offerierte Objekt nach Eintritt der Mora untergegangen sei, aber er selbst verschließt sich das richtige Verständnis derselben von vornherein dadurch, daß er sie, wie aus dem zu *hominem* in Paren-

hätte eine grundlose Begünstigung des Schuldners, eine nicht genügend motivierte Bereicherung desselben gelegen. Wenn nun durch vergebliche Oblation nicht sofortige Befreiung des Schuldners eintritt, so fragt sich, welche anderen Mittel demselben zu Gebote gestellt seien, um sich von der Verbindlichkeit frei zu machen. Da kommt zunächst die Preisgebung der geschuldeten Sache in Frage. Nach l. 1 §§ 3 u. 4 D. de peric. 18, 6 steht es dem Verkäufer von Wein in Fässern frei, wenn der für die Zumessung des Weines verabredete Termin verstrichen ist, ohne daß der Käufer ihn sich zumessen ließ, den Wein auszugießen, nachdem er vorher vergeblich dem Käufer eine *denuntiatio* vor Zeugen zugehen ließ, daß er entweder den Wein dem Verkäufer abnehmen oder das Ausgießen desselben gewärtigen möge. Sei Wein in Fässern verkauft ohne eine Verabredung über die Tradition desselben, so sei als gemeint anzusehen, daß die Fässer geleert sein müßten, bevor der Verkäufer derselben für die neue Weinernte benötige. Der Verkäufer könne, falls die Fässer zu dieser Zeit nicht geleert seien, den Wein *per corbem* abmessen und ausschütten. Die Zulässigkeit dieses Verfahrens wird schon auf die Autorität der *veteres* zurückgeführt, und es stimmt zu dieser Angabe, daß nach Cat. de re rust. c. 148 in die Verkaufskontrakte die Klausel aufgenommen wurde: *Locus vinis ad k. Octobres dabitur; si ante non deportaverit, dominus vino, quod volet, faciat.* Diese Klausel gab offenbar dem Verkäufer die Befugnis zum Ausgießen, wenn sie auch ein milderes Verfahren offen ließ. Für die Entscheidung der Frage, wie weit dieses Recht, den geschuldeten Gegenstand dem Untergang preiszugeben, reichte, ist nicht außer acht zu lassen, daß eine Aussetzung des hier in Frage stehenden Schuldgegenstandes nicht ohne die Vernichtung desselben denkbar war, denn die Aussetzung geschah hier eben, um den Behälter, in dem der Schuldgegenstand aufbewahrt wurde, für anderweitigen Gebrauch frei zu machen. Ein solches Vernichtungsrecht wird man also natürlich nur für solche Gegenstände annehmen dürfen, die, um vor dem Untergange bewahrt zu werden, in anderen Gegenständen aufbewahrt werden müssen, also ohne Vernichtung nicht ausgesetzt werden können, und auch bei solchen mag jenes Vernichtungsrecht im römischen Recht nur auf Grund ständig wiederkehrender Vertragsklauseln angenommen sein. Bei Schuldgegenständen aber, welche ohne Aufbewahrung in anderen existieren können, kann das Mittel für den Schuldner, sich zu befreien, nie die Vernichtung, sondern höchstens die De-

---

these hinzugefügten *sc. Stichum* erhellt, von einer *obligatio speciei* versteht. Das ist aber nicht allein schon durch das Wort *hominem*, sondern durch den Gegensatz zu den vorhergehenden Worten ausgeschlossen: *item qui Stichum debet, parte Stichi data in reliquam partem tenetur. qui autem hominem debet, partem Stichi dando nihilominus hominem debere non desinit.* Der Jurist entscheidet dann, daß, wenn der Schuldner die *reliqua pars Stichi* gezahlt habe, oder der Gläubiger bezüglich der ihm gebotenen *reliqua pars Stichi* sich einer *mora accipiendi* schuldig mache, der Schuldner befreit werde. Befreit wovon? Von der generischen Obligation, von der Verpflichtung, einen *homo* zu leisten, welche nach der Leistung der ersten *pars Stichi* noch fortdauerte, die Nichtannahme der gebotenen *reliqua pars Stichi* soll jener generischen Verpflichtung ein Ende machen. Aus der Entscheidung dieses besondern Falls den allgemeinen Satz zu entnehmen, daß im Gebiet der *condictio mora accipiendi* den Schuldner liberiere, geht nicht an. Die Liberation in jenem besondern Fall aber war wohl gerechtfertigt. Durch das Leisten der ersten *pars Stichi* war der Schuldner noch nicht definitiv an seine Wahl gebunden, er konnte noch eine andere Wahl treffen. Durch das Anerbieten der *reliqua pars Stichi* hatte er definitiv den *Stichus* als Erfüllungsobjekt gewählt, der Gläubiger konnte auch nach Ablehnung später immer noch das nicht mehr rücknehmbare *offere* acceptieren.

reliktion derselben gewesen sein. Und da fragt sich noch, ob das Mittel der Dereliktion nicht dann bloß zulässig gewesen, wenn die Behaltung der Sache in der eigenen *custodia* mit irgend welcher Last und Unbequemlichkeit für den Schuldner verknüpft war, oder nicht. Hier läßt sich ein Fortschsitt von älterer Rücksichtslosigkeit zu neuerer Berücksichtigung der Interessen des Gläubigers denken, ohne daß darauf Bezügliches noch aus den Quellen zu ermitteln wäre. Geschuldete Tiere also, Gerätschaften u. dgl. dürfen höchstens ausgesetzt, nicht vernichtet werden. Da fragt sich nun, wie die Römer sich die Aussetzung des Schuldgegenstandes juristisch gedacht haben, ob als Dereliktion,[1] also mit Aufgebung des Eigentums des Schuldners, oder als Traditionsofferte an den Gläubiger, welche der Acceptation des Gläubigers harrt.[2] Wäre die Aussetzung als Traditionsofferte aufzufassen, so würde der Schuldner so lange Eigentümer bleiben, bis eine Acceptation durch den Gläubiger stattgefunden hat; und er würde die Offerte auch zurückziehen, die ausgesetzte Sache wieder zurücknehmen, sie von jedem dritten Okkupanten vindicieren können. Läge in der hier in Frage stehenden Aussetzung eine Traditionsofferte an den Gläubiger, so müßte der Offerent die Sache regelmäßig so lange in seiner *custodia* behalten, bis der Oblat sie in seine übernähme. Man kann das Aussetzen hier nicht mit dem *iactus missilium* vergleichen, denn bei diesem kann, weil die Sache jedem, der zugreifen will, offeriert wird, die Sache einfach hingeworfen werden. Soll aber einer bestimmten Person offeriert werden, so kann das nicht durch einfaches Aussetzen der Sache an beliebigem Ort geschehen. Dem Fährmann kann man das Fahrgeld im Nachen zurücklassen, weil man weiß, daß er es dort suchen und finden wird. Wie die Römer die Sache auffaßten, ist aus der Zulässigkeit des *vinum effundere* beim Weinverkauf zu ersehen: der Verkäufer kann die Sache preisgeben, ohne Rücksicht darauf, ob mit der Preisgebung die Vernichtung derselben verbunden ist. Daß das *effundere* nicht als Traditionsofferte aufgefaßt werden kann, liegt auf der Hand. Ist das Aussetzen ohne Vernichtung möglich, so ist der Schuldner höchstens zum Aussetzen berechtigt, denn dieses läßt dem Gläubiger immer noch die Möglichkeit, seinerseits zuzugreifen. Das Aussetzen geschieht mit der Absicht, sich dadurch von der Obligation völlig frei zu machen, also auch mit der Absicht, sich dadurch des Eigentums an der Sache zu begeben. Geschähe sie in der Absicht, nur sich der *custodia*, nicht des Eigentums zu entledigen, so könnte dadurch keine sofortige, definitive Befreiung von der Obligation herbeigeführt werden. Die einzigen Quellenstellen, worauf man die Auffassung der Aussetzung der Sache als Traditionsofferte zu stützen versuchen kann, sind l. 13 (12) u. l. 14 (13) D. de peric. 18, 6: *Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet.* L. 14: *eumque cum aedili, si id non iure fecisset, habiturum actionem legis Aquiliae: aut certe cum venditore ex empto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum aedili habuisset, ei praestaret.* Hier werde, sagt man, dem Schuldner, dem Verkäufer bei rechtswidriger Verletzung der nach *mora* des Gläubigers auf die öffentliche Straße ausgesetzten Sachen die *actio legis Aquiliae* zugesprochen, er sei also auch nach der Aussetzung noch Eigentümer geblieben. Daß das Stellen auf die Straße infolge der *mora* des

[1] Vgl. namentlich F. Z. Ulrich, Die Deposition und Dereliktion behufs Befreiung des Schuldners. Zürich 1877.

[2] Kohler in Iherings Jahrbüchern XVII, S. 311 ff.

Käufers geschehen sei, trägt man bei dieser Erklärung in die Stelle hinein. Es ist bekanntlich in südlichen Ländern noch heute Sitte, Sachen vor die Geschäftslokale auf die öffentliche Straße zu stellen, was in Rom jedenfalls, wenn der Straßenverkehr dadurch gehemmt wurde, den Ädil zur Ausübung seiner polizeilichen Befugnisse berechtigte. Waren nun in dem Fall unserer Stellen die verkauften *lecti* vor dem Geschäftslokal des Verkäufers auf öffentlicher Straße aufgestellt, so konnte das Einschreiten des Ädilen die in den Stellen erörterten Fragen hervorrufen, ohne daß man an ein Aussetzen derselben infolge der *mora* zu denken brauchte, denn vom Moment der *mora* an haftete der Verkäufer nicht mehr für *custodia*, es konnte ihm kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß er die verkauften Objekte in der das Einschreiten des Ädilen herausfordernden Weise vor seinem Lokale hatte stehen lassen. — Abgesehen von den auf das *effundere vinum* bezüglichen Stellen, bieten unsere Quellen keine Beispiele für das Aussetzen von geschuldeten Sachen infolge von *mora accipiendi*, jedenfalls ein Zeichen dafür, daß diese rücksichtslose Art, sich von der Schuld zu befreien, in der römischen Kaiserzeit ganz ungebräuchlich und höchstens im Notfall zulässig war. Wollte der Schuldner sich nicht mit der infolge der *mora accipiendi* unter allen Umständen leichter werdenden Haftung begnügen, so gab es jedenfalls in Bezug auf manche Schuldgegenstände noch andere Mittel, sich von der Schuld praktisch so gut wie zu befreien. Das wichtigste und gebräuchlichste dieser Mittel war die Deposition des Schuldgegenstandes. Dieselbe kam zunächst und vor allem bei geschuldeten Geldsummen vor. Man hat gesagt, nach älterem Recht sei es zulässig gewesen, daß der Schuldner die Sache in seinem eigenen Gewahrsam deponiert habe, ja es scheine die Deposition ursprünglich nur die Bedeutung einer Niederlegung bei dem Schuldner selbst gehabt zu haben.[1] Dagegen will ich mich nicht mit Voigt[2] darauf beberufen, daß *„depositum suae rei esse non potest"*, sondern darauf, daß in dem *deponere* der Beginn des Übertragungsakts oder dasjenige liegen soll, was der Schuldner ohne Mitwirkung des Gläubigers zu dieser Übertragung thun kann. So lange er die Sache in seiner *custodia* behält, wenn auch abgesondert von seinen übrigen Sachen, liegt ein solcher Beginn der Erfüllung nicht vor: es ist dazu erforderlich, daß er selbst die *custodia* über die Sache aufgegeben und dieselbe bei einem Dritten, Unparteiischen untergebracht habe, bei welchem der Gläubiger sie sich holen könne. Bevor wir fragen, ob sich aus den Quellen etwas für die Zulässigkeit der Deposition des Schuldgegenstandes beim Schuldner selbst entnehmen lasse, soll zunächst die Wirksamkeit der Deposition bei einem Dritten geprüft werden. Es ist die Ansicht geäußert worden, daß die Forderung des Gläubigers nur durch *exceptio* gehemmt gewesen sei, so lange die Deposition gedauert habe, Tilgung *ipso iure* sei mit dem Recht der Zurücknahme des Depositums unvereinbar. Soviel ist richtig, daß dem Schuldner bis zur Empfangnahme des Geschuldeten von seiten des Gläubigers das Recht der Zurücknahme des Deponierten zustehe.[3] und im Fall der Zurücknahme die Obligation als fortdauernd anzusehen sei. Daraus folgt aber nur, daß Existenz oder Aufhebung der Obligation zunächst *in pendenti* ist, daß Existenz oder Aufhebung davon abhängig ist, ob der Schuldner zurücknimmt oder nicht. Dieser Zustand dauert (in der Regel) bis zur Empfangnahme von seiten des

[1] Windscheid, Lehrb. d. Pandektenrs. II[6], § 347, A. 2. F. Mommsen, Lehre von d. Mora S. 307, A. 1. Kohler, a. a. O. S. 305 ff. Unbestimmt Ulrich, a. a. O. S. 31 ff.

[2] Ius naturale III, S. 1074. [3] L. 19 § 4 C. de usur. 4, 32. L. 8 C. de distr. pig. 8, 27 (28).

Gläubigers oder der Rücknahme von seiten des Schuldners, die Entscheidung muß dann aber auf den Akt der Deposition zurückdatiert werden. Zunächst hat auch die Deposition die Wirkungen der Liberation,[1] wie Sistierung des Zinsenlaufes, Befreiung des Schuldners vom Tragen der Gefahr; im Falle der Zurücknahme des Depositum zeigt sich aber, daß die Schuld fortbesteht. Wie aber, wenn der Dritte, bei welchem die Sache untergebracht ist, die Übergabe derselben an den diese fordernden Gläubiger verweigert?[2] Daß ohne weiteres dann dem Gläubiger eine *utilis actio* gegen den Dritten zustehe, haben zwar die Kaiser Diokletian und Maximian in l. 19 C. de usuris 4, 32 bestimmt, es mag auch schon von einem frühern Kaiser bestimmt sein: nach Civilrecht aber hat es, wie schon die *utilis actio* zeigt, nicht gegolten. Nach Civilrecht mußte der Schuldner den Depositar, nötigenfalls durch Klage, dahin bringen, das Deponierte dem Gläubiger herauszugeben, nach prätorischem Recht konnte er dem Gläubiger seine Klage gegen den Depositar cedieren. In diesem Zusammenhange wird verständlich l. 7 D. de usuris 22, 1 (Papinianus libro II responsorum): *Debitor usurarius creditori pecuniam optulit et eam, cum accipere noluisset, obsignavit ac deposuit: ex eo die ratio non habebitur usurarum. quod si postea conventus ut solveret moram fecerit, nummi steriles ex eo tempore non erunt.* Namentlich diese Stelle will man von einem Fall verstehen, in welchem der Schuldner die Sache bei sich niedergelegt habe. Nachträglich stelle sich der Gläubiger zur Annahme, der Schuldner verweigere die Übergabe. Durch diese Weigerung sei der beginnende Übertragungsakt unterbrochen. Daß hier derjenige, welcher unter *deposuit* Niederlegung des Schuldners bei sich selbst versteht, eher etwas in die Stelle hineinträgt, als der, welcher Niederlegung bei einem andern annimmt, dürfte nicht zu leugnen sein. Das *deponere* bei einem andern war jedenfalls das so weitaus Gewöhnlichere, daß man, wenn *deponere* ohne weitern Zusatz erwähnt wird, daran denken muß. Denkt man nun daran, so ist die Stelle nach dem vorher Dargelegten sehr wohl verständlich: der vom Gläubiger später angegangene Schuldner zahlt nicht und setzt jenen auch nicht in den Stand, vom Depositar die Zahlung zu erlangen. Solches Verhalten kommt der Rücknahme des Deponierten gleich; die Schuld ist als nicht untergegangen anzusehen, es muß auch von diesem Moment an dieselbe wieder verzinst werden. Die anderen Stellen, welche man auf Niederlegung beim Schuldner selbst bezogen hat, wiegen noch leichter. Aus l. 8 D. de lege commissoria 18, 3 geht nur hervor, daß mit dem *pecuniam obsignare et deponere* die Solution noch nicht vollendet ist, also der *fiscus* das deponierte Geld noch als das der Käuferin (der Schuldnerin) in Beschlag nehmen kann.[3] Auch mit dem *deponere tuto in loco* der l. 28 § 1 de admin. et per. 26, 7, wodurch sich der gewesene Tutor von der Verpflichtung, Zinsen zu zahlen, frei machen kann, darf nicht ein *deponere* bei sich selbst, welches gewiß nicht als den Pupillen sicherstellend betrachtet

[1] Bis zur Zurücknahme der Deposition hatte ja der Gläubiger die Möglichkeit, sich durch Inempfangnahme des Deponierten völlige Befriedigung zu verschaffen, bis zu diesem Moment ist also jedenfalls die Obligation als ruhend zu betrachten.

[2] Vgl. zum Folgenden Voigt, a. a. O. S. 1074, A. 1687 u. Ulrich, a. a. O. S. 31 u. 32.

[3] Aus l. 15 §§ 11 u. 12 D. de re iudic. 42, 1 geht übrigens hervor, daß nicht bloß die *pecunia deposita nomine condemnati* zum Zweck der Exekution eines Urteils gepfändet werden kann, sondern auch die *pecunia penes alium quem, destinata tamen ei, qui condemnatus est.* Unter der letztern ist zu verstehen das vom Schuldner deponierte, für den Gläubiger bestimmte Geld, welches also auch zum Zweck der Exekution eines gegen den letztern ergangenen Urteils gepfändet werden kann.

wurde, verstanden werden. Der Zweck des ganzen *deponere,* welches den Gläubiger sofort praktisch von den Folgen der Obligation frei machen sollte, war, den geschuldeten Gegenstand für den Gläubiger zu sichern. Sicher untergebracht war er nicht bei dem Schuldner, denn dieser war Partei und konnte, ohne daß bemerkt wurde, wann dies geschehen war, auch das versiegelt bei sich Deponierte angreifen; es war dann also gar nicht zu konstatieren, von welchem Moment an der Zinsenlauf wieder beginnen mußte. Sicher untergebracht war aber auch der Schuldgegenstand nicht bei jedem beliebigen Dritten. Brauchte auch in alter Zeit die Deposition nicht, wie später, *in publico* zu erfolgen, so wird der Schuldner sich doch den Dritten, um sich die wohlthätigen Folgen der Deposition zu sichern, haben aussuchen müssen. Um sich gegen den Vorwurf zu sichern, daß er bei einer unzuverlässigen Persönlichkeit deponiert habe, mag der Schuldner schon früh Deposition der geschuldeten Beträge bei Argentariern und in Tempeln vorgezogen haben, ohne daß ursprünglich eine rechtliche Nötigung dazu bestanden hätte. Die Deposition von Geldern bei Argentariern wird schon bei Plautus[1] erwähnt. Handelte es sich um geschuldete Gelder, so schrieb die Sitte, welche sich wohl zum Gewohnheitsrecht verdichtet hat, vor, daß die Deposition des geschuldeten Betrags in irgend einem versiegelten Verschluß zu geschehen habe. Da dabei von den *signa signatorum* die Rede ist, so darf man annehmen, daß die Verschließung bezw. Deponierung vor Zeugen zu geschehen hatte, und der Sack bezw. sonstige Behälter des Geldes mit den *signa* der Parteien und der Zeugen versehen wurde. Wie viel Zeugen zuzuziehen seien, wird nirgends gesagt. — Auf die Frage, auf welche anderen Schuldgegenstände, als Geld, die Deposition anwendbar sei, soll hier, da dieselbe kein besonderes historisches Interesse bietet, nicht eingegangen werden. —

Ein letztes Mittel, um sich im Fall der Nichtannahme von seiten des Gläubigers von der weitern Sorge für die geschuldete Sache zu befreien, ist Verkauf der geschuldeten Sache, welchen Falls der verkaufende Schuldner natürlich Schuldner des Gelderlöses bleibt und sich von dieser Schuld bei Nichtannahme von seiten des Gläubigers nur durch die bereits besprochene Deposition befreien kann. Daß dieses Mittel den Römern bereits bekannt war, zeigt l. 1 § 3 D. de peric. 18, 6: *commodius est autem — aut vendere vinum bona fide: id est quantum sine ipsius in commodo fieri potest operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emptori.*

2. *Compensatio. Confusio.*

§ 75. Daß eine Forderung auch wider Willen des Gläubigers durch Aufrechnung einer Gegenforderung des Schuldners getilgt werden könne, verstand sich nach altem Civilrecht keineswegs von selbst, sondern setzte einen rechtlichen oder gewerblichen Zusammenhang zwischen Forderung und Gegenforderung voraus. Zunächst gehört hierher die Kompensation, welche bei den *bonae fidei iudicia* durch den *iudex* vermöge seines *officium* vorgenommen werden konnte. In der Formel war er angewiesen, das *quidquid ob eam rem N^{um} N^{um} A° A° dare facere oportet ex fide bona* zu Gelde zu veranschlagen und auf das bei der Schätzung Herauskommende zu verurteilen. Bei jenen *iudicia* handelte es sich nun nicht um streng einseitige Ansprüche, sondern um Ansprüche auf Leistungen für Gegenleistungen oder auch auf Leistungen, mit denen Leistungen des Klägers innerlich verknüpft sein konnten.

[1] Cure II, 3, 66 (IV, 3, 4). III, 1, 66. V, 3, 3 f.

Der *iudex* würde seinem *officium,* das *quidquid ob eam rem — — dare facere oportet* zu Gelde zu veranschlagen, nicht genügt haben, wenn er nicht auf Verlangen des Beklagten bei jener *aestimatio* die etwaigen Gegenforderungen des Beklagten zu Gelde veranschlagt und sie vom Geldbetrage der vom Gläubiger geforderten Leistung abgezogen hätte. Jedenfalls war er zur Vornahme solcher Kompensation berechtigt, wenn er auch Gründe haben konnte, etwa weil die Gegenforderungen des Beklagten nicht liquide waren, dieselbe zu unterlassen. — Eine andere Art des Zusammenhangs besteht zwischen den Forderungen eines *argentarius* gegen seinen Geschäftsfreund und denen desselben gegen ihn. Der *argentarius* steht in einem fortlaufenden Rechnungsverhältnis, einer *ratio* mit jedem seiner Geschäftsfreunde, einer *ratio,* welche sich darstellt in dem *codex rationum mensae* des *argentarius,* in welchem jeder Geschäftsfreund sein Folio mit Soll und Haben einnahm. Alle bei diesem fortlaufenden Geschäftsverhältnis begründeten Forderungen und Schulden des *argentarius* und des Kunden gegeneinander wurden eingetragen[1] und standen sich zunächst einander gegenüber, aber auch Zahlungen, und zwar jede Forderung bezw. Schuld und jede Zahlung mit Angabe des Datums der Begründung bezw. der Vornahme.[2] Zum geeigneten Zeitpunkt (an den Kalenden jedes Monats?) wurde die Bilanz gezogen: *Credit* und *Debet* wurden addiert und von der größern Summe die kleinere abgezogen.[3] In diesem Zeitpunkte wurde also eine Kompensation vorgenommen, eine Kompensation des gesamten aus den verschiedenen Kontrakten herrührenden Forderungsbetrags, soweit er nicht durch Zahlungen vermindert war, gegen den gesamten auf der andern Seite stehenden Forderungsbetrag. Da nach dem eingebürgerten Geschäftsgang der *argentarii* dieses das stehende Verfahren war, so sollte der *argentarius* nur *cum compensatione* gegen seinen Geschäftsfreund klagen können, d. h. er sollte nicht etwa aus der einzelnen in seinen Büchern verzeichneten Forderung gegen seinen Kunden, sondern nur auf den nach Abzug sämtlicher Geschäftsforderungen des Kunden von seinen sämtlichen Forderungen gegen ihn zu seinen Gunsten verbleibenden Saldo klagen können. Die Einrichtung der *actio qua argentarius experitur* wird uns von Gaius mitgeteilt.[4] Die *compensatio* muß danach *ab initio* geschehen, sie muß schon in der *intentio* geschehen, aber nicht etwa so, daß die Forderungen des *argentarius* gegen den Beklagten und die des Beklagten gegen ihn in der *intentio* aufgeführt würden, sondern so, daß ein bestimmter Geldbetrag als das nach Abzug der Forderungen des Beklagten von denen des Klägers zu Gunsten des letztern sich ergebende Resultat, als das, was er mehr zu fordern habe, angegeben wird. *In iudicio* mußte dann der klagende *argentarius* durch Aufführung (und nötigenfalls Beweis) sämtlicher Forderungen, Zahlungen, Gegenforderungen darthun, daß die Berechnung seines Saldo richtig war. Da auch die *actio cum compensatione* eine strenge war, so hatte die geringste *plus petitio* Abweisung des Klägers zur Folge. Es handelte sich hier also nicht um Abrechnung einer einzelnen Gegenforderung von einer einzelnen Forderung des Klägers, sondern um eine Abrechnung sämtlicher noch vorhandener Gegenforderungen des Beklagten von sämtlichen Forderungen des Klägers, soweit sie aus ihrem Geschäftsverhältnis hervorgegangen waren, also um eine Einklagung des ganzen Resultats der ganzen bisherigen

[1] L. 6 § 3, l. 4 § 1 D. de edendo 2, 13. [2] L. 1 § 2, l. 4 pr., l. 6 § 6 D. de ed. 2, 13.
[3] Vgl. z. B. l. 47 § 1 D. de pactis 2, 14. Sonstige Quellenbelege bei Voigt in d. Abh. d. Sächs. G. d. W. Ph. Kl. X, S. 539 f.
[4] Gai IV, § 64—68.

Geschäftsführung zu Gunsten des Klägers. Da die Kompensation in der *intentio* zu geschehen hatte, so verstand es sich von selbst, daß nur Gegenforderungen in Betracht kamen, deren Inhalt *eiusdem generis et naturae,* also gleichartig war, wobei noch Meinungsverschiedenheiten darüber bestehen konnten, wie weit diese Gleichartigkeit reichen müsse. Es konnte sich immer nur um Geldforderungen und Forderungen auf andere fungible Sachen handeln, denn nur bei solchen war die erforderliche Gleichartigkeit des Inhalts vorhanden. Auch wenn im einzelnen Fall der Geschäftsfreund des *argentarius* gar keine Gegenforderungen hatte, war doch die Form des *cum compensatione agere* zu beobachten: der *argentarius* bezeichnete dann eben den vollen Betrag seiner Forderung als das, was der Beklagte ihm mehr geben müsse, als er ihm schulde. Da hier *compensationis ratio in intentione ponitur,* also der Geschäftsfreund dem *argentarius* nicht über jenen Saldo hinaus obligiert war, so ist damit schon gesagt, daß dieser Rechtssatz nicht auf der prätorischen Jurisdiktion beruhte, kein Satz des *ius honorarium,* sondern ein Satz des Civilrechts war. Daß er durch besonderes Gesetz eingeführt sei, ist darum keineswegs nötig, er kann sehr wohl ein gewohnheitsrechtlicher, durch altherkömmliche Geschäftsusance in das allgemeine Rechtsbewußtsein übergegangener sein. Gab es ja doch noch andere auf *argentarii* sich beziehende Rechtssätze, welche zu dem *ius quod consuetudine est,* welches *sine lege aeque ac si legitimum sit, usitatum est,* gehörten (Auct. ad Herenn. II, 13, 19). Dürfen wir annehmen, daß dieser Satz schon zur Zeit des Legisaktionenverfahrens feststand, so finde ich in der Simplicität des Legisaktionenverfahrens kein Hindernis, daß es schon zur Zeit desselben eine *legisactio* gab, in welcher die Kompensation in derselben Weise, wie in der *intentio* der *actio* zur Zeit des Formularprozesses, zur Erscheinung kam. Es scheint mir im Gegenteil die Art der Einrichtung der Formel, welche durch *expressa verba* der *intentio* dem Beklagten die Geltendmachung seiner Gegenforderung ermöglichte, ein höheres Alter zu verraten. — Völlig müssen wir aber die Vorstellung fernhalten, daß der *argentarius* „immer aus einer *obligatio literis contracta*" klagt, bezw. daß „das Geschäft mit demselben sich mittelst *nomina transscripticia* abwickelt"; das Kontokorrentbuch des *argentarius,* um dieses modernen Ausdrucks mich zu bedienen, ist kein *codex accepti et expensi,* es ist ein Buch, in welchem alle durch die Geschäftsverbindung des *argentarius* mit den Geschäftsfreunden begründeten Obligationen als solche zum Ausdruck kommen, z. B. auch einfache Gelddepositen, welche als solche in einem *codex accepti et expensi* gar keine Stelle finden. Die Unrichtigkeit jener Auffassung ergiebt sich auch daraus, daß die *actio cum compensatione* des *argentarius* (auf Grund seines Kontokorrentbuches) auch auf *vinum triticum,* kurz auch auf andere Fungibilien gehen konnte, während die *litterarum obligatio* immer nur auf Geld ging. Man könnte gegen die hier entwickelte Auffassung anführen wollen, daß die *actio cum compensatione* die Natur einer *condictio* habe, also doch kein Zwang bestanden haben könne, damit aus einem *bonae fidei negotium,* wie dem Depositum, zu klagen. Aber dabei würde übersehen sein, daß es eine Klage auf das Resultat des ganzen Geschäftsverhältnisses ist, in welchem die einzelne Forderung nur einen einzelnen Posten ausmacht, und der *argentarius* soll bei pünktlicher Geschäftsführung das zu seinen Gunsten sich ergebende Resultat auf Heller und Pfennig genau angeben und aus seinen Büchern nachweisen können. — Wer aber annimmt, daß das Kontokorrentverhältnis zwischen *argentarius* und Geschäftsfreund sich mittelst *nomina transscripticia* abgewickelt habe, der wird

auch, wie Eisele,[1] leicht zu der Folgerung kommen, daß der Zwang, *cum compensatione* zu klagen, ganz ebenso, wie den *argentarius*, auch dessen Geschäftsfreund treffen mußte. Dem gegenüber hat meines Erachtens Dernburg[2] mit Recht hervorgehoben, daß Gaius das *agere cum compensatione* als ein Sonderrecht für die *argentarii* erwähnt. Eisele zwar bestreitet das, aber wenn Gai. IV, 64 sagt: *Alia causa est illius actionis qua argentarius experitur, nam is cogitur cum compensatione agere*, so wird man eine solche Ausdrucksweise schwerlich begreifen können, wenn nicht bloß der *argentarius* gegen den Geschäftsfreund, sondern auch der Geschäftsfreund gegen den *argentarius cum compensatione agere* müßte: es lag doch so nahe, das zu sagen, und es war dann gar kein Grund vorhanden, bloß den *argentarius* als den zu nennen, welcher *cum compensatione agere* müsse. Es liegt aber auch ein innerer Grund vor, aus welchem dem Geschäftskunden gegenüber ein solcher Zwang zum *cum compensatione agere* nicht gerechtfertigt war. Der *argentarius* führte, und zwar pflichtmäßig, ein Kontokorrentbuch, nicht aber der Geschäftsfreund, welcher nur seinen *codex accepti et expensi* hatte, der, wie schon bemerkt wurde, nicht mit einem Kontokorrentbuch zu verwechseln ist; dem Geschäftsfreund war es also gar nicht so leicht, alle aus der Geschäftsverbindung zwischen ihm und dem *argentarius* entstandenen Forderungen und Gegenforderungen anschaulich dem Gegner und dem *iudex* vorzulegen, wie es der *argentarius*, welcher pflichtmäßig sein Buch geführt, sofort konnte.

Die weitere Geschichte der Kompensation gehört nicht mehr dem alten Civilrecht an, sie wird in anderem Zusammenhange zu verfolgen sein. In Anknüpfung an die Aufhebung einer Obligation durch Solution und durch Kompensation wird es nicht unpassend sein, zunächst der Aufhebung derselben durch *confusio* zu gedenken und zu fragen, ob es ursprünglich römische Auffassung sei, wonach in derselben der Charakter satisfaktionsmäßiger Befriedigung der Forderung gefunden wird. Es hat sich bei den Römern eine Verschiedenartigkeit der Auffassung bezüglich der *confusio* geltend gemacht. Die eine tritt uns am deutlichsten in der aus einer Schrift des Pomponius entlehnten l. 107 D. de solut. 46, 3 entgegen. Er stellt hier den Satz hin, daß eine *verborum obligatio aut naturaliter aut civiliter* aufgehoben werde, *naturaliter* z. B. durch *solutio, civiliter* durch *acceptilatio* oder durch *confusio*. Daß Pomponius sich hier die Aufhebung der Obligation durch *confusio* nicht als eine satisfaktionsmäßige Befriedigung des Gläubigers denkt, kann wohl keinem Zweifel unterliegen, dann hätte sie eher mit der *solutio* zusammengestellt werden müssen, als mit der *acceptilatio*. Es geht aber auch aus der Art hervor, wie die *confusio* beschrieben wird, sie wird bezeichnet mit den Worten: *cum in eandem personam ius stipulantis promittentisque devenit*. Hier wird nicht irgend welche Befriedigung des Gläubigers als das Charakteristische des Vorgangs hervorgehoben, sondern der Grund der Aufhebung darin gesehen, daß Forderung und Schuld in derselben Person zusammengefallen seien, niemand aber sein eigener Gläubiger oder Schuldner sein könne. Und das ist ja auch dieselbe Vorstellung, welche den Ausdrücken *confusio, obligatio confusione exstinguitur, ratione confusionis intercidit*[3] u. dgl. zu Grunde liegt. Wie bei den Servituten durch die Worte *confusio, confundi* das Zusammenfallen des Servitutrechts und des auf dem dienenden

[1] D. Kompensation S. 27 f. [2] Gesch. u. Theorie d. Kompensation 2. Aufl., S. 32. 33.
[3] L. 50 D. de fideiuss. 46, 1. L. 82 (80) D. ad Sc. Trebell. 36, 1.

Grundstück haftenden *debere servitutem* in derselben Person und das dadurch bewirkte Erlöschen des Servitutrechts, so wird bei den Obligationen mit den gleichen Ausdrücken das Zusammentreffen von Forderung und Schuld in derselben Person, namentlich durch Erbgang, und der infolgedavon eintretende Zusammensturz der Obligation bezeichnet. Daß die Vorstellung satisfaktionsmäßiger Befriedigung bei diesem Ausdruck fernzuhalten ist, zeigen recht deutlich die Worte Papinians in l. 50 D. de fideiuss. 46, 1: *Debitori creditor pro parte heres extitit accepto coherede fideiussore: quod ad ipsius quidem portionem attinet, obligatio ratione confusionis intercidit aut (quod est verius) solutionis potestate.* Hier wird das *ratione confusionis intercidere* dem *solutionis potestate intercidere* als ein verschiedenartiger Gesichtspunkt entgegengesetzt. Andererseits tritt in nicht wenigen Äußerungen römischer Juristen bei verschiedenen Rechtsfragen die Auffassung hervor, daß die *confusio* wie Zahlung wirke, eine Befriedigung enthalte, so daß bei der *confusio* infolge Erbgangs die Erbschaft, je nachdem der Erblasser Gläubiger oder Schuldner, durch eine Aufrechnung der Schuld gegen die Forderung um den Betrag der untergegangenen Forderung oder Schuld vergrößert oder vermindert erscheine. Vgl. l. 33 D. soluto matr. 24, 3: — *quoniam adeundo hereditatem debitricis intellegeretur secum pensasse.* L. 41 § 2 D. de evict. 21, 2: — *quoniam et cum debitor creditori suo heres extiterit, ratio quaedam inter heredem et hereditatem ponitur et intellegitur maior hereditas ad debitorem pervenire, quasi soluta pecunia quae debebatur hereditati, et per hoc minus in bonis heredis esse: et ex contrario cum creditor debitori suo extitit heres, minus in hereditate habere videtur, tamquam ipsa hereditas heredi solverit.* L. 1 § 18 D. ad leg. Falcid. 35, 2: *Si debitor creditori heres existat, quamvis confusione liberetur, tamen locupletiorem hereditatem percipere videtur, ut computetur ei quod debet, quamvis aditione confusum sit.* Und so werden denn auch Konsequenzen daraus gezogen, daß Untergang der Obligation durch *confusio* der Befriedigung, Leistung gleichstehe: hat jemand, welcher eine Sache gekauft und dieselbe wieder verkauft hat, seinen Käufer beerbt, so kann er, wenn das Grundstück evinciert wird, wegen Eviktion gegen seinen Verkäufer bezw. dessen Bürgen klagen, wie wenn er selbst seinem Käufer, den er beerbt hat, wegen Eviktion Entschädigung geleistet hätte. — Die beiden hier dargelegten Auffassungen des Untergangs der Obligation durch *confusio* darf man nun nicht etwa so miteinander in Verbindung bringen,[1] daß man sagt, der Grund der Aufhebung sei, daß niemand ein Recht gegen sich selbst haben könne, das Resultat der Aufhebung aber sei, daß der Gläubiger eine der Befriedigung durch Kompensation vergleichbare Befreiung habe. Es handelt sich in der That um verschiedenartige Auffassungen, welche zu verschiedenen Resultaten führen können. Das zeigt sich klar in dem Falle, wenn der Gläubiger einen der Korrealschuldner beerbt oder der Schuldner einen der Korrealgläubiger. Geht man hier von der Auffassung aus, daß die *confusio solutionis potestate* wirke, so muß man die Folgerung ziehen, daß durch Beerbung des einen Korrealschuldners durch den Gläubiger auch der andere befreit werde. Hält man dagegen an dem reinen Konfusionsstandpunkt fest, d. h. daran, daß durch den Erbgang das *ius stipulantis promittentisque in eandem personam devenit*, so muß man, da ja der andere Korrealschuldner noch als Träger der Obligation vorhanden ist, Fortdauer derselben in dessen Person annehmen. Der Zweifel,

[1] So Windscheid, Pandekten II[6], S. 361.

ob das eine oder andere anzunehmen, tritt denn auch deutlich in den Worten des Paulus in l. 71 pr. D. de fideiuss. 46, 1 hervor: — *sed cum duo rei promittendi sint et alteri heres extitit creditor, iusta dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exempta confusa obligatione. et puto aditione hereditatis confusione obligationis eximi personam:* — — — *igitur alterum reum eiusdem pecuniae non liberari* etc. Fragen wir dann, welche Auffassung die ältere, ursprüngliche ist, so meine ich, daß es die in dem Ausdruck *confusio obligationis, confunditur obligatio* sich kundgebende ist, welche die Obligation deshalb untergehen läßt, weil das *ius stipulantis promittentisque in eandem personam devenit,* und eine Obligation, in welcher dieselbe Person die Stelle des Gläubigers und Schuldners hat, nicht möglich ist. Wahrscheinlich ist erst infolge praktischer Rechtsfragen, wie der der Berechnung der *Quarta Falcidia,* die Auffassung der *confusio* als einer satisfaktionsmäßigen Befriedigung der Forderung aufgetaucht und hat Boden gewonnen, ohne doch die alte Auffassung auch in ihrer praktischen Geltung völlig zu verdrängen, wie die Entscheidung des Paulus in l. 71 pr. cit. zeigt.[1]

3. Untergang der Obligation durch Unmöglichwerden der Leistung.

§ 76. Eine Art des *naturaliter resolvi* einer *(verborum) obligatio* sieht Pomponius in der l. 107 D. de solut. 46, 3 darin, daß die versprochene Sache ohne Schuld des Versprechers *in rebus humanis esse desiit.* Während auf dem Gebiet des Strafrechts ursprünglich von den Römern bei Tötungen und Beschädigungen, welche nicht *consilio,* vorsätzlich begangen waren, nicht gefragt wurde, ob nicht der Thäter gänzlich unschuldig an dem durch seine That herbeigeführten Erfolge sei, sondern ihm auch bei den *casu,* aber doch durch seine That herbeigeführten Erfolgen immer eine gewisse Schuld beigemessen wurde, derentwegen ihn eine leichtere Strafe traf, mußte man, wohl zuerst auf privatrechtlichem Gebiet bei den unter die *lex Aquilia* fallenden Thaten, und wenn der Untergang der geschuldeten Sache vom Schuldner nicht vorsätzlich durch seine That herbeigeführt war, noch weiter fragen, ob der schädliche Erfolg überhaupt irgendwie auf seinen Willen zurückführbar sei; denn derselbe konnte ja im letzteren Fall möglicherweise auch gar nicht durch ein Thun des Schuldners, sondern durch ein ganz ohne sein Zuthun eintretendes Ereignis, welches gänzlich außerhalb seines Willens lag, eingetreten sein. Hier mußte man also zuerst einen Unterschied machen zwischen *culpa* und *casus,* einerlei, ob man sich dieser oder anderer Worte zur Bezeichnung der damit ausgedrückten Begriffe bedient haben mag. In Anwendung auf die *verborum obligatio* wird von Paulus eine *constitutio* der *veteres* besprochen, welche wir bezüglich der *mora* schon erörtert haben: *quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem,*[2] womit dann *eo ipso* gesagt ist, daß, wenn keine *culpa debitoris intervenit,* durch den Untergang der geschuldeten Sache die Obligation aufgehoben werde. Unter der *culpa* ist aber bei der *verborum obligatio* eine *in faciendo,* ein positives Thun der Schuldners verstanden, nicht eine bloße Unterlassung, eine Nachlässigkeit. Bei dem durch des Schuldners eigenes positives Thun herbeigeführten Untergange der Sache mag man ursprünglich immer irgend welche Schuld desselben, also stets eine *perpetuatio* der Obligation angenommen haben,

[1] Andere Anschauungen über die Geschichte der *confusio* hat Kretschmar, *Secum pensare* S. 56.

[2] L. 91 § 3 D. de v. o. 45, 1.

man wird die Möglichkeit der Frage nicht zugelassen haben, ob nicht trotz des Vorhandenseins der äußern Kausalität eine Schuldlosigkeit des *debitor* angenommen werden könne. So wird man in alter Zeit auch den Schuldner aus einer *verborum obligatio,* welcher in Unkenntnis seiner Schuld das geschuldete Objekt vernichtet hatte, haben haften lassen, während sich in den Worten des Paulus in l. 91 § 2 D. de verb. obl. 45, 1: *De illo quaeritur, an et is, qui nesciens se debere occiderit, teneatur* ein Zweifel an der Richtigkeit solcher Entscheidung kundgiebt. Bei den *bonae fidei*-Obligationen wird sich viel früher die Frage erhoben haben, ob die Nichterfüllung der Obligation dem Schuldner zu imputieren sei. Hier bildeten sich die Unterschiede der Haftung für positive *culpa, diligentia* und für *custodia,* die Unterschiede der Haftung für ein größeres oder geringeres Maß von Diligenz aus. Stets haftete natürlich der Schuldner für die nachteiligen Folgen seines *dolus.* Die Frage war aber, wie weit er das *periculum* zu tragen habe, denn auch das Haften für den durch *culpa* des Schuldners erfolgten Untergang der geschuldeten Sache erschien den Römern als ein *periculum,* da auch ein *diligens paterfamilias,* wenn er es auch in der Regel nicht an Fleiß, Sorgfalt und Aufmerksamkeit fehlen läßt, doch einmal einen unbewachten Augenblick hat, in welchem er die Sache vor einer sie treffenden Gefahr nicht behütet, wie er es konnte. Von solcher Betrachtung aus erscheint zwar nie das Haften für *dolus* und *lata culpa,*[1] wohl aber das Haften für *levis culpa* als das Tragen eines *periculum;* es wirkt darin die Anschauung nach, daß nicht bloß der durch Aufmerksamkeit gar nicht vermeidliche Schaden, sondern auch der durch leichte Nachlässigkeit hervorgebrachte Schaden ein *casus* für den, welcher ihn zu verantworten hat, sei. Aber bei den *bonae fidei*-Obligationen mußte man doch fragen, ob der Schuldner *omne periculum*[2] zu tragen habe, auch das des *casus* oder nur das *periculum culpae.*[3] Da man wenigstens bei manchen Obligationen den Schuldner für jeden durch seine *culpa* und *negligentia* verursachten Schaden verantwortlich machen mußte, so kam *casus* zu der engern Bedeutung eines ganz außerhalb des Willens liegenden, durch keine *diligentia* abzuwendenden Ereignisses: wird durch solches der Schuldgegenstand vernichtet oder abhanden gebracht, so wird der Schuldner von der Obligation befreit. Auch bei den Obligationen, bei welchen der Schuld-

[1] Mommsen, Unmögl. der Leistung S. 238, A. 5, behauptet, daß selbst dann, wenn der Nachteil durch einen *dolus* des Schuldners herbeigeführt ist, der Ausdruck *periculum* gebraucht werde, aber die von ihm dafür beigebrachten Stellen beweisen das nicht. Wenn in l. 14 §§ 3 u. 4 D. de furt. 47, 2 gesagt ist, daß der Depositar, welcher dolos die Sache kontrektiert habe, von da an das *periculum* trage, so ist damit offenbar das *periculum casus* gemeint. Bedenken könnte eher erregen l. 19 pr. D. de hered. pet. 5, 3, wonach die *hereditatis petitio* auch Sachen, welche dem Erblasser verpfändet, ihm geliehen, bei ihm deponiert waren, umfassen soll, *quia periculum earum ad nos (sc. heredem) pertinet.* Daß dieser Ausdruck in Bezug auf *res depositae* nicht ganz zutrifft, zeigen andere Stellen, in welchen ausdrücklich gesagt ist, daß *depositae apud nos res nostro periculo non sunt* (l. 13 § 1 D. de lib. causa 40, 12), oder daß nur *saepe evenit ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: ut puta si hoc nominatim convenit* u. s. w. (l. 1 § 35 D. depositi 16, 3). In l. 19 pr. cit. handelt es sich darum, den Grund, aus welchem sowohl *res commodatae* wie *res depositae* von der *her. pet.* umfaßt werden, in einen Ausdruck zusammenzufassen, der nun nicht ganz glücklich ausfiel. Paulus wollte nur sagen, daß der Erbe des Kommodatars und Depositars verpflichtet ist, die kommodierten bezw. deponierten Sachen zurückzugeben, also ein rechtliches Interesse daran hat, daß sie ihm mit den *corpora hereditaria* herausgegeben werden.

[2] L. 5 §§ 2 u. 3 D. commod. 13, 6. L. 7 § 15 D. de pact. 2, 14.

[3] L. 5 § 7 D. commodati 13, 6. L. 39 § 12 u. l. 40 D. de adm. et per. t. 26, 7.

ner außer für *culpa* und *diligentia* auch für *custodia* einsteht, wird in Bezug auf die letztere nicht mehr als eine *diligens custodia* verlangt. Es ist jetzt auch von Bruckner[1] der Nachweis zu führen gesucht, daß, wer für *custodia* im technischen Sinne hafte, für Abhandenkommen der geschuldeten Sache durch *furtum* unbedingt einstehe. Meines Erachtens ist dieser Nachweis nicht gelungen. Bruckner kann nicht leugnen, daß es Stellen giebt, welche von *culpa* reden da, wo für Garantiekustodia gehaftet wird, aber er glaubt sich mit ihnen durch die Annahme abfinden zu können, daß die Theorie die unbedingte Kustodiahaftung als Haftung für eine vom Gesetz fingierte *culpa* betrachtet habe, wovon sich in den betreffenden Stellen selbst keine Andeutung findet. Eine Hauptstütze für seine Ansicht sieht Bruckner in dem Satz, daß demjenigen, welcher für *custodia* im technischen Sinne einsteht, die *actio furti* zustehe, einerlei, ob ihm in Bezug auf das Abhandenkommen der Sache durch *furtum* eine *negligentia* vorgeworfen werden könne oder nicht. Nun ist es wohl richtig, daß ihm, solange nicht dem, welchem er für *custodia* haftete, gegenüber seine Schuldlosigkeit festgestellt war, die *actio furti* zustand, aber es war die Frage, ob er das, was er durch die *actio furti* erlangt hatte, falls im Prozeß mit dem Gläubiger seine Schuldlosigkeit bezüglich des Abhandenkommens der Sache durch das *furtum* erwiesen und festgestellt war, dem Gläubiger herauszugeben hatte oder nicht. Über diese Frage haben Kontroversen unter den römischen Juristen bestanden. Der Pfandgläubiger allerdings, dem das *pignus* entwandt war, mußte, was er mit der *actio furti* erlangt, sich ganz auf seine Forderung anrechnen, *etiamsi culpa creditoris furtum factum sit* (l. 22 pr. D. de pig. act. 13, 7). Andere für *custodia* haftende Schuldner aber brauchten, wenn sie bezüglich des *furtum* eine *culpa*, also eine Ersatzpflicht gegenüber dem Gläubiger traf, das mit der *actio furti* Erlangte dem Gläubiger nicht herauszugeben, während sie, wenn sie keine *culpa*, keine Ersatzpflicht traf, alles mit der *actio furti* Erlangte dem Gläubiger herausgeben mußten. Doch bestand, wie wir aus l. 22 §§ 3 u. 3a C. de furtis 6, 2 ersehen, für den erstern Fall eine Meinungsverschiedenheit darüber, ob nicht der Schuldner dem Gläubiger die *summa poenalis* herausgeben müsse.

Eine weitere Frage ist, ob schon das alte Civilrecht den Unterschied zwischen gewöhnlichem *casus* und *vis maior* gekannt habe? Der Ausdruck „*vis maior*" faßt gewisse Unfälle, durch welche eine Sache vernichtet oder beschädigt ist, im Gegensatz zu anderen, nicht darunter begriffenen zusammen. Der Begriff der *vis maior* hat sich wohl zuerst im Leben gebildet, er ist ein aus der Erfahrung geschöpfter. Es waren zunächst einzelne, bestimmte Unfälle, welche der Lebensverkehr anders ansah und behandelte, als die übrigen Unfälle: sie wurden zunächst als einzelne in Vertragsklauseln aufgeführt und dann erst unter den allgemeinen Begriff der *vis maior* zusammengefaßt. So wurde nach Liv. 23, 49 im Jahre 538 d. St. in die Verdingung der Lieferungen für das Heer der Zusatz zu Gunsten der Konduktoren aufgenommen: *ut quae in naves imposuissent ab hostium tempestatisque vi publico periculo essent* (vgl. Liv. 25, 3, 10); und die die Verpachtung der *vectigalia publica* betreffende *lex censoria* enthielt nach Cic. de prov. cons. 5, 12 eine stehende Klausel, welche eine Remission von der Pachtsumme gewährte: *si qui frui publico non potuit per hostem.* In dem von Cincius (zu Ciceros oder Augustus' Zeit) in seiner Schrift *de re militari*

[1] In der früher citierten Schrift, *custodia* nebst ihrer Beziehung zur *vis maior.* 1889.

mitgeteilten Soldatengestellungseid (Gell. XVI, 4, §§ 2—4) wird unter den *exceptiones,* welche das Ausbleiben am Gestellungstermin entschuldigen, erwähnt: *vis hostisve* . . Ähnliche Zusätze enthielt auch das *vadimonium,* wie noch l. 2 § 5 D. si quis caut. 2, 11 zeigt: *Si quis iudicio sisti se promiserit et valetudine vel tempestate vel vi fluminis prohibitus se sistere non possit, exceptione adiuvatur.* Allmählich scheinen dann allgemeinere Ausdrücke in die Vertragsklauseln aufgenommen zu sein. So wird in l. 30 § 1 D. locati 19, 2 (Alfenus libro III digestorum a Paulo epitomatorum) folgende Vertragsberedung mitgeteilt: *Colonus villam hac lege acceperat, ut incorruptam redderet praeter vim et vetustatem.* Als Labeo die Befreiung des Schuldners von der prätorischen *actio de recepto* wegen *vis maior* als billig bezeichnete, da scheint er nicht an eine auf *vis maior* im allgemeinen, sondern an eine auf den besondern Unfall konzipierte *exceptio* gedacht zu haben (l. 3 § 1 D. nautae 4, 9: *inde Labeo scribit, si quid naufragio vel per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari).* Ulpian aber spricht schon von *vis maior* allgemein als Befreiungsgrund: *idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit.* Im Leben hatte man wohl schon länger angefangen, jene besonderen Unfälle unter den allgemeinern Begriff der *vis maior* zu subsumieren. So sagt Cicero pro Plancio 42: *sin autem vitam mihi sors ademisset, aut vis aliqua maior reditum peremisset* —. Ferner Columella I, 71: *nisi si caeli vis maior aut praedonis incessit.* Und Plin. histor. nat. XVIII, 69: *Ante omnia autem duo genera esse caelestis iniuriae meminisse debemus. unum, quod tempestates vocamus, in quibus grandines, procellae, ceteraque similia intelleguntur: quae cum acciderint, vis maior appellatur.* Seneca aber, Benef. IV, 39 sagt mit Bezug auf das *vadimonium deserere: Vis maior excusat.* Hier zeigt sich, daß die Jurisprudenz den zunächst im Verkehr gebildeten, aus der Erfahrung geschöpften Begriff rezipiert hat. Derartiges pflegt sie aber nicht zu thun, ohne solche Begriffe, falls sie noch etwas Unbestimmtes haben sollten, bei ihren Operationen zu präzisieren, wenn sie sich auch nicht zu einer Präzisierung in abstrakter Formulierung erhoben haben mag. In diesem Sinne nehme ich an, daß *vis maior* in der römischen Jurisprudenz eine technische Bedeutung erhalten habe. Man kann auch nicht sagen, daß erst die Jurisprudenz der Kaiserzeit dazu gekommen sei, mit dem allgemeinen Begriff von *vis maior* zu operieren, denn nach l. 15 § 1 D. locati 19, 2 faßt Servius Sulpicius die hier in Frage kommenden Unfälle als *omnis vis, cui resisti non potest,* zusammen, und derselbe Servius spricht nach l. 24 § 4 von einem *damnum,* welches eingetreten sei *violentia ventorum vel qua alia ratione, quae vim habet divinam.* Jedenfalls reichen die Wurzeln der Entwickelung in die republikanische Zeit zurück, und es mag daher gleich hier der Begriff erörtert werden. Gewisse unabwendbare Unfälle von anderen zu unterscheiden, dazu bot die Beweisfrage gewiß die nächste Veranlassung. Bei gewöhnlichen Unfällen (insbesondere beim Abhandenkommen einer Sache durch ein *furtum*) werden vielfach Zweifel zurückbleiben, ob der Schuldner, der den Nachweis geführt, daß er die *diligentia* eines *bonus paterfamilias* angewandt habe, nicht doch durch irgend welche Nachlässigkeit den Unfall verschuldet habe; oder es wird umgekehrt nicht aller Zweifel beseitigt sein, ob ein Schuldner, welcher den Beweis seiner Schuldlosigkeit nicht überzeugend zu führen vermag, nicht dennoch schuldlos an dem Unfall gewesen sei. Es wird eben gar manche Fälle geben, wo der wirkliche Sachverhalt sich nicht genügend klar stellen läßt, um dem Richter eine sichere Überzeugung nach der einen oder andern Richtung

zu verschaffen.[1] Gewisse außergewöhnliche Unglücksfälle giebt es aber, welche in der weit überwiegenden Zahl ihres Vorkommens von vornherein gar keine Zweifel an der Schuldlosigkeit des Schuldners, an der Unabwendbarkeit des eingetretenen Schadens aufkommen lassen. Ganz natürlich ist es nun, daß als Beispiele von *casus*, für welche der Schuldner nicht einsteht, nicht solche Fälle angeführt werden, in denen Schuldlosigkeit des *debitor* nur durch eine ins Einzelne gehende Darlegung des konkreten Falls gezeigt werden kann, sondern solche, in denen dieselbe von vornherein klar ist, also vor allem Fälle der *vis maior*. Da diese aber bei solchen Erörterungen nur als ganz unzweifelhafte Fälle des *casus* aufgeführt werden, so ist natürlich dabei eine strenge Abgrenzung des Fälle der *vis maior* gegenüber anderen Fällen des *casus* nicht zu erwarten, und es kann daraus nicht auf eine mangelhafte Abgrenzung des Begriffs der *vis maior* gegenüber dem sonstigen *casus* geschlossen werden, denn es fehlt in solchen Fällen an Veranlassung und Absicht zu solcher Abgrenzung. Man muß sich daher auch hüten, die Fälle, welche in solchen Katalogen von offenbarem *casus* in Stellen, wie l. 18 pr. D. commodati 13, 6 und l. 23 D. de reg. iur. 50, 17, aufgezählt werden, ohne weiteres alle als solche der *vis maior* anzusehen. Giebt es denn nun schon nach Civilrecht Rechtsverhältnisse, in welchen nicht gewöhnlicher *casus*, sondern nur *vis maior* von der Verbindlichkeit befreit? Jedenfalls konnte, wenn auch der Schuldner an sich nur für *levis culpa*, *diligentia* und *diligens custodia* haftete, durch besonderes Versprechen die Haftung auch für *casus*, mit Ausnahme gewisser Kasusfälle, welche dann aufgeführt oder unter allgemeinerer Charakterisierung, wie *vis maior*, zusammengefaßt wurden, übernommen werden. Wurde ein solches Versprechen bei bestimmten Verträgen im Verkehr ganz regelmäßig geleistet, dann konnte eine Haftung für gewöhnlichen *casus* auch angenommen werden, wenn einmal jenes ausdrückliche Versprechen unterlassen war. Schon das die *actio de recepto* verheißende Edikt zeigt uns das; denn daß unter dem *salvum fore recipere* ursprünglich ein von dem *nauta* u. s. w. gegebenes Versprechen, für die Integrität der aufgenommenen Sachen einstehen zu wollen, zu verstehen sei, hat Goldschmidt mit Recht angenommen.[2] Daß dieses Versprechen vor Aufstellung der *actio de recepto* wirkungslos gewesen sei, ist undenkbar, es wird der Inhalt desselben, wenn es, wie in der Regel, einer *locatio conductio* hinzugefügt war, mit der *actio* aus diesem Vertrage haben geltend gemacht werden können. Warum dennoch eine besondere *actio de recepto* aufgestellt wurde, wird bei der Darstellung des *ius honorarium* zu erörtern sein. Kaum aber wird man bei dem *bonae fidei negotium* in dem auf *rem salvam fore* gerichteten Versprechen auch eine Übernahme des Einstehens für die Fälle der *vis maior* gesehen haben. Denselben Sinn wird man in eine ausdrückliche Übernahme der *custodia* bei Verträgen, bei welchen der Schuldner schon an sich für *diligens custodia* einstand, hineingelegt haben. Die *locatio conductio* bot aber auch sonst Gelegenheit

[1] Exner, Der Begriff der höhern Gewalt S. 41 ff., hebt die Schwierigkeit des Beweises für den Geschädigten, Bruckner, Die Kustodia S. 239 f., die Schwierigkeit des Beweises der Unschuld für den Schuldner hervor. Beides kann zutreffen, aber je nach den in Frage stehenden Rechtsverhältnissen tritt wohl die eine oder andere Schwierigkeit mehr hervor. Beim *receptum* und den Verhältnissen des modernen Verkehrs, in welchen der Schuldner für *casus*, ausgenommen *vis maior*, aufkommen muß, liegt regelmäßig die von Exner hervorgehobene Beweisschwierigkeit vor.

[2] Vgl. dessen Ztschr. f. d. gesamte Handelsr. III, S. 97 ff. Pernice, Labeo II, S. 347. Bruckner, Kustodia S. 168, A. 1. G. Gerth, Begriff der *vis maior* S. 79.

zur Unterscheidung gewöhnlicher und außergewöhnlicher Unfälle. Der *colonus* kann Nachlaß vom Pachtgeld beanspruchen, wenn das Grundstück bezw. die Frucht von einer *vis, cui resisti non potest,* wie von Überschwemmung, die Frucht verheerenden Vögelscharen, Verheerung durch feindliche Truppenscharen, Erdbeben, Sonnenbrand u. dgl. heimgesucht ist.[1] Bei einer *locatio conductio operis* soll der *conductor operis* die Gefahr des Baues bis zur *adprobatio* tragen, außer wenn er vor der *adprobatio* durch *vis maior* zu Grunde gegangen ist.[2] Endlich stößt man auf eine Anwendung des Begriffs der *vis maior* beim Verfahren wegen *damnum infectum,* welche in die Legisaktionenzeit zurückreicht. Die Kaution wegen *damnum infectum* soll nicht etwa bloß Schutz gewähren gegen einen drohenden Schaden, bezüglich dessen den Nachbar eine Schuld trifft, sondern auch gegen solchen, bezüglich dessen er vielleicht seine Schuldlosigkeit nachweisen kann: nur gegen einen durch eine *vis divina* drohenden Schaden kann keine Kaution begehrt, noch wegen des eingetretenen aus der Kaution geklagt werden.[3] — Die Frage nun, was *vis maior* im Gegensatz zu sonstigem *casus* sei, soll hier nicht gleichsam aprioristisch erörtert werden. Den Römern war dieser Begriff kein aprioristischer, sondern ein aus der Erfahrung geschöpfter, und unsere Aufgabe ist, womöglich zu ermitteln, was die Römer unter *vis maior* verstanden haben. Heute macht sich in der Auffassung der *vis maior* bekanntlich der Gegensatz geltend, welchen man als subjektive und objektive Auffassung derselben bezeichnet hat. Nach der Darstellung, welche Exner von diesen beiden Auffassungen giebt, liegt das charakteristische Moment der subjektiven Auffassung in einer Verhältnisbeziehung zwischen den in Frage kommenden Thatsachen und dem den Thatsachen gegenüber entwickelten Gebahren der hypothetisch ersatzpflichtigen Personen, ist also eine Relation, deren Vorhandensein erst aus einer Abwägung der stattgefundenen Thatsachen gegen das zu ihrer Vermeidung oder Unschädlichmachung aufgewendete Maß sachlicher Veranstaltungen und persönlicher Leistungen gefunden werden kann, dagegen das charakteristische Moment der objektiven Auffassung in dem objektiven Bestande dieser Thatsachen selber, ist also etwas äußerlich Gegebenes. Dem gegenüber muß doch gleich hervorgehoben werden, daß schon die Bezeichnungen *vis maior, vis cui resisti non potest,* mag man sie mehr subjektiv oder mehr objektiv auffassen, stets auf eine Verhältnisbeziehung hindeuten: auf eine Relation nämlich zwischen der Kraft des schädigenden Ereignisses und der menschlichen Widerstandskraft, also der Unterschied zwischen subjektiver und objektiver Auffassung der *vis maior* nur in der Verschiedenheit der Auffassung dieser Verhältnisbeziehung bestehen kann. Die subjektive Auffassung sucht das für diese Verhältnisbeziehung Entscheidende in dem Maße der von der Person zu prästierenden sachlichen Veranstaltungen und Leistungen, die objektive in der objektiven Art der Thatsachen, Ereignungen. Die subjektiven Auffassungen der *vis maior,* wie sie auch unter sich noch verschieden sein mögen, werden zu einer Individualisierung gelangen, sie werden nicht ge-

[1] L. 15 § 2, l. 25 § 6 D. locati 19, 2. Nicht aufführen will ich hier den Satz, wonach die Vermieter von *horrei,* Speichern für unversehrte Rückstellung der ihrem Lagerhaus anvertrauten Güter haften, außer wenn der Schaden durch *vis maior* oder *effractura latronum* angerichtet ist, denn dieser Satz dürfte erst in der Kaiserzeit enstanden sein, da in republikanischer Zeit das Deponieren in Tempeln vorgeherrscht, das *deponere* in *horrei* aber erst in der Kaiserzeit eine beliebtere Art der Deposition geworden zu sein scheint. Vgl. Muther, Sequestration S. 368.

[2] L. 36, 37, 59 D. locati 19, 2. [3] L. 24 §§ 3, 4, 9 D. de damno infecto 39, 2.

wisse bestimmte Ereignisse, sondern jedes schädigende Ereignis, welches trotz eines gewissen Aufwandes von Leistungen oder Veranstaltungen unvermeidlich war, aber auch nur unter dieser Voraussetzung, als *vis maior* charakterisieren. Die objektiven Theorien dagegen werden in der besondern Art des Ereignisses selbst bezw. der Art seines Auftretens das dasselbe als *vis maior* charakterisierende finden.[1] Daß die Römer, insbesondere die römischen Juristen, eine objektive Auffassung der *vis maior* hegten, zeigt die Art, wie sie zu diesem aus der Erfahrung geschöpften Begriff gelangt sind. In den Verträgen mit den Publikanen über Lieferungen fürs Heer und über die *vectigalia publica,* in dem Soldatengestellungseid und in dem *vadimonium* sind es zunächst bestimmte Ereignisse, deren Gefahr der *conductor* nicht tragen soll, bezw. welche das Ausbleiben des Gestellungspflichtigen an dem Gestellungstermin entschuldigen: *hostium vis, tempestatum vis, vis fluminis,* ohne daß dabei danach gefragt wird, ob etwa die Person der Macht eines solchen Ereignisses hätte entfliehen können. Von solchen Ereignissen geht man aus, von ihnen steigt man erst zu dem allgemeinen Begriff der *vis maior* oder der *ratio quae vim habet divinam* auf. Für jene Ereignisse, wie *vis hostium, tempestas calamitosa, solis fervor non adsuetus, graculi, sturni,* kommt gar nicht in Frage, ob den Schuldner eine *culpa* bezw. ein Mangel an Diligenz treffen könne: sie werden einfach als befreiend oder entschuldigend hingestellt. Dem gegenüber ist es bemerkenswert, daß die Quellen, wo es sich um gewöhnlichen *casus* handelt, regelmäßig nicht einzelne Fälle desselben aufführen, weil es immer nach den Umständen des konkreten Falls zu beurteilen und zu entscheiden ist, ob keine Schuld, kein Mangel an Diligenz, also ein *casus* vorliegt. Das zu Ermittelnde ist, welche charakteristischen Merkmale jenen aufgezählten Fällen anhaften, auf Grund deren sie als den Schuldner unbedingt befreiend oder entschuldigend zusammengestellt bezw. unter einen höhern Begriff der *vis maior* gebracht werden. Zunächst wird mehrfach ausdrücklich hervorgehoben, daß zu den unter den Begriff *vis maior* begriffenen Ereignissen nur solche Unfälle gehören, welche von außen an die Sache herantreten, womit natürlich nicht gesagt sein soll, daß alle von außen an eine Sache herantretenden Unfälle unter den Begriff der *vis maior* zu ziehen seien, denn es können ihnen andere für diesen Begriff erforderliche Momente fehlen. Die am klarsten dieses Erfordernis hervorhebende Stelle ist l. 15 § 2 D. locati 19, 2. Hier werden eine Anzahl solcher von außen die Sache betreffender Unfälle als dem Pächter Anspruch auf *remissio* vom Pachtgeld gebend genannt, und im Gegensatz zu diesen wird gesagt: *si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, — — veluti si vinum coacuerit, si raucis vel herbis segetes corruptae sint.* In Übereinstimmung damit wird nach l. 30 § 4 D. eod. tit. die in der *lex locationis: ut incorruptam redderet (villam) praeter vim et vetustatem* erwähnte *vis* als eine *extraria vis* erklärt. In der Stelle ist zu dieser *extraria vis* in Gegensatz gestellt das von einem zum Hause des *colonus* gehörigen Sklaven desselben angelegte Feuer. In einem bloß natürlichen Sinne ist ja auch solches Feuer ein an die Sache von außen herantretendes Ereignis, aber nicht im gesellschaftlichen bezw. juristischen Verstande: das von einem Hausangehörigen des Schuldners angelegte Feuer ist in diesem Sinne ein sie aus dem Menschenkreise, welchen der Schuldner zu vertreten hat, treffendes Ereignis, keine von

[1] Als einen Anhänger der objektiven Theorie hat sich neuerlich auch Unger bekannt, Handeln auf eigene Gefahr S. 56 f. Vgl. auch die dort S. 5 Citierten und Baron im Archiv f. civil. Pr. Bd. 78, S. 243 f.

außen über ihn hereinbrechende *vis maior*.[1] Auch Coll. leg. mos. et rom. X, 9 (vgl. l. 1 C. de loc. 4, 65): *Dominus horreorum periculum vis maioris vel effractorae latronum praestare non cogitur. his cessantibus, si quid ex depositis rebus inlaesis extrinsecus horreis perit, damnum depositorum sarciri debet* zeigt in den Worten *inlaesis extrinsecus horreis*, daß man unter *vis maior* eine von außen die Sache treffende Gewalt verstand. Wenn ferner in l. 24 §§ 2 sq. D. de damno inf. 39, 2 zunächst gesagt wird, daß unter dem *vitium aedium et loci*, dessentwegen Kaution begehrt werden könne, nicht ein *naturale vitium* zu verstehen sei, sondern *quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit*, wenn ferner gefragt wird, ob die *stipulatio damni infecti omne damnum, quod extrinsecus contingat* umfasse, dann aber das *damnum* als von ihr nicht umfaßt bezeichnet wird, welches „*terrae motu aut vi fluminis*", „*violentia ventorum vel qua alia ratione quae vim habet divinam*" angerichtet sei, so wird damit der durch *vis maior* angerichtete Schaden klar genug als ein *damnum, quod extrinsecus contingat*, bezeichnet.[2] — Die unter dem Begriff der *vis maior* begriffenen Unfälle bilden den Gegensatz zu dem *casus*, der denkbarerweise durch menschliche *custodia* abgewendet werden kann. Im Begriff der schützenden *custodia* liegt es aber, wie ganz richtig Bruckner[3] bemerkt hat, daß sie nur gegen Unfälle sich richtet, welche von außen an die Sache herantreten. Es giebt durch menschliche Einsicht und Kraft nicht abwendbare Unfälle, welche nicht unter den Begriff der *vis maior*, der von außen an die Sache herantretenden Gewalt fallen. Wenn man sich gegen solche Begriffsbestimmung der *vis maior* mit Bruckner darauf berufen wollte, daß in dem Kataloge der l. 18 pr. D. commod. 13, 6 *mortes servorum* und *fugae servorum* als Fälle der *vis maior* aufgeführt seien, ebenso in dem Katalog der l. 23 D. de reg. i. 50, 17, so ist schon früher dargethan, daß diese Stellen keineswegs Kataloge nur von solchen Unfällen sind, welche als *vis maior* anzusehen seien. In den Ausdrücken *vis maior, vis divina* liegt nicht bloß der Begriff des Unabwendbaren, sondern auch der der *vis*, der von außen an- oder eindringenden Gewalt.

Als ein weiteres Begriffsmoment der *vis maior* käme die Unabwendbarkeit, Unwiderstehlichkeit des Ereignisses in Betracht. Gegen dieses Merkmal hat man eingewandt, es gebe an sich nichts Unabwendbares noch Unwiderstehliches. Das Unvermeidliche sei eben ein wesentlich Relatives, nur vorhanden im Vergleich zu einem gegebenen Bestand von Widerstandsmaßregeln und -mitteln. Es muß, um über die Begründetheit oder Unbegründetheit dieses Einwands ins klare zu kommen, zunächst gefragt werden, welches Subjekt als dasjenige gedacht ist, für welches das als *vis maior* bezeichnete Ereignis unabwendbar, unwiderstehlich sein soll. Man darf natürlich nicht an den Schuldner denken, um dessen Haftung oder Nichthaftung es sich handelt. Für ihn ist jedes schadende Ereignis, welches *in concreto* durch *diligentia* eines *diligens paterfamilias* nicht verhindert werden konnte, unabwendbar, unwiderstehlich. Als Subjekt ist vielmehr der einzelne Mensch, der einzelne Privatmann gedacht. Es

[1] Den von Exner, a. a. O. S. 62, hingestellten Fall der Vernichtung einer Schiffsladung durch die Explosion einer unter falscher Deklaration aufgenommenen sogenannten Thomasuhr muß ich als einen Fall einer *extraria vis* ansehen: der Explosivstoff ist hier von außen durch Fremde unentdeckt in das Schiff oder Gebäude hineingebracht. Daß die Explosion erst im Innern eingetreten, ändert nichts daran, daß die Ursache der Explosion von außen hineingebracht ist. Die Sache liegt hier nicht anders, als wenn ein Gebäude vermittelst unterirdischer Minengänge untergraben und von dort aus in die Luft gesprengt wird.

[2] Nicht richtig Gerth, a. a. O. S. 60. [3] A. a. O. S. 31.

giebt Ereignisse von solcher Kraft, daß, um ihnen zu widerstehen, die Kraft eines einzelnen Menschen und die seiner Herrschaftssphäre unterstehenden Mittel nicht ausreichen. Ob z. B. der Durchbruch der Deiche und Dämme, welcher die verheerende Meeres- oder Stromesflut sich über weite Flächen ergießen läßt, durch die vereinigte Kraft ganzer Ortschaften hätte vermieden werden können, ist für den Begriff der *vis maior* gleichgültig: nur darauf kommt es an, daß das Ereignis eine die Kraft jedes einzelnen ohne allen Zweifel übersteigende Macht und Wucht hat. Wenn die römischen Juristen von einer *ratio* sprechen, *quae vim habet divinam,* so kann nicht wohl einem Zweifel unterliegen, daß sie dabei an Ereignisse von einer über menschlichen Widerstand hinausragenden Gewalt dachten. Natürlich sind solche Ereignisse außergewöhnliche, ungewöhnlich nicht bloß durch ihre Kraft, sondern auch darin, daß sie im regelmäßigen, alltäglichen Lauf des Natur- und Menschenlebens[1] nicht vorkommen, aber dieses Merkmal der Ungewöhnlichkeit ist ein relatives; der ein Gebäude in Brand setzende, Menschen und Vieh erschlagende Blitz wird häufiger vorkommen, als der Wirbelsturm, der in wenigen Minuten Städte zerstört, und die Heuschreckenschwärme, die binnen kurzem die Ernte des Jahres vernichten. Mit dem Moment des Außergewöhnlichen hängt wieder das fragliche Erfordernis, daß das betreffende Ereignis unvoraussehbar sei, zusammen. Ohne Zweifel giebt es unter den Begriff der *vis maior* fallende Ereignisse, die so selten und dann so plötzlich eintreten, daß von einem Voraussehen derselben nicht die Rede sein kann: sie sind nicht allein unwiderstehlich, sondern es ist auch das Geraten in ihren Bereich unvermeidlich. Das Nahen anderer wegen ihrer Unwiderstehlichkeit zur *vis maior* zu rechnender Ereignisse kann voraussehbar sein, z. B. die Überziehung einer Gegend durch feindliche Truppenmassen, und es kann dann bei einem Streit über die Verpflichtung zum Ersatz wegen durch solche Truppen vernichteter oder beschädigter Sachen in Frage kommen, ob es dem, von welchem Schadensersatz begehrt wird, nicht zur Schuld angerechnet werden könne, daß er diese Sachen in den Bereich des vorausgesehenen unwiderstehlichen Ereignisses kommen ließ: er hätte sie vielleicht vorher außer den Bereich der *vis maior* bringen können. Für Grundstücke aber und anderes Untransportierbare wird auch die Voraussehbarkeit des Ereignisses an der Unabwendbarkeit desselben nichts ändern. Die Unabwendbarkeit des Betroffenwerdens, nicht die Unvoraussehbarkeit ist ein charakteristisches Merkmal der *vis maior*.

4. *Concursus duarum causarum lucrativarum.*

§ 77. Als letzter Aufhebungsgrund der Obligationen möge hier betrachtet werden der sogenannte *concursus duarum causarum lucrativarum.*[2] Der Satz wird in den Institutionen (§ 6 I. de legat. 2, 20) als ein überlieferter bezeichnet: — *nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse;* Theophilus bezeichnet ihn in seiner Paraphrase jener Stelle als einen *κανών*. Der Satz ist wohl ohne Zweifel ein durch die Jurisprudenz aufgestellter, eine jener *regulae*. Die Meinung von Arndts,[3] es sei die Regel nicht ohne Widerstreit zur Geltung gelangt, vielleicht habe sogar ein Schulenstreit

[1] Vgl. l. 15 § 2 D. locati 19, 2: — *solis fervore non adsueto* — — *si nihil extra consuetudinem acciderit.*

[2] Vgl. Arndts in d. Fortsetzg. von Glücks Pand. Bd. 46, Abt. 1, S. 250, A. 1.

[3] In Glücks Pandekten Tl. 46, Abt. 2, S. 250 f., Anm. 1.

darüber bestanden, ist nicht zu billigen. Jener Widerstreit der Meinungen soll sich aus der Art schließen lassen, wie sich Sex. Caecilius Africanus über einen Anwendungsfall in l. 108 § 4 D. de leg. I. äußere: — *si quidem non ex lucrativa causa stipulatio intercessit, utile legatum esse placebat. sin e duabus, tunc magis placet, inutile esse legatum* —, aber, wie schon Hartmann[1] dagegen richtig bemerkt hat, nach Africanus' Meinung soll das Legat nicht erst dann *inutile* werden, wenn der Kreditor infolge der Stipulation *(ex lucrativa causa)* Eigentümer geworden sei, sondern es soll das Legat von vornherein *inutile* sein, so daß überhaupt kein wirkliches Nebeneinanderbestehen zweier lukrativer Titel herauskommt, und nur diese weitergehende Meinung wurde nicht von allen römischen Juristen geteilt. Daß der Satz alt ist, werden wir annehmen können. Zwar finden wir ihn nicht früher, als von Julian[2] ausgesprochen, aber mit einer Bestimmtheit, daß nicht daran zu denken ist, es handle sich um etwas irgendwie Neues, und wenn er auch nicht mit einer so übereinstimmenden Fassung ausgesprochen wird, wie andere alte *regulae,* so sind doch die verschiedenen auf ihn bezüglichen Stellen in allem Sachlichen so übereinstimmend, daß man leicht den Eindruck gewinnt, es handle sich hier um etwas unter den römischen Juristen völlig Ausgemachtes. Es trifft zu, was Brinz[3] sagt, daß der Satz in den Quellen nicht Gegenstand der Diskussion, des Zweifels sei. Daraus aber wird man doch nicht schließen dürfen, daß er einfach von ihnen als etwas von der Rechtsbeliebung frei Statuiertes, nicht Deducierbares hingenommen sei. An Disputationen über den Satz fehlt es zwar, aber das kann auch darin seinen Grund haben, daß man von der innern Richtigkeit desselben bis zu Justinian hin allgemein überzeugt war, und an kurzer Begründung fehlt es auch nicht: es können dafür die Worte des Africanus in l. 108 D. de leg. I. (30) gelten: — *quia nec absit quicquam nec bis eadem res praestari possit.* Nirgends findet sich der leiseste Anhalt dafür, daß der Satz als ein auf besonderen ethischen Motiven, etwa auf dem sittlichen Mißfallen daran, daß man dieselbe Sache öfter als einmal geschenkt haben wolle, beruhender angesehen sei. Man hat vielfach gemeint, der Grund des Satzes liege in der unverschuldeten Unmöglichkeit der Leistung. Diese Ansicht hat namentlich Hartmann zu widerlegen gesucht, und insoweit muß man ihm recht geben, als er die Einmischung des Moments der Schuldlosigkeit in unsern Fall zurückweist. Die Schuldlosigkeit des *debitor* als Erfordernis der Befreiung aufzunehmen, hat keinen Sinn in einem Falle, wo irgend welcher Kausalzusammenhang des Eintritts der Unmöglichkeit mit einem obligationswidrigen Willen des Schuldners gar nicht denkbar ist. Daß der Gläubiger das Eigentum der Sache aus einer andern lukrativen *causa* erworben hat, ist etwas mit dem Willen des Schuldners gar nicht in Zusammenhang zu Bringendes. Nicht aber darf man mit Hartmann leugnen, daß durch den unbeschränkten, definitiven Eigentumserwerb von seiten des Gläubigers die Erfüllung der andern *causa lucrativa* unmöglich wird. Es läßt sich das nicht schon dadurch widerlegen, daß der Gläubiger seine Forderung nicht verliere, wenn er die Sache aus einem onerosen Rechtsgrunde erwerbe, obwohl dann die angebliche Unmöglichkeit ebenfalls eintrete. Die Unmöglichkeit der Leistung der Sache selbst liegt auch hier vor; warum aber hier keine Befreiung des *debitor* eintrete, sondern etwas an die Stelle der Sache Tretendes, das *pretium,* verlangt werden könne, wird sich demnächst zeigen. Hartmann

[1] Die Obligation S. 10. [2] L. 17 D. de obl. e. a. 44, 7. [3] Pandekt. II, 2. Aufl., S. 464.

meint sodann die fernere Möglichkeit der Leistung durch den Hinweis auf die Möglichkeit, daß der Schuldner zum Behuf nochmaliger Leistung die Sache sich wieder verschaffe, sei es vom Gläubiger selbst her, sei es von einem etwaigen neuen Erwerber, darthun zu können. Dagegen hat aber schon SCHEURL[1] mit vollem Recht eingewandt, daß dem Eigentümer einer Sache diese gegeben werde, sei — von einer möglichen künftigen Veränderung abgesehen — ein an sich und daher für alle zu bewirken unmögliches Ding. „Wahrhaft unmöglich ist alles, was gegenwärtig kein Mensch bewirken kann — —; das gegenwärtig an sich Unmögliche kann niemand zu fordern berechtigt sein, bloß deswegen, weil es durch eine Änderung des gegenwärtigen Zustandes ermöglicht werden kann; es muß ein besonderer Grund vorhanden sein, aus dem er diese Ermöglichung fordern kann." Diese Unmöglichkeit erklärt aber nicht die Liberation des Schuldners *ex causa lucrativa,* und wird auch von den römischen Juristen daraus allein nicht hergeleitet. Der Grund der Quellen ist, wie DERNBURG[2] richtig hervorhebt, ein zusammengesetzter: er beruht nicht allein darin, daß *„bis eadem res praestari non potest"*, sondern außerdem darin, daß dem Gläubiger *„nihil abest"*. Um den Gedankenzusammenhang zu verstehen, in welchem beides miteinander steht, und damit den wahren Grund der Aufhebung von Obligationen durch den *concursus duarum causarum lucrativarum* zu erkennen, wollen wir von HARTMANNS Erklärung des Satzes ausgehen. HARTMANN faßt den Untergang der Obligation durch jenen *concursus causarum* als Folge der Zweckerfüllung auf, er subsumiert ihn unter die Lehre von der Klagenkonkurrenz: durch die eine erfolgte lukrative Leistung sei die auf das nämliche Vermögensinteresse gerichtete Obligation aus der andern lukrativen *causa* aufgehoben, weil dadurch ihr Zweck erreicht sei. Darin, daß unser Satz mit der für die Klagenkonkurrenz geltenden Regel in Verbindung gebracht wird, liegt etwas Wahres, aber es kommt darauf an, klar darzulegen, wo bei dem *concursus duarum causarum lucrativarum* die die Liberation des Schuldners bewirkende Konkurrenz zu suchen sei. Unter Zweck der Obligation versteht HARTMANN das in der Zukunft liegende Ziel, worauf die Obligation gerichtet sei. Was HARTMANN sich darunter denkt, kommt nicht zu völlig klarem Ausdruck. In Bezug auf die Kaufsobligation z. B. sagt HARTMANN, daß ihr Interesse und ihr Zweck nicht darin bestehe, die Ware dem Käufer ganz schlechthin und abstrakt zu verschaffen, sondern darin, sie ihm gerade für diesen bestimmten bedungenen Preis zu verschaffen. Andererseits aber bezeichnet er es als den Kardinalzweck des Kaufs, das oberste Ziel der Kaufsobligation, die Ware selbst in des Käufers Vermögen zu schaffen, und sei dieser Kardinalzweck erreicht, so seien auch die übrigen Obligationen, insofern sie Mittel für den nunmehr beseitigten Zweck waren, notwendig aufgehoben. Für die Lehre von der Aufhebung der Obligationen durch *concursus* kommt es ihm also im Grunde nur auf den Kardinalzweck der Obligation, nicht auf das in dem obligatorischen Vertrag steckende oder ihm unterliegende Kausalmoment an. Eine *causa lucrativa,* deren Konkurrenz einen Fall der Anwendung unseres Satzes herbeiführen kann, ist nur ein Rechtsgeschäft, dessen ihm innewohnendes oder unterliegendes Kausalmoment eine Bereicherung des Empfängers durch eine ihm gemachte Vermögenszuwendung ist, und welches diesen bezweckten Erfolg der Bereicherung, ein *lucrum* für den Empfänger auch wirklich herbeiführt, also Schenkung, Ver-

[1] Krit. VJSchr. XVIII, S. 481 ff. [2] Pandekt. II[3], § 68, S. 184, A. 11.

mächtnis, testamentarische Erbfolge unter der angegebenen Voraussetzung. Das *conditionis implendae causa datum,* welches Arndts als *causa lucrativa* anführt, ist keine solche; denn wer *conditionis implendae causa* giebt, giebt nicht zu dem Zweck, dem Empfänger ein *lucrum* zuzuwenden. Und wenn bei Gelegenheit einer andern Frage in l. 4 § 31 D. de doli exc. 44, 4 die *noxae deditio* als eine *causa* bezeichnet wird, *quae prope lucrativam habet adquisitionem,* so zeigt schon diese Ausdrucksweise, daß dieselbe als eine wahre *lucrativa causa* nicht bezeichnet werden kann. Unter den Begriff fallen nur Zuwendungen, nicht, wie z. B. Savigny[1] meint, auch Erwerb durch Jagd, Beute, durch das Finden eines Schatzes oder einer herrenlosen Sache. Unser Satz lautet ferner nach den Institutionen[2] dahin, *duas lucrativas causas in eundem hominem concurrere non posse.* Es fragt sich, ob auf dieses Erfordernis l. 108 § 1 D. de leg. I. bezogen werden könne. Nach dieser Stelle wird dem Sklaven dessen, welchem eine Sache *ex testamento,* also *ex causa lucrativa* geschuldet wird, dieselbe Sache von einem andern geschenkt, und, obwohl der Herr durch diese Schenkung an seinen Sklaven Eigentümer der Sache geworden ist, wird doch entschieden: *manebit adhuc mihi ex testamento actio.* Hartmann[3] will die Entscheidung daraus erklären, daß bei noch ausstehender Acceptation der Schenkung von seiten des Herrn die andere *causa lucrativa* noch nicht perfekt geworden sei: verweigere der Herr die Acceptation der Schenkung als solcher, so befinde sich das von seinem Erwerbsorgan Erworbene nicht *ex lucrativa causa,* sondern *sine causa* in seinem Vermögen und sei daher der *condictio sine causa* unterworfen. Meines Erachtens ist der Grund der Entscheidung ein anderer. Wohl das Mittel der Schenkung, der Eigentumserwerb, nicht aber das kausale Moment der *donatio* kommt in der Person des Herrn zustande, wenn nicht ihm, sondern dem Sklaven geschenkt werden sollte. Die Schenkung ist also im Fall der Stelle wohl zustande gekommen, aber nicht in der Person des Herrn, sondern des Sklaven: der Herr ist also vermöge seiner *potestas* über den Sklaven nicht *ex causa lucrativa* Eigentümer der Sache geworden und behält daher immer noch seine *actio ex testamento.*

Nach anderer Richtung lautet der Satz dahin, *duas lucrativas causas in eandem rem concurrere non posse,* oder wie Julian in l. 17 D. de obl. et act. 44, 7 es ausdrückt: *Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset.* Nach Hartmanns[4] Meinung soll aber auf Grund unseres Satzes auch Erlöschen einer andern lukrativen Obligation stattzufinden haben, obwohl keineswegs eine individuell bestimmte Sache als Leistungsobjekt bei derselben bestimmt war. Das soll sich aus l. 87 pr. D. de legat. II. (31) ergeben: *Titia Seio tesseram frumentariam comparari voluit post diem trigesimum a morte ipsius. quaero, cum Seius viva testatrice tesseram frumentariam ex causa lucrativa habere coepit nec possit id quod habet petere, an ei actio competat. Paulus respondit ei, de quo quaeritur, pretium tesserae praestandum, quoniam tale fideicommissum magis in quantitate quam in corpore consistit.* Hartmann meint, unzweifelhaft sei eine Getreidemarke *ex genere,* als Gattungssache vermacht, und trotzdem zweifle der Fragende, ob nicht die Regel über den *c. c. l.* zutreffe. „Mochte auch eine mehrfache Verabfolgung von Getreide an den nämlichen auf Grund mehrerer Marken unzulässig sein: so schloß dies doch in nichts die Möglichkeit aus, auf Grund einer andern Obligation die Leistung

[1] System IV, S. 11. [2] § 6 I. de leg. 2, 20. [3] A. a. O. S. 80f. [4] A. a. O. S. 82f.

einer zweiten Marke bewirken zu lassen. Der Erwerber mochte darüber entweder zu Gunsten eines Dritten verfügen, oder für den Fall zufälligen Verlustes der ersten Marke selber noch Vorteil davon ziehen.“ Zur Begründung dieser bedeutsamen Sätze fehlt es an einem Eingehen auf das rechtliche Wesen der *tessera frumentaria*. Anteil an den von Staats wegen unentgeltlich stattfindenden Getreideverteilungen, den Frumentationen, hatte nicht jeder. Das erste Erfordernis war das römische Bürgerrecht,[1] wenn man dasselbe auch nur durch Freilassung erworben hatte. Ausgeschlossen sind die Senatoren und römischen Ritter, die hauptstädtischen Getreideempfänger werden genannt bezw. nennen sich selbst so: *plebs, quae frumentum publicum accipiebat, plebs urbana, quae frumentum publicum accipit,* und ähnlich. Eine weitere Bedingung der Zulassung zu den Frumentationen war, daß der Betreffende sein Domizil in Rom hatte.[2] Nicht alle aber in den bezeichneten Kreis fallenden Personen gehörten zu den Getreideberechtigten: es fand eine Beschränkung der Empfänger auf eine geschlossene Zahl statt; die Getreideberechtigten waren in Listen namentlich verzeichnet *(incisi)*.[3] Wie die Aufnahme unter diese Zahl der Berechtigten stattfand, ist nicht klar. Ein *modus* scheint Auslosung gewesen zu sein.[4] Sodann muß es Stellen gegeben haben, welche durch Kauf erworben werden konnten. Darauf bezieht sich das in den Rechtsquellen erwähnte *tribum* oder *tesseram frumentariam emere*. Die getreideberechtigte *plebs* war nach den 35 *tribus* geordnet, und diese *tribus* oder doch gewiß bestimmte Tribusabteilungen hatten sich in der Kaiserzeit zu förmlichen Korporationen entwickelt. Auf den Kauf der Mitgliedschaft solcher Korporation, mit welcher das Recht auf Teilnahme an den Frumentationen verbunden war, ist das *tribum emere* wohl zu beziehen. Das Recht war ein höchstpersönliches und erreichte spätestens mit dem Tode des Getreideberechtigten sein Ende. Wenn Mommsen sagt, die *tribus* sei als eine erbliche und übertragbare Staatsrente behandelt, so darf das nur so verstanden werden, daß die bereits vermöge des Rechts von dem ursprünglich Berechtigten erworbenen Vermögensvorteile auf den Erben übergingen, sowie daß die Ausübung des Rechts etwa für eine einzelne Getreideverteilung auf einen andern übertragen werden konnte. So erklärt sich die Erörterung des Juristen Scaevola in l. 35 pr. D. de leg. III. (32): *Patronus liberto statim tribum emi petierat: libertus diu moram ab herede patroni passus est et decedens heredem reliquit clarissimum virum: quaesitum est, an tribus aestimatio heredi eius debeatur. respondit deberi. idem quaesiit, an et commoda et principales liberalitates, quas libertus ex eadem tribu usque in diem mortis suae consecuturus fuisset, si ei ea tribus secundum voluntatem patroni sui tunc comparata esset, an vero usurae aestimationis heredi eius debeantur. respondi, quidquid ipse consecuturus esset* (vielmehr mit Mommsen *fuisset*), *id ad heredem suum transmittere.* Danach geht auf den Erben einmal das Recht auf die Vermögensvorteile über, welche der Erblasser, wenn er rechtzeitig in die *tribus* eingekauft wäre, vermöge seiner Zugehörigkeit zur *tribus* bis zu seinem Tode erworben haben würde, bis zu seinem Tode, denn mit demselben würde sein Recht aufgehört haben. Weiter kam

[1] Vgl. die Belege bei Mommsen, Tribus S. 187 ff. Dazu bezüglich der Sitte Pernice in d. Ztschr. d. Savignystift. V, S. 101.

[2] Vgl. die Beweisstellen bei Marquardt, Röm. Staatsverwaltg. II, S. 116, A. 12.

[3] Vgl. die Stellen bei Marquardt, a. a. O. S. 124, A. 6, insbesondere Seneca, Benef. IV, 28, 2: — *frumentum publicum tam fur quam periurus et adulter accipiunt et sine delectu morum quisquis incisus est.*

[4] Suet. Caes. c. 41.

aber in Frage, ob dem Erben des Fideikommissars auch die *aestimatio tribus* zu leisten sei. Zur Erklärung ist l. 49 § 1 D. de leg. II. (31) heranzuziehen: *Si Titio frumentaria tessera legata sit et is decesserit, quidam putant extingui legatum: sed hoc non est verum, nam cui tessera vel militia legatur, aestimatio videtur legata.* Unter dem Legat der *tessera frumentaria* ist eine Auflage an den Erben zu verstehen, dem Bedachten eine zur Teilnahme an der Getreideverteilung berechtigende Stelle, die Mitgliedschaft in einer *tribus* zu kaufen. Diejenigen, welche meinten, ein solches Vermächtnis erlösche mit dem Tode des Berechtigten, folgerten dies offenbar daraus, daß, auch wenn dem Vermächtnisnehmer bei seinen Lebzeiten das Recht gekauft wäre, es mit seinem Tode untergegangen sein würde. Andere aber sehen in solchem Vermächtnis das (eventuelle) Vermächtnis der Summe, um welche das Recht auf Teilnahme an den Getreideverteilungen hätte gekauft werden müssen. Ein solches Summenvermächtnis war, nachdem es angefallen, vererblich: es konnte nach Scaevolas Entscheidung auf einen *clarissimus vir* als Erben übergehen, wenn auch für diesen, da er nicht zur *plebs urbana* gehörte, die *tribus* nicht hätte erworben werden können. Der einzelne Getreideempfänger mußte etwas zu seiner Legitimation besitzen, auf dessen Vorzeigung ihm bei den allmonatlich stattfindenden Frumentationen das für den Einzelnen bestimmte Getreidequantum verabreicht wurde. Das war die *tessera frumentaria.* Ob die *tesserae frumentariae* den Empfangsberechtigten ein für allemal oder jeden Monat für die einzelne Frumentation ausgegeben wurden, ist nicht sicher. Hirschfeld[1] und Marquardt[2] nehmen das erstere an. Hirschfeld giebt aber zu, es könnten gegen diese Annahme bedenklich machen die Worte des Sueton, Aug. c. 40: *populi recensum vicatim egit, ac ne plebs frumentationum causa frequentius ab negotiis avocaretur, ter in annum quaternum mensum tesseras dare destinavit; sed desideranti consuetudinem veterem concessit rursus, ut sui cuiusque mensis acciperet.* Dieses Bedenken will er durch die Vermutung beseitigen, daß *tessera* hier nicht in dem Sinne von „Marke", sondern „Portion" zu verstehen sei. Dies auch angenommen, würde es doch nicht verständlich sein, wie *tessera* den Sinn „Portion" hätte annehmen können, wenn nicht die Marke, die *tessera,* für die einzelne Portion ausgegeben wäre. Die Ausgabe der Marken für den einzelnen Fall ist auch deshalb nicht unwahrscheinlich, weil sie die Kontrolle erleichterte: der die Marke Vorzeigende empfing vielleicht seine Portion nur gegen Herausgabe der *tessera.* Wie dem nun auch sei, es mußte eine solche *tessera* den Empfangsberechtigten etwa durch eine Ziffer oder durch Buchstaben als den in die Listen verzeichneten Berechtigten kenntlich machen. Man ist darüber verschiedener Meinung gewesen, ob die *tessera frumentaria au porteur* gelautet habe, wie Bender[3] und ihm zustimmend Kuntze[4] behaupten, oder ob der Name des Empfängers und der Tribus, welcher er angehörte, auf der *tessera frumentaria* angegeben war, wie Duncker[5] namentlich aus Pers. sat. V, v. 73 sqq.:

libertate opus est. non hac, ut quisque Velina
Publius emeruit, scabiosum tesserula far possidet

glaubt schließen zu müssen. Unsere bisherigen Darlegungen machen es wahrscheinlich, daß die *tessera* als die des einzelnen in den Listen verzeichneten Empfangsberechtigten irgendwie kenntlich war. Der Einzelne war aber berechtigt, die Ausübung des Rechts auf die ihm gebührende Getreideportion

[1] Philologus Bd. XXIX, S. 16. [2] A. a. O. S. 124. [3] Die Lotterie § 4, Note 1.
[4] Inhaberpapiere S. 40. [5] Ztschr. f. deut. R. Bd. V, S. 31.

einem andern zu überlassen, wie namentlich die Worte des Juvenal VII, 174: *summula ne pereat, qua vilis tessera venit frumenti* zeigen. Mit einer Prüfung, ob der die *tessera* Vorzeigende wirklich der Berechtigte war, wird man sich nicht aufgehalten haben: der Staat konnte mit einer das Recht des betreffenden in den Listen Verzeichneten aufhebenden Wirkung jedem, welcher ihm die *tessera* desselben vorzeigte bezw. aushändigte, die jenem gebührende Portion aushändigen. Unmöglich war aber, was HARTMANN als möglich annimmt, daß ein Einzelner mehrere ihn berechtigende *tesserae* hatte, so daß er über die eine zu Gunsten eines Dritten hätte verfügen können, oder für den Fall zufälligen Verlustes der ersten Marke selber noch Vorteil davon ziehen mochte. Für jeden in die Listen als berechtigt Eingetragenen wurde nur eine Marke ausgegeben. Es ist nicht zuzugeben, daß im Fall des Vermächtnisses einer *tessera frumentaria* unzweifelhaft eine Getreidemarke *ex genere,* als Gattungssache vermacht sei. Das dem Erben auferlegte Vermächtnis, für den Bedachten eine *tessera frumentaria* zu erwerben, kann als das Vermächtnis, eine zukünftige *species* für ihn zu erwerben, aufgefaßt werden, denn für jeden in die Listen Eingetragenen wurde eine ihn irgendwie, wenn auch vielleicht nur durch eine Ziffer, kenntlich machende Marke ausgegeben. Der in l. 87 pr. D. de leg. II. die Frage Stellende zweifelte, ob der Bedachte aus dem Vermächtnis einer *tessera frumentaria* eine Klage haben könne, wenn er bereits bei Lebzeiten des Erblassers *ex causa lucrativa* eine *tessera frumentaria* erworben habe, da er *non possit quod habet petere,* und diesen Zweifel weist Paulus damit zurück, daß *„tale fideicommissum magis in quantitate quam in corpore* bestehe, er muß also den Zweifel dahin verstanden haben, daß das in Frage stehende Vermächtnis als eines, welches *in corpore consistit,* aufzufassen sei. Paulus sieht aber in dem Vermächtnis einer *tessera frumentaria* ein eventuelles Vermächtnis der *aestimatio,* also einer Quantität, und schließt daher die Anwendung des Satzes vom *concursus duarum causarum lucrativarum* aus.

Als einen Zuwendungsfall, welcher eine nur der Gattung nach bestimmte Sache zum Gegenstande habe, kann man auch nicht eine Obligation *ex lucrativa causa* auf Ergänzung eines bestimmten defekt gewordenen Viergespanns oder eines inkompletten litterarischen Werkes ansehen. Meines Erachtens liegt hier gar keine generische, sondern eine Speziesobligation vor. Allerdings muß hier eine Wahl stattfinden, aber die Wahl kann hier nicht erst im Augenblick der Ergänzung des Unvollständigen durch Eigentumsübertragung geschehen; sie muß dieser Ergänzung schon vorausgehen, das zur Ergänzung dieses aus bestimmten *species* zusammengesetzten konkreten Kollektivganzen sich eignende Objekt muß schon ausgewählt sein, bevor die Ergänzung geschehen kann, als Gegenstand der Obligation ist also schon eine zu beschaffende *species,* eine *res futura* gedacht. Auch ein *facere* kann übrigens entweder in nur generischer Bestimmtheit oder als ein nach spezifischen Merkmalen bestimmtes Inhalt einer Obligation sein. Bildet dasselbe spezifisch bestimmte *facere* z. B. die Bewirkung dieses bestimmten *opus* den Inhalt zweier *ex causa lucrativa* herrührender Obligationen, so wird durch die Erfüllung der einen Obligation die der andern unmöglich: die Herstellung dieses spezifisch bestimmten *opus* ist, wenn sie einmal geschehen ist, gegenwärtig nicht mehr möglich.

Wir können jetzt angeben, warum der Gläubiger, welcher die ihm aus einer *lucrativa causa* geschuldete spezifisch bestimmte Leistung aus einer andern *lucrativa causa* erhalten hat, von seinem Schuldner aus jener nichts mehr for-

dern kann. Die *causa*, der Zweck beider *causae lucrativae* ging auf eine Bereicherung dieser Person durch das Mittel dieser bestimmten Leistung: ist nun dieselbe durch die Realisierung der einen *causa lucrativa* erfolgt, so ist, weil nun Bereicherung dieser Person durch dieses Mittel damit erreicht ist, die Erreichung desselben Zwecks durch dasselbe Mittel auf Grund der andern Obligation unmöglich geworden. Daß die andere Obligation nicht etwa deshalb als untergegangen angesehen wird, weil sie als erfüllt, ihr Ziel als erreicht anzusehen sei, zeigen die Ausdrücke, deren die Quellen sich für die Aufhebung derselben bedienen: *evanescit stipulatio, exstinguitur stipulatio* (l. 83 § 6, l. 98 pr. D. de verb. obl. 45, 1). Anders steht es, wenn jemand, welcher eine bestimmte Sache *ex causa lucrativa*, z. B. einem Legat, zu fordern hat, diese Sache *ex causa onerosa*, etwa einen Kauf, erwirbt. Hier ist die *causa* des Legats, die Bereicherung durch diese Sachspecies, noch nicht erreicht, es kann hier die *testamenti actio* noch *ad pretium quod mihi abest* angestellt werden (l. 34 § 7 D. de leg. I. § 7 I. de legat. 2, 20). Wäre dies *pretium* nur ein geringes, so könnte doch nur auf dies, nicht auf den wahren Wert der Sache, geklagt werden. Hat umgekehrt jemand eine bestimmte Sache aus einem Kauf zu fordern und erwirbt vor Erfüllung dieser Forderung das Eigentum der Sache *ex causa lucrativa*, so löst sich in Wahrheit der Kauf, dessen Realisierung unmöglich geworden ist, auf: es kann aber die *actio empti* auf Rückgabe des Preises angestellt werden (l. 29 pr. D. de evict. 21, 2. Paul. rec. sent. II, 17, 8).

Vierte Abteilung.

Das Erbrecht.

Einleitung.

§ 78. Von jeher haben die Römer, so viel wir wissen, die Erbfolge als eine Universalsuccession, als einen Eintritt von den Erblasser überlebenden Personen in die Einheit des hinterlassenen Vermögens aufgefaßt; während dem ältern deutschen Recht der Nachlaß keine solche Einheit ist, vielmehr beim Tode des Erblassers das Vermögen desselben in verschiedene Gütermassen (Heergewedde, Gerade, Mußteil), in welche besondere Erbfolgen stattfinden, auseinander fallen kann. Die eine und die andere Erscheinung des Rechtslebens der beiden Völker als etwas Gegebenes hinnehmen, ohne nach den tieferen Gründen derselben zu fragen, heißt: auf das Verständnis derselben verzichten. Für uns also ist die wichtigste Frage: warum hat die Rechtsanschauung des römischen Volks die Erbfolge als eine Universalsuccession aufgefaßt? Meines Erachtens muß die Antwort dahin lauten, daß die Erbfolge darum als ein Eintritt in die Einheit des Vermögens aufgefaßt sei, weil schon bei Lebzeiten des Erblassers die *familia* eine streng konzentrierte Einheit bildete. Alle der *potestas* oder *manus* des Familienhauptes unterworfenen Personen erwerben nicht für sich selbst, sondern für die *familia*, d. h. für den das Haupt derselben bildenden Gewalthaber, dessen Willen allein die ihm unterworfene *familia* beherrscht. Die Einheit der sächlichen *familia* des Erblassers wird durch den Tod desselben nicht aufgehoben. Wie dies uralte

römische Auffassung sei, zeigt sich darin, daß unter den Miterben bezüglich der *familia* eine *communio,* eine Rechtsgemeinschaft stattfindet, welche erst durch das *familiae erciscundae iudicium* aufgelöst wird. Mit dem Tode des *paterfamilias* stirbt nicht dessen ganze Persönlichkeit, wenn man Persönlichkeit nicht mit Willensmöglichkeit identifiziert. Mit dem Tode des Individuums hören wohl Rechte, welche nur für den Erblasser als Individuum bestimmt waren, auf, aber sein gesamter privater Interessenkreis, sein Hauswesen hört nicht mit ihm auf. Der *paterfamilias* hatte seine Rechte, wie schon jenes Wort es ausdrückt, nicht bloß für seine individuellen Bedürfnisse, sondern für seine *familia:* seine *materfamilias,* seine *filiifamilias* und *filiaefamilias,* welche ja auch für die Interessensphäre, deren aktiver Repräsentant der *paterfamilias* war, stets erworben haben. Die seiner Gewalt unterworfenen freien Personen sind Teilnehmer an jenem Interessenkreis, welcher also mit dem Haupte der Familie nicht stirbt. Aber auch wenn der Einzelne solche wirkliche Teilnehmer an seinem Interessenkreise nicht hatte, werden doch die das Vermögen zusammenhaltenden Interessen des Erblassers als das Individuum überdauernde angesehen: sie sollen irgend einen neuen Träger finden und mit dessen Persönlichkeit vereinigt werden.

Die vom Erblasser hinterlassene Vermögenseinheit, die *familia* oder *hereditas,* ist nun kein gewöhnliches Rechtsobjekt, wie etwa die körperliche Sache. In den das Erbrecht betreffenden Schriften ist oft genug hervorgehoben, daß *hereditas* in den Quellen in einem doppelten Sinne vorkommt: es bedeutet einmal die *successio* in das *universum ius, quod defunctus habuit,* das Eintreten in die Einheit des Vermögens des Verstorbenen, sodann bedeutet es den Nachlaß im objektiven Sinne. In diesen verschiedenen Bedeutungen giebt sich das Wesen der *hereditas* nach den verschiedenen Seiten, welche sie der juristischen Betrachtung darbietet, kund. Die *hereditas* ist, wie gesagt, kein bloßes Rechtsobjekt, wie die körperliche Sache, sie ist eine *universitas iuris,* ein durch die den leiblichen Vermögensinhaber überdauernden Interessen zu einer Einheit zusammengehaltenes Vermögen, also zugleich etwas Subjektives und Objektives. Die Erbfolge bezieht sich zunächst auf das Subjektive der *hereditas* und damit dann auf das Objektive, sie ist die Vereinigung jener den Nachlaß zu einer Einheit zusammenhaltenden Interessen mit denen des Erben, der Eintritt des Nachfolgers in jenen einheitlichen Interessenkreis, in das Subjektive des Nachlasses.[1] Der über die Erbfolge entscheidende Wille, sei dies nun Testament oder Gesetz, entscheidet zunächst nicht über den Nachlaß im objektiven Sinne,

[1] Von den römischen Juristen werden in nicht wenigen Stellen die Erbschaftssachen vor Antretung der Erbschaft von seiten des Berufenen als *nullius in bonis,* als *sine domino* bezeichnet. Vgl. l. 1 pr. D. de rer. div. 1, 8. L. 3 pr. D. de pec. 15, 1. L. 13 § 5 D. quod vi aut clam 43, 24. L. 3 § 6, l. 22 D. de neg. gest. 3, 5. L. 11 D. de pec. const. 13, 5. L. 64 D. de her. inst. 28, 5. L. 13 § 2 D. ad leg. Aquil. 9, 2. L. 1 pr. D. de success. ed. 38, 9. L. 6 D. expil. hered. 47, 19. Doch sagen teilweise dieselben Juristen, welche die Erbschaftssachen für *res nullius* erklären, auch von der Erbschaft, daß sie „*domina*" sei oder „*personam defuncti sustinet*". Am auffälligsten vielleicht tritt das in l. 13 § 5 D. quod vi 43, 24 entgegen. Hier heißt es zunächst: *Quaesitum est, si, cum praedium interim nullius esset, aliquid vi aut clam factum sit — — — ut puta hereditas iacebat —*; und nachher: *accedit his, quod hereditas dominae locum optinet.* Mit Recht hat man gesagt, dieser Umstand zeige deutlich, daß die Römer diese verschiedenen Ausdrücke sich nicht als Gegensätze dachten. Vgl. Amiet, Der praktische Grund und die juristische Begründung der Regel *Nemo pro parte testatus* u. s. w. (Straßburger Inauguraldissertation S. 21). Diejenigen, welche sich auf die vorher angeführten Stellen als Beweise dafür, daß die römischen Juristen die

sondern über die *successio in universum ius* des bisherigen Vermögensinhabers, über das Subjektive der *hereditas*, den Eintritt in den den Erblasser überdauernden Interessenkreis desselben, welcher das Vermögen auch zu einer objektiven Einheit, einer *universitas iuris*, zusammenhält, die auch, nachdem sie vom Erben erworben ist, als eine vom übrigen Vermögen desselben zu unterscheidende Einheit fortdauert. Nur wenn man festhält, daß die vom Vermögensinhaber hinterlassene *familia* als *hereditas* zugleich etwas Subjektives und Objektives ist, gelangt man meines Erachtens zu dem richtigen Verständnis des altrömischen Satzes: *Nemo ex parte testatus, ex parte intestatus decedere potest.* Daß man in neuerer Zeit es mehr und mehr verschmäht, die Entstehung der Regel aus einer buchstäblichen Auslegung der Zwölftafelbestimmung: *Si intestato moritur* u. s. w. zu erklären, ist durchaus gerechtfertigt. Man ist doch darüber einverstanden, daß die beiden Delationsgründe: Testament und Berufung unmittelbar durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht älter sind, als die XII Tafeln. Es ist danach nicht zu zweifeln, daß auch unsere Regel älter als die XII Tafeln ist und nicht erst dem Wortlaut derselben ihre Entstehung verdankt. In neuerer Zeit hat man wieder angefangen, den Satz aus äußerlichen, praktischen Gründen erklären zu wollen. So sagt Dernburg,[1] die Kombination der Bestimmungen eines Testaments, welches nur über Teile des Nachlasses verfüge, mit Anrechten von Intestaterben, sei oft eine schwierige, der römische *iudex* habe sich auf solche Verwickelungen nicht eingelassen; sei ein Testament beigebracht, so habe er es ausschließlich seinem Urteile zu Grunde gelegt. Später sei die alte Regel dem Recht inkrustiert gewesen und habe sich als Tradition des ältern Rechts erhalten. Dem gegenüber muß man sagen, daß die Regel gerade dem ungeschulten Verstande nicht einleuchten will. Erklärte doch ein Mann wie Suarez das, was die Regel bestimme, als äußerst empörend

---

hereditas iacens als subjektloses Vermögen aufgefaßt hätten, berufen, sehen in den Wendungen „*hereditas domina est, dominae locum obtinet, personae vice fungitur*" u. a. nur Aussprüche, welche im Bilde denselben Gedanken ausdrückten. Dann hätten sie ein Bild gewählt, welches den Gedanken der Subjektlosigkeit am wenigsten ausdrücken könnte. Die Römer gebrauchen den Ausdruck *persona* nur für Menschen, die menschliche Persönlichkeit. Wenn sie also sagen, die *hereditas* vertrete die Stelle einer menschlichen Persönlichkeit, genauer die des *defunctus*, des gestorbenen Vermögensinhabers, so wollen sie damit gewiß nicht den Gedanken der Subjektlosigkeit, sondern vielmehr den ausdrücken, daß die *hereditas* etwas Subjektives sei. Dieser Gedanke tritt in jener Formulierung deutlich hervor, während die Aussprüche, wonach die *res hereditariae nullius in bonis* seien, mehrdeutig waren, aber doch nur sagen sollten, daß die *res hereditariae* vor Antretung der Erbschaft in keines menschlichen Subjekts Eigentum ständen. Vor einer falschen Auffassung warnt Javolenus in l. 36 D. de stip. servor. 45, 3. Nachdem in l. 35 gesagt ist: *Servus hereditarius — — hereditati recte stipulatur* und dann im Beginn von l. 36, daß, was ein von seinem Herrn derelinquierter Sklave stipuliert habe, *nullius momenti* sei, fügt Javolen im spätern Teil der Stelle zur Erklärung jenes Unterschieds hinzu: *inter hereditarium enim servum et eum, qui pro derelicto habetur, plurimum interest, quoniam alter hereditatis iure retinetur, nec potest (de)relictus videri qui universo hereditatis iure continetur, alter voluntate domini derelictus non potest videri ad usum eius pertinere a quo (de) relictus est.* Man hat gesagt, in dieser Stelle habe die Vorstellung der Rechtssubjektivität der Erbschaft völlig fern gelegen. Mir scheint vielmehr der Jurist bei seiner Unterscheidung des *servus hereditarius* und des *servus derelictus*, welche beide als *nullius*, aber in verschiedenem Sinne, bezeichnet wurden, gerade von der Vorstellung der Subjektivität der *hereditas* ausgegangen zu sein, wenn er auch an die Formulierung: *hereditas personae locum obtinet* nicht gedacht hat. Denn wenn er davon ausgeht, daß der *servus hereditarius hereditati* gültig stipulieren könne, muß er sie sich als etwas Subjektives gedacht haben, denn stipulieren kann man nur etwas Subjektivem.

[1] Pandekten III[3], § 57, S. 99.

für den gesunden Menschenverstand. KÖPPEN[1] und AMIET meinen, das Testament sei deshalb immer auf den ganzen Nachlaß erstreckt, um im Interesse der Erbschaftsgläubiger eine Konkursverhängung über eine Erbschaftsquote zu verhindern; weil damit große Nachteile für die Erbschaftsgläubiger hätten verbunden sein müssen, weil eine bloße Erbschaftsquote zu einem einigermaßen entsprechenden Preise zu veräußern sehr schwierig gewesen sein würde. Zunächst fragt man sich, ob es wahrscheinlich sei, daß in der patriarchalischen Zeit, in welcher schon die Regel aufgekommen sein muß, Konkurse über Erbschaften etwas schon so Häufiges gewesen seien, daß mit Rücksicht darauf eine so fundamentale Regel des Erbrechts aufgestellt werden mußte? Sodann aber hat DERNBURG schon gezeigt, daß unsere Regel die Erbschaftsgläubiger gar nicht gegen die Möglichkeit sichert, daß über die Quote eines Miterben Konkurs eröffnet werden muß. — Um die eigene Auffassung zu entwickeln, will ich von einer schon von Älteren aufgestellten Erklärung der Regel ausgehen. Die Erbschaft, welche die Person des Verstorbenen darstelle, sagte man, sei, wie diese selbst, eine unteilbare Einheit. Diese Unteilbarkeit bringe es mit sich, daß auch die Successionsart nur eine einzige sein könne. Dem gegenüber hat man verschiedene Fragen aufgeworfen, einmal, wie sich zu der Unteilbarkeit der Persönlichkeit bezw. Erbschaft die Möglichkeit verhalte, mehrere Personen zu ungleichen Teilen zu Erben einzusetzen, ferner: warum nicht ebenso gut, wie jemand zwei Testamentserben ernennen könne, auch ein Testaments- und ein Intestaterbe sollten eintreten können? Auf diese Fragen läßt sich meines Erachtens eine befriedigende Antwort nur geben, wenn man die subjektive und die objektive Seite der *hereditas* sich vor Augen und gehörig auseinanderhält. Der zur Erbfolge berufende Wille bestimmt über das Subjektive der *hereditas,* über das Eintreten in das Centrum des Interessenkreises, in welchem der *defunctus* gestanden. Was dagegen durch den zur Erbfolge berufenden Willen über die Teilung des Nachlasses festgesetzt wird, bezieht sich auf das Objektive der *hereditas*, auf die *hereditas* als Rechtsobjekt. Es ist möglich, daß der Wille des Erblassers mehrere Personen zur Erfolge beruft, nur aber in demselben Testament, welches ein einheitliches Rechtsgeschäft ist, so daß die mehreren Erbeseinsetzungen nur als Bestandteile des Gesamtgeschäfts erscheinen, von denen der eine nichtig sein oder unwirksam werden kann, ohne daß die anderen in ihrem Bestande dadurch berührt werden. Jeder dieser Miterben ist durch eine Verfügung desselben Gesamtgeschäfts zum Eintritt in das Subjektive der *hereditas* berufen; dieses Subjektive ist unteilbar, jeder der *coheredes* nicht zu einer Quote, die hier undenkbar ist, sondern ganz in das Centrum des hinterlassenen Interessenkreises des Erblassers eingetreten. Das gegenseitige Beschränktwerden der Miterben durcheinander kann nur in Bezug auf das Objektive der *hereditas* hervortreten: als Rechtsobjekt ist die *hereditas* nach ideellen Quoten teilbar. Das Eingetretensein des einzelnen Miterben in das Subjektive der *hereditas* macht sich in Bezug auf die *hereditas* als Objektives zunächst nur zu einer Quote derselben geltend. Wenn aber der Erblasser nur über eine Quote, nicht über die ganze Erbschaft, bestimmt, oder wenn Erbeseinsetzungen aus irgend welchem Grunde unwirksam sind, so daß Erbportionen von Anfang an vakant sind oder vakant werden, so tritt nun hervor, daß der oder die anderen Berufenen, welche Erben geworden sind, ganz in das

[1] Lehrbuch d. Erbrechts S. 88.

Subjektive der *hereditas* eingetreten sind. Mehrere in demselben Testament, also demselben Gesamtgeschäft angeordneten Erbesinstitutionen stehen in Bezug auf die *hereditas* in dem vom Erblasser angeordneten Teilverhältnis zu einander; wenn aber nur über einen Teil bestimmt ist oder wenn eine Erbeinsetzung unwirksam ist oder wegfällt, so ergreift notwendig die in Kraft bleibende Institution, vermöge welcher der Übrigbleibende ungeteilt in das Subjektive der *hereditas* eingetreten ist, auch die vakanten Portionen der objektiven *hereditas*. Berufungen aber zur Erbfolge, welche nicht durch denselben Gesamtwillen geschehen, können in keiner Beziehung, in keinem Teilverhältnis zu einander stehen *(dissimiles causae,* wie Cicero de invent. II, 21 sagt). Hier macht sich vielmehr die allgemeine Priorität, welche der eine dieser voneinander unabhängigen Willen genießt, geltend. Das Testament muß daher den zur Erbfolge berufenden Gesetzeswillen ganz ausschließen, das jüngere Testament aber muß das ältere ganz ausschließen. Die beiden Regeln: *Nemo pro parte testatus* u. s. w. und *„Nemo cum pluribus testamentis decedere potest"* beruhen auf demselben Grunde. Warum aber wird das nur über eine Quote der objektiven *hereditas* verfügende Testament nicht als nichtig angesehen? Dies hat darin seinen Grund, daß das Primäre der Erbeinsetzung immer die Bestimmung über das Subjektive der *hereditas,* das *ius successionis* ist, die Teilung der objektiven *hereditas* aber das sekundäre ist. Ein Mangel bezüglich dieses sekundären Moments kann nicht die Ungültigkeit des tadellosen primären zur Folge haben, selbst Absurditäten bezüglich der Teilung können daher zurecht gerückt werden und schaden der Gültigkeit der Erbeinsetzungen an sich nicht.

Von jeher war die Erbfolge nach römischer Auffassung eine Nachfolge von Todes wegen, die *hereditas* ist, wie Cic. Top. c. 6 sagt, eine *pecunia quae morte alicuius ad quempiam pervenit,* oder, wie es in l. 62 D. de r. i. 50, 17 heißt, eine *successio in universum ius, quod defunctus habuerit.* Eine *hereditas* dessen, *qui vivit,* giebt es nicht, ist dem Römer etwas Undenkbares; es kennt das römische Recht nicht, wie das deutsche (namentlich in bäuerlichen Verhältnissen), eine anticipierte Erbfolge oder eine Abfindung in Bezug auf das Erbrecht bei Lebzeiten des Erblassers. — Die Erbfolge wird ferner stets als sich unmittelbar an den Tod des Erblassers anschließend angesehen, auch wenn der Erbe erst später angetreten hat, vielleicht erst später antreten konnte: auch im Fall, daß der Berufene erst später Erbe geworden ist, wird sein Erbesein auf den Moment des Todes des Erblassers zurückbezogen. Damit dies denkbar erscheine, muß der Erbe im Moment des Todes des Erblassers wenigstens schon konzipiert gewesen sein, welchenfalls ja nach der Geburt die erworbenen Rechte bezw. Rechtsstellungen als ihm schon vom Moment der Konzeption an zustehend angesehen werden.

Das alles sind Sätze, die von Anfang durch die römische Vorstellung von der Erbfolge gegeben waren, wenn sie auch erst später in der aus den Quellen bekannten Weise formuliert sein mögen. Bezüglich der zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht Geborenen, wohl aber Konzipierten hat man behauptet,[1] daß in den XII Tafeln von ihnen noch keine Rede gewesen sei. Das Gesetz habe nur denjenigen zur Intestatsuccession berufen: *„qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit.*[2] Hierbei sei an noch nicht ge-

[1] Mühlenbruch in Glücks Kommentar XXXIX, S. 364 ff. Schirmer, Handb. d. röm. Erbrechts S. 27, A. 3 u. a.

[2] L. 6 i. f. D. de suis et leg. 38, 16.

borene Kinder nicht gedacht: die Erbfähigkeit der *nascituri* sei das Resultat einer das Zwölftafelgesetz ausdehnenden Doktrinalinterpretation, wie das auch die Fassung des Satzes bei Celsus in l. 7 D. de suis et leg. 38, 16 beweise: „*quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur*". Dagegen könne man sich nicht auf die Worte Ulpians in l. 3 § 9 D. eod. tit.: *Utique et ex lege XII tabularum ad legitimam hereditatem is, qui in utero fuit, admittitur, si fuerit editus,* denn *ex lege* könne nach einer Äußerung desselben Juristen ebensowohl *ex legum sententia,* wie *ex verbis* bedeuten. Nun wissen wir aber aus Gellius N. A. III, 16, 12: — *quoniam decemviri in decem mensibus (sc. post mariti mortem) gigni hominem, non in undecimo scripsissent,* daß die XII Tafeln bestimmt haben, ein binnen 10 Monaten nach des Mannes Tode geborenes Kind sei als eheliches, von ihm konzipiertes anzusehen. In welchem Zusammenhange können aber die XII Tafeln diese Bestimmung getroffen haben? Sie werden bestimmt haben, daß der binnen 10 Monaten nach des Vaters Tode Geborene zur *hereditas* des Vaters berufen werde, der nach 10 Monaten Geborene also nicht mehr (vgl. noch l. 3 § 11 D. eod. tit.). So werden wir also das *ex lege XII tabularum* Ulpians nicht auf eine ausdehnende Interpretation, sondern auf jene ausdrückliche Bestimmung derselben zu beziehen haben. Gründe der Berufung zur Erbfolge kennt das römische Recht seit uralter Zeit (denn das Testament ist älter, als die XII Tafeln) zwei: Berufung durch letzten Willen (Testament) und Berufung unmittelbar durch das Gesetz. In welchem Verhältnis die beiden Berufungsgründe zu einander stehen, ist schon bei der Betrachtung des Satzes *Nemo ex parte testatus, ex parte intestatus decedere potest* gezeigt worden: die Berufung durch den letzten Willen geht der durch das Gesetz vor.

Erster Titel. Die Erbfolge.

I. Testamentarische Berufung.

A. Testamentsformen.

§ 79. Um die ursprüngliche römische Auffassung des Wesens des Testaments, soweit möglich, zu ergründen, ist von den Formen der Errichtung auszugehen. Es wird berichtet, daß es anfänglich bei den Römern zwei Arten von *testamenta* gegeben habe. Das eine derselben, welches uns zunächst zu beschäftigen hat, errichteten sie *calatis comitiis.* Diese *comitia calata* waren nach Gaius zweimal im Jahr zur Errichtung von Testamenten bestimmt.[1] Nach Mommsen[2] und Huschke[3] sollen die für die Testamentserrichtung bestimmten festen Tage der 24. März und der 24. Mai gewesen sein, welche im Kalender mit den Noten *Q. R. C. F.* = *Quando rex comitiavit fas* bezeichnet sind. Abgesehen aber davon, daß es sehr zweifelhaft ist, ob *comitiare* die Bedeutung: eine Volksversammlung abhalten, habe, steht jener Auffassung namentlich Folgendes entgegen. Wenn *calata comitia* nur zweimal im Jahr für Testamentserrichtung der Bürger bestimmt waren, wie ließe es sich dann denken, daß die beiden einzigen dafür bestimmten Termine so nahe aneinander gerückt seien, so daß der zweite auf den ersten nach Ablauf von 2 Monaten folgte, und während der folgenden 10 Monate kein Mensch sein Testament hätte errichten können. Aus unerfindlichen bloß sakralen Gründen wird das prak-

[1] Gaius II, 101. Gell. XV, 27, §§ 1. 2.
[2] Chronologie S. 241 fg. Staatsr. III, 1, S. 319, A. 1. [3] D. alte röm. Jahr S. 179 ff.

tische römische Volk sich zu einer so unpraktischen Einrichtung gewiß nicht verstanden haben. Die beiden Termine für die Testamentserrichtung werden so gelegt gewesen sein, daß sie etwa durch ein halbes Jahr voneinander getrennt waren. Diese *calata comitia* sind wohl für *comitia curiata* zu halten, obwohl nach Labeo die *comitia calata* auch *centuriata* sein konnten. Daraus darf man aber nicht entnehmen, daß der Plebejer ein Testament nicht habe errichten können, bevor er Stimmrecht in der Kurie besaß, oder das Testament die Form der Mancipation annahm; denn, um noch davon abzusehen, ob die Mitwirkung des *populus* bei der Testamentserrichtung in einer Beschlußfassung bestand, es konnte der Testamentserrichter selbst nicht in seiner eigenen Angelegenheit mit abstimmen; auch der Patricier, welcher sein Testament vor den Kurien errichtete, würde nicht selbst mit darüber haben abstimmen dürfen. Der Mangel des Stimmrechts in den Kuriatkomitien ist also kein Grund, den Plebejern das Recht abzusprechen, ihren letzten Willen durch einen Beschluß der Kuriatkomitien bestätigen zu lassen. — An das Komitialtestament knüpft sich die bedeutungsvolle Kontroverse an, ob das Volk bei dieser Art der Testamentserrichtung abgestimmt, den Willen des Privatmanns also durch ein Spezialgesetz, ein Privilegium bestätigt oder bloß die Funktion eines Zeugen ausgeübt habe. Von den Vertretern der erstern Ansicht[1] wird namentlich geltend gemacht, das Testament gehe in seinen materiellen Wirkungen weit über die Kraft der Privatgeschäfte hinaus und äußere eine Wirksamkeit, wie sie sonst nur bei Gesetzen oder vom Volk ausgehenden Maßregeln vorkomme. Der Erörterung dieses Grundes für die Bestätigung des alten Testaments durch ein Spezialgesetz stellt sich eine Schwierigkeit entgegen: wir wissen nicht, welche Bestimmungen in dem alten *testamentum calatis comitius* in der Zeit vor den XII Tafeln getroffen werden konnten, ob darin Legate und Manumissionen angeordnet werden konnten. Als das Sichere dürfen wir nur annehmen, daß darin Erben ernannt werden konnten. Die Erbeseinsetzungen allein, welche auch später noch den notwendigen und allein wesentlichen Inhalt eines Testaments ausmachen, dürfen wir zunächst für jene Frage in Betracht ziehen. Es ist gesagt worden, die Testierfreiheit sei ursprünglich auch den Römern nicht als etwas Natürliches erschienen, auch sie hätten die Erstreckung des subjektiven Willens über die physische Existenz des Individuums hinaus als etwas Exorbitantes betrachten müssen, als ein Geschäft, dessen rechtliche Zweifelhaftigkeit die Bestätigung desselben durch einen Volksbeschluß notwendig gemacht habe. In dieser Beziehung die Römer mit anderen Völkern zu vergleichern, hat sein Mißliches. Die Rechtsanschauung der alten Römer schon war wohl so organisiert, daß ihnen das, was anderen Völkern Anstoß erregte, als natürlich erschien. Es ist eben der seit ältester Zeit ihnen geläufige Begriff der Universalsuccession, des Eintritts in die Einheit des erblasserischen Vermögens, welcher ihnen das Testament als etwas nicht Widernatürliches erscheinen lassen mußte. Mit dem Individuum stirbt nicht alles vom römischen Bürger: die Interessen, für welche er seine *familia pecuniaque* hatte, überdauern ihn, sie halten sein Vermögen als eine Einheit, zusammen. Wenn aber dieser sein Interessenkreis mit den Mitteln, welche für denselben bestimmt waren, ihn überlebt, was liegt dann noch Unnatürliches darin, daß sein letzter bei seinen Lebzeiten angeordneter Wille darüber bestimme, wer

[1] Vgl. namentl. Mommsen, Staatsr. III, 1, S. 21. 319 f. Ihering, Geist d. röm. Rechts, nam. I², S. 145 f.

als Nachfolger in diesen Interessenkreis eintreten solle? Mit der absoluten Herrscherstellung, welche das römische Recht dem unabhängigen *paterfamilias* bei seinen Lebzeiten über die ihm unterworfene *familia* einräumt, hängt auch die unbeschränkte Testierbefugnis auf das Innigste zusammen. Soweit unsere Kenntnis zurückreicht, ist das Herrschgebiet des *populus* und das der einzelnen Privatleute streng voneinander geschieden. Hat nun der *populus* an der Ordnung der Erbfolge ein solches Interesse, daß, wenn der Privatmann selbst über seinen Nachlaß verfügen will, also die Möglichkeit einer Abweichung von der gesetzlichen Erbfolge vorliegt (denn daß eine solche wirklich vorkommen werde, ist damit gar nicht gesagt), eine Bestätigung des letzten Willens durch speziellen Volksschluß notwendig erscheint? Zweierlei kommt dabei in Betracht. Man meint, das gesetzliche Geschlechtserbrecht habe ursprünglich einen zwingenden Charakter gehabt; es sei glaublich, daß dieses gesetzliche Erbrecht zunächst nur durch Singularprivilegien habe durchlöchert werden können. Wie wunderbar aber! Wenn die gesetzliche Erbfolge ursprünglich solch' zwingenden Charakters war, wie ist es dann erklärlich, daß der *populus* überhaupt zu Gunsten des Wunsches des einzelnen Bürgers darin durch solche Singularprivilegien eingriff, ja daß solche Singularprivilegien recht häufig gewesen sein müssen, wenn für Erteilung derselben alljährlich zwei feste Komitialtage angesetzt waren? Wie sonderbar ferner der Entwickelungsgang, daß von ursprünglicher Beschränkung aus sich vollständige Testierfreiheit entwickelt hat, welche dann aber bald wieder durch die Ausbildung des formellen Noterbenrechts zu Gunsten der *sui heredes* beschränkt wird! Ein zwingender Charakter des ältesten gesetzlichen Erbrechts wäre nur dann glaublich, wenn den Agnaten und Gentilen bereits bei Lebzeiten des Testierers eine Anwartschaft auf dessen Erbschaft zugestanden hätte. Aber wenn wir zunächst von den *sui* absehen, so ist von derartigen Anwartschaften der Agnaten und Gentilen nichts zu entdecken. Hätten aber einmal in vorhistorischer Zeit, der Zeit des patriarchalischen, rein patricischen Geschlechterstaats, vor der Aufnahme der Plebejer in das römische Gemeinwesen solche Rechte der *gentiles* bestanden, so müßte man geneigter sein, für diese Zeiten die Möglichkeit von Testamenten zu verneinen oder doch gentilicische Rechte verletzende Testamente für nichtig zu erklären, als für jedes Testament Bestätigung durch Spezialgesetz zu verlangen. — Weiter wird behauptet, es habe eines Volksschlusses bezw. der für den Volksschluß erforderlichen Einwilligung des Pontifikalkollegiums bedurft, um die Haftung für die *sacra* von der Person des Geschlechtserben auf das Vermögen bezw. den im Testament einzusetzenden Erben zu übertragen. Es handelt sich hier aber nicht um die dem Geschlecht, also den Gentilen obliegenden *sacra gentilicia*, sondern um die *sacra pro familiis*; die Haftung für dieselben ging wohl von jeher mit der sächlichen *familia* auf die in dieselbe eintretenden *heredes* über. Daß die Haftung für die *sacra* den *heres* träfen, ist der alte ursprüngliche Satz. Nur die Haftung anderweitiger Personen, denen etwas von der *pecunia* des Erblassers zufließt, gehört erst der spätern mit dem *ius civile* nicht übereinstimmenden Entwickelung des Pontifikalrechts an. Es bedurfte danach einer Übertragung dieser Haftung von der Person auf das Vermögen gar nicht, auch dieser Grund für die Notwendigkeit der Bestätigung des Testaments durch Volksbeschluß ist nicht haltbar.

Prüfen wir nun die Gründe, welche für die Auffassung sprechen, daß die Mitwirkung des Volks bei der Testamentserrichtung nur in einer Assistenz,

einer Zeugnisleistung bestand, bezw. die Einwendungen, welche dagegen vorgebracht sind. Das Testament wurde errichtet *calatis comitiis, calata comitia* kamen aber nur vor, um den *populus* zum Zeugen bei gewissen Akten zu machen; *calata comitia,* in denen es zu einer Beschlußfassung gekommen wäre, sind völlig unbekannt. Gerade von den *comitia calata,* in welchen die Testamente errichtet wurden, heißt es bei Gell. N. A. XV, 27: — *unum (sc. testamentum), quod calatis comitiis in populi contione fieret.* Durch den Zusatz *in populi contione* soll unzweideutigst ausgedrückt werden, daß es sich nicht um eine beschlußfassende, sondern nur assistierende Volksversammlung handle.[1] Man sagt nun, es könne sich die ursprünglich beschlußfassende Versammlung in eine nur assistierende, Zeugnis leistende später verwandelt haben. Eine derartige Umwandlung ist ohne alle Analogie. Wir haben ein Beispiel, daß ursprünglich wirklich beschlußfassende Komitien sich in imaginäre verwandelten: es sind die, durch welche die *lex curiata de imperio* beschlossen wurde. Die dreißig Liktoren traten hier an die Stelle der Kurien, diese Komitien waren *ad speciem atque ad usurpationem vetustatis per XXX lictores adumbrata.* Es ist also hier die Umwandlung eine ganz andere, als wie sie bei jener Auffassung der Testamentskomitien vorausgesetzt wird. Zur Bestätigung der Ansicht, daß das Testament durch eine *lex* genehmigt sei, wird auch die angeblich so nah verwandte Arrogation herangezogen. Aber zur *arrogatio per populum* ist immer eine *rogatio* und ein Volksbeschluß notwendig geblieben: sie ist nie *calatis comitiis* geschehen. In der That besteht keine Analogie zwischen ihr und der Testamentserrichtung, denn bei der letztern handelt es sich um etwas ganz Normales, immer Wiederkehrendes: die letztwillige Ordnung seines Hauswesens von seiten des Familienhauptes. Durch die Arrogation aber soll eine bereits *sui iuris* gewordene Persönlichkeit wieder der *patria potestas,* dem *ius vitae et necis* eines andern Bürgers unterworfen werden. Wie die *testamenti factio,* ist auch die rechtliche Selbständigkeit eines römischen Bürgers *publici iuris.* Darüber kann der noch so feierlich ausgesprochene Wille der beteiligten Privatperson für sich nicht verfügen, sondern es bedarf dazu in der That eines Spezialgesetzes. Wäre auch das Testament ursprünglich durch ein Gesetz, eine Abstimmung des *populus* bestätigt, so würde sich doch wohl wenigstens in dem Namen des Akts eine Erinnerung daran erhalten haben. Aber gerade die dafür seit alters gebräuchlichen Bezeichnungen *testamentum, testator, testari* deuten darauf hin, daß der Errichter des Testaments demselben durch die Anrufung des Volks zum Zeugen des Akts Rechtsbeständigkeit verlieh; die noch in der *nuncupatio* des Mancipationstestaments vorkommende Formel: *itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote* dürfte schon aus dem *testamentum calatis comitiis* herstammen. Ihering[2] wendet gegen die hier vertretene Ansicht ein, warum in aller Welt

[1] Mommsen behauptet jetzt (Staatsr. III, 1, S. 319, A. 3), in der Anwendung des Wortes *contio* in der oben angeführten Stelle dürfe nicht die Negation der Beschlußfassung gefunden werden. Die *contio* sei vielmehr ein integrierender Bestandteil der *comitia,* und es werde die durch das letztere Wort angezeigte Beschlußfassung durch jenen Beisatz nicht aufgehoben. Aber dann wäre ja gar nicht abzusehen, warum überhaupt Labeo den Zusatz *in populi contione* machte. Handelte es sich um beschlußfassende Komitien, warum erwähnte er dann die überall bei solchen vorkommende, der Beschlußfassung vorhergehende *contio.* Ja, es wäre ja dann durch den Beisatz etwas Unrichtiges herausgekommen, denn das Testament wurde nach Mommsens Auffassung erst gültig durch das Spezialgesetz, also nicht durch die Verhandlung *in contione,* sondern durch die *suffragia populi.*

[2] Geist I², S. 146.

man zum Zweck der bloßen Konstatierung einer Thatsache das ganze Volk als Zeugen zugezogen habe? Man begreife in der That das praktische römische Volk nicht, daß es einen Zweck, der sich auf die einfachste Weise durch einige wenige Zeugen erreichen lasse, auf eine für die Testatoren nicht minder wie für das Volk höchst umständliche und lästige Art hätte verfolgen sollen. Ihering vergißt in seinem Eifer ganz, daß es sich nicht um eine bloße Konstatierung, sondern um eine Solennisierung des Akts handelt. Mit demselben Rechte könnte man fragen, warum das praktische römische Volk die Inauguration gewisser hochstehender Priester vor dem Volk als Zeugen und nicht vor einigen wenigen Zeugen habe vornehmen lassen. Dadurch, daß der Akt vor dem *populus* als Zeugen vorgenommen wurde, erhielt er die höchste Art von Offentlichkeit und Feierlichkeit, welche ihm überhaupt gegeben werden konnte, eine ganz andere, als wenn er vor ein paar Privatleuten als Zeugen vorgenommen würde. Auch erhielt er sich ganz anders im Gedächtnis der Menschen, als wenn ihm nur wenige Personen beigewohnt hätten. Ferner spricht die andere Form der Testamentserrichtung, das *testamentum in procinctu,* dafür, daß es sich bei dem *testamentum calatis comitiis* nur um eine Aufrufung des *populus* zum Zeugen des Akts handelte, denn auch bei dem *testamentum in procinctu* ist das in Schlachtordnung stehende Heer doch nur Zeuge des Akts der Testamentserrichtung. Es ist nicht daran zu denken, daß das ältere römische Recht den *iuniores,* welche noch im Heere dienen mußten, eine unbeschränktere Testierbefugnis eingeräumt haben sollte, als den *seniores,* welche nicht mehr ins Feld zu ziehen brauchten. Gesucht ist die Auffassung Mommsens,[1] nach welcher die Gültigkeit des *testamentum in procinctu* darauf zurückzuführen sein soll, daß bei dem im Kampf gefallenen Bürger, anfangs vielleicht durch speziellen Beschluß, später nach genereller Autorisation eine vor der Schlacht *in procinctu* abgegebene Erklärung als genügend erachtet wurde. Daß das *in procinctu* errichtete Testament etwa nach glücklicher Rückkehr aus dem Krieg hinfällig geworden sei, ist keineswegs anzunehmen. Endlich wäre, wenn bei dem *testamentum calatis comitiis* der Wille des Testators durch ein Spezialgesetz hätte bestätigt werden müssen, nicht abzusehen, wie das *testamentum per aes et libram* hätte zur Aushilfe aufkommen, ja das *testamentum calatis comitiis* verdrängen können; denn bei dem *testamentum per aes et libram* findet ja unleugbar nur eine Zeugenaufrufung der dabei assistierenden römischen Bürger statt. Nur, wenn es sich bei dem *testamentum calatis comitiis* um eine Zeugnisleistung des *populus,* um eine Solennisierung des Akts handelte, wird es auch begreiflich, daß nur zweimal im Jahre Komitien zu diesem Zweck stattfanden. Wie hätte man mit zwei Komitientagen zu diesem Zwecke auskommen können, wenn die Testatoren, wie Ihering[2] annimmt, dem Volk den ganzen von ihnen entworfenen Plan der Beerbung hätten mitteilen müssen, und dieses denselben auch nur oberflächlich hätte prüfen sollen! Schon wenn es sich um eine bloße Zeugnisleistung handelte, wird es bei zunehmender Bevölkerung und zunehmender Zahl der Testatoren schwierig gewesen sein, mit den zwei Terminen für die Testamentserrichtung auszukommen, und sich auch aus diesem Grunde die Einführung einer andern Testamentsform empfohlen haben.

Bevor wir betrachen, wie es dazu gekommen, muß noch die andere ältere Form der Testamentserrichtung betrachtet werden. *Procinctus* ist das aus dem

[1] Staatsrecht III, 1, S. 307, A. 2. [2] Geist III, 1², S. 146 f.

Lager bereits herausgeführte und zur Schlacht gerüstete, in Schlachtordnung aufgestellte Heer. Gaius II, 101 sagt nur kurz von diesem Testament, daß es *in proelium exituri* errichtet hätten, und ebenso wird es bei Gell. XV, 17 kurz als das beschrieben, welches errichtet werde, *quum viri ad proelium faciendum in aciem vocabantur*. Näheres über diese Testamentsform erfahren wir aus einer Stelle der Veroneser Vergilscholien zur Aen. 10, 241: *Sabidius commentar. XII vers. Salior.* Danach erläßt der Feldherr, nachdem er im Lager die *auspicia pullaria* mit günstigem Erfolg eingeholt hat, einen Befehl, das Heer zum Kampf aufzurufen, mit den Worten schließend: *viros voca, proelium ineant.* Darauf wurde das Heer aus dem Lager in die Schlachtordnung geführt, worauf eine Pause folgte, zur Vorbereitung der vor der Schlacht noch darzubringenden Opfer. Diese Pause benutzten diejenigen, welche vor dem in Schlachtordnung aufgestellten Heer als Zeugen noch ihr Testament errichten wollten. Es war also der Zweck der Aufstellnng dieser besondern Testamentsform, den Soldaten, welche ihr Testament *calatis comitiis* noch nicht errichtet hatten, die Errichtung noch vor Beginn des Kampfes, in welchem sie fallen konnten, zu ermöglichen. Obwohl dieses Testament nur von einem Mitglied des *exercitus* errichtet werden konnte, so ist es doch, da es keinen besondern Soldatenstand in der Königszeit und republikanischen Zeit gab, nicht als ein Soldatentestament im Sinne der Kaiserzeit anzusehen, sondern als ein Testament, welches nur zur Kriegszeit von jedem Bürger (bezw. *socius*), der als Soldat an dem Kampf teilnehmen mußte, errichtet werden konnte. Man kann fragen, ob ein solches Testament nur, wenn der Testator im Kampf gefallen, Gültigkeit hatte, oder auch, wenn er glücklich aus demselben zurückgekehrt war; aber da es sich nicht um ein wegen des Standes des Errichters privilegiertes Testament handelt, so ist anzunehmen, daß ein solches Testament auch nach der Rückkehr aus dem Kriege Gültigkeit behielt. — Es nahm dem Gesagten nach das Testament *in procinctu* in der Reihenfolge der *coram exercitu* vor Beginn der Schlacht vorzunehmenden Solennitäten eine ganz bestimmte Stelle ein. Diese Stellung war ursprünglich dadurch bewirkt, daß sich eben zu der bezeichneten Zeit noch Raum für die Testamentserrichtungen bot, aber es wurde dann auch diese Stelle ein Bestandteil der Solennität und somit ein rechtliches Erfordernis der gültigen Testamentserrichtung. So erklärt sich eine Äußerung Ciceros über das Abkommen des *testamenta in procinctu*. Er sagt de nat. deor. II, 3, 9: *Itaque maximae reipublicae partes, in his bella, quibus reipublicae salus continetur, nullis auspiciis administrantur; — — nulli viri vocantur, ex quo in procinctu testamenta perierunt.* Seitdem die Kriegsführung in den Händen von Prokonsuln, Proprätoren lag, welche erst als solche eintraten, *cum auspicia posuerunt*, konnten, da vor der Schlacht keine Auspicien in dem alten Sinne mehr eingeholt werden konnten und damit jene alten, dem Schlachtbeginn vorhergehenden Solennitäten wegfielen, auch keine *testamenta in procinctu* mehr errichtet werden.

Zu den beiden alten Testamentsformen ist dann noch eine dritte hinzugekommen: das *testamentum per aes et libram*. Wir wollen aber, bevor wir auf diese Form eingehen, noch fragen, was die XII Tafeln über die Testamente etwa enthielten. Es ist keine Spur davon vorhanden, daß dieselben irgend eine Testamentsform speziell sanktioniert haben. Daß die Zwölftafelbestimmung *uti legassit — suae rei, ita ius esto* sich nicht auf das Testament als solches, nicht auf Erbeseinsetzung bezog, sondern nur die Nebenbestimmungen im Testament betraf, darauf ist schon früher hingewiesen. Schon die Fassung *legare suae rei*, d. h. letzt-

willig *legem dicere suae rei* zeigt es. In Wahrheit bedurfte es auch gar keiner Sanktion insbesondere des *testamentum calatis comitiis* in dem Gesetze; denn daß ein Geschäft, bei welchem der *populus* als solcher solenn als Zeuge assistierte, an sich vom *populus* als zulässig und gültig anerkannt war, bedarf kaum der Bemerkung, denn sonst würde der *populus* nicht seine Assistenz leisten. Eher könnte man zweifeln, ob nicht das Testament *in procinctu* einer ausdrücklichen gesetzlichen Sanktion bedurft habe, da der *exercitus* nicht das Volk, sondern nur ein Teil des Volks ist. Es war aber zur Zeit der Zwölftafelgesetzgebung gewiß seit uralter Zeit so fest gewohnheitsrechtlich feststehend, daß eine besondere Sanktion durch das Gesetz als durchaus überflüssig erscheinen mochte. Anders stand es mit den im Testament anzuordnenden Nebenbestimmungen. Ob und inwieweit der Testator im Testament Vermächtnisse, Vormundsernennungen, Freilassungen gültig anordnen könne, darüber mochten Zweifel bestehen, und gerade in dieser Beziehung schien eine ausdrückliche Bestimmung der Gesetzgebung rätlich.

Zunächst fragt sich nun, welches Bedürfnis das Aufkommen der dritten Testamentsform bewirkt habe? Mommsen[1] äußert die Ansicht, die Entstehung des Mancipationstestaments werde darauf beruhen, daß dem Plebejer, solange er des Stimmrechts in den Kuriatkomitien entbehrt habe, das Komitialtestament verschlossen gewesen sei. Allein es ist nicht abzusehen, warum der Plebejer wegen Mangels des Stimmrechts in den Kuriatkomitien vom Komitialtestament ausgeschlossen gewesen sein sollte: fähig, in den Komitien zu erscheinen, war er als Mann, und des Stimmrechts bedurfte er für den Akt, in welchem er den *populus* zum Zeugen aufrief, nicht. Es ist kein Grund vorhanden, die von Gaius angeführte Veranlassung des Aufkommens des *testamentum per aes et libram* zu bezweifeln. Er sagt II, 102: *per aes et libram* habe der seinen letzten Willen errichtet, welcher weder *calatis comitiis* noch *in procinctu* testiert hatte, *si subita morte urguebatur*. Daß man, je weiter man die patriarchalische Zeit hinter sich ließ, mit dem *testamentum calatis comitiis* in Friedenszeiten nicht mehr auskommen konnte, liegt auf der Hand. Viele Bürger mochten, da es nur zwei Testamenserrichtungstermine im Jahre gab, warten müssen, da die Zahl derer, welche testieren wollten, zu groß sein mochte, als daß sie alle nacheinander in demselben Komitialtermine an die Reihe kommen konnten. Wie leicht konnte da der Fall eintreten, daß jemand, bevor er sein Testament *calatis comitiis* hatte errichten können, starb. Zur Zeit der Zwölftafelgesetzgebung bestand das *testamentum per aes et libram* wohl noch nicht. Es muß in einer Zeit aufgekommen sein, welche keinen unbedingten Wert mehr auf jene feierliche Form der Errichtung vor dem Volk legte. Auch wird eine nähere Betrachtung des *testamentum per aes et libram* zeigen, daß dasselbe im Hinblick auf verschiedene Bestimmungen der XII Tafeln von der Jurisprudenz künstlich konstruiert ist. Das *testamentum per aes et libram* besteht aus zwei Stücken: der *familiae mancipatio* und der sich daran anschließenden *nuncupatio*. Insofern lehnte sich dasselbe an die Zwölftafelbestimmung: *Cum nexum facit mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*. Schon früher habe ich darauf hingewiesen, daß die *mancipatio familiae* zu dem Zweck verwendet sei, um dem Mancipanten die Errichtung eines Testaments zu ermöglichen, wie es ja in den vom *familiae emtor* gesprochenen Worten: *quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publi-*

[1] Staatsr. III, 1, S. 78. 93.

cam geradezu gesagt ist. Da nämlich die *mancipatio familiae* eine Disposition über die *familia,* die *res* als Einheit enthielt, so erschien es als möglich, an diese Disposition nach dem andern Satze: *uti legassit — suae rei, ita ius esto* die materiellen Bestimmungen über den Nachlaß in der Form der *nuncupatio* anzuschließen.[1] Über die ursprüngliche Wirkung des Akts scheint Gaius[2] sich die Vorstellung gemacht zu haben, daß in der an die *mancipatio* sich anschließenden *nuncupatio* nicht etwa eine Erbeseinsetzung enthalten war, sondern daß darin dem *familiae emtor* nur Legate auferlegt wurden. Das scheint er indes nur daraus entnommen zu haben, daß überliefert war, der *familiae emtor* sei früher nicht bloß *dicis causa* zugezogen, sondern sei *heredis loco* gewesen, sowie daraus, daß die Verfügung des Testators in der *nuncupatio* als ein *dare legare* bezeichnet wurde, was auf eine Erbeseinsetzung nicht zu passen schien. Dann wäre aber dieses sogenannte *testamentum per aes et libram* ursprünglich gar kein Testament gewesen, sondern eine Art Erbvertrag mit dem *familiae emtor,* es hätte ferner immer nur einer, und zwar ein Anwesender, zum Erben gemacht werden können. Auch wäre nicht zu erklären, wie das spätere *testamentum per aes et libram,* bei welchem *alius heres testamento instituitur, alius dicis gratia familiae emtor adhibetur,* aus jener angenommenen ältern Gestalt sich hätte entwickeln können. Nach meiner schon früher dargelegten Annahme wurde der *familiae emptor* in alter Zeit allerdings nicht bloß *dicis causa* zugezogen, sondern es wurde ihm wirklich eine *mandatela custodelaque* über den Nachlaß des Testators übertragen, er erhielt dadurch eine Art Gewalt über den Nachlaß, aber nur zum Zweck der Ausführung der Bestimmungen des Testators. Er war, um mich eines deutschrechtlichen Ausdrucks zu bedienen, eine Art Salmann, ein Testamentsvollstrecker. Materiell ist aber der *familiae emptor* als solcher nie *heres* gewesen, wie denn auch Gaius nicht von ihm sagt, daß er *heres* gewesen sei, sondern nur: *heredis locum obtinebat,* und so wird denn auch die von ihm bei der *mancipatio familiae* gesprochene Formel nie gelautet haben, wie man[3] gemeint hat: *Familiam pecuniamque tuam ex iure Quiritium meam esse aio,* was zudem einen vollendeten Widerspruch enthalten würde, denn die betreffende *familia* kann nicht in einem Atem als *tua* und *mea* bezeichnet werden. Die *mancipatio familiae* hat nie das Testament enthalten, sondern sie wird nur vorgenommen, *quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam.* Durch diese Worte, welche in der Formel gestanden haben werden, seitdem es ein *testamentum per aes et libram* gab, wird darauf hingewiesen, daß das Testament erst in der vom Testator im Anschluß an jene Mancipation vorzunehmenden *nuncupatio* enthalten sei. Wenn auch, um die Anlehnung an den Zwölftafelsatz zu ermöglichen, die Disposition des Testators in der *nuncupatio* als ein *dare legare* bezeichnet wurde, so enthielt sie doch in Wahrheit vor allem die Erbeseinsetzung, und das gerade erklärt es, daß die Juristen der Kaiserzeit, und auch wohl schon Q. Mucius, durch die *verba* der XII Tafeln: *uti legassit* etc. die *latissima potestas* eingeräumt sahen *et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi* (l. 120 D. de verb. sign. 50, 16). Das *testamentum*

[1] Daß und wie das *testamentum per aes et libram* sich an die beiden Zwölftafelsätze: *cum nexum facit mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* und *Uti legassit — suae rei, ita ius esto* anschließt, habe ich bereits in meiner Schrift: Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung S. 193 f. gezeigt. Auch Hölder, Beiträge z. Geschichte des röm. Erbrechts S. 63, nimmt eine Bezugnahme des *test. per aes et libram* auf jene beiden Zwölftafelsätze an.

[2] Gai. II, 102 ff. [3] Danz, Lehrb. d. Gesch. d. röm. Rechts, 2. Tl., S. 115.

per aes et libram ist gewiß nicht lange nach der Zwölftafelgesetzgebung aufgekommen. Darauf deutet schon das altertümliche, in der Mancipationsformel gebrauchte *endo*, welche Form in den uns erhaltenen Litteraturwerken nicht mehr vorkommt, darauf deutet auch die ganze Konstruktion dieser Testamentsform hin. Dieselbe ist unzweifelhaft ein Werk der Jurisprudenz, aber einer Jurisprudenz, welche in ihren Konstruktionsmitteln noch etwas roh und rücksichtslos ist. Um ihren Zweck, dieses Testament auch an den Zwölftafelsatz *uti legassit — suae rei* etc. anlehnen zu können, zu erreichen, scheute sie nicht davor zurück, das *dare legare* auch die materielle Erbeseinsetzung in sich aufnehmen zu lassen, obwohl das Zwölftafelgesetz unter dem *legare suae rei* die Erbeseinsetzung gewiß nicht verstanden hatte; aber wo man solche Sätze nur als Konstruktionsmittel für einen Zweck, dessen Erreichung man als notwendig erkannt hatte, verwandte, stieß man sich in jener Zeit an derartige Ineleganzen nicht. — Es ist hier noch auf einen andern Umstand hinzuweisen, welcher eine häufige Anwendung des *testamentum per aes et libram* rasch herbeigeführt haben wird. Es läßt sich nicht wohl anders denken, als daß sowohl das *testamentum calatis comitiis* als das *in procinctu* nur mündlich errichtet wurde, was zur Folge hatte, daß hier die Bestimmungen des Testators sofort allgemein bekannt wurden. Auch beim *testamentum per aes et libram* werden anfänglich die Bestimmungen des Testators in der *nuncupatio* einzeln mündlich verlautbart sein, so daß nach Aussprechung derselben der Testator schließlich etwa sagte: *Haec, uti verbis nuncupavi, ita do ita lego* etc. Waren die vom Testator zu treffenden Bestimmungen zahlreichere und verwickeltere, so wird man zunächst wohl, wie in ähnlichen Fällen, das vorher in einer Urkunde Niedergeschriebene den Zeugen vorgelesen und dann das Vorgelesene mit den Worten bestätigt haben: *Haec, ut ex illis tabulis cerave recitata sunt, ita do ita lego* etc. Als es nun aber als wünschenswert erschien, den Inhalt des Testaments bei Lebzeiten des Testators noch nicht bekannt werden zu lassen, ließ man eine generelle Bestätigung der vom Testator nicht vorgelesenen, sondern den Zeugen nur vorgezeigten Urkunde genügen *(et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare)*. Diese Möglichkeit nun, beim *testamentum per aes et libram* den Inhalt des Testaments nicht gleich aller Welt bekannt werden zu lassen, wird die meisten dasselbe haben wählen lassen, so daß das *testamentum calatis comitiis* einfach wegen Mangels solcher Personen, die in dieser Weise noch testieren wollten, abgekommen sein wird, während das *testamentum in procinctu* sich begreiflicherweise noch länger neben dem *per aes et libram* erhielt.[1] Das *testamentum in procinctu* wird sich also bis in die sullanische Zeit erhalten haben, d. h. die Zeit, in welcher die Einrichtung getroffen wurde, nach welcher erst, *cum auspicia posuerunt*, das außerstädtische, nun auspicienlose militärische *imperium* angetreten wurde (Rechtsgeschichte I S. 149). Bei dem *testamentum per aes et libram* wurde allmählich der *familiae emptor* zu einer reinen Solennitätsperson, nur *dicis causa* noch kaufte er die *familia endo mandatelam custodelamque*. Das Vorzeigen der Testamentsurkunde an die Zeugen bildete einen Bestandteil der Solennität.

[1] In einer Anspielung bei Cic. de orat. I, 53: — *et duos filios suos parvos tutelae populi commendasset, ac se, tanquam in procinctu testamentum faceret, sine libra ac tabulis populum Romanum tutorem instituere dixisset illorum orbitati* wird als zur Zeit jener Anklage gegen S. Galba (605 a. u.) nur noch das *t. in procinctu* als neben dem *per aes et libram* in Geltung befindlich vorausgesetzt, denn sonst hätte die Heranziehung des *t. calatis comitiis* näher gelegen.

Den Inhalt der vorgezeigten Urkunde brauchten die Zeugen sowie der *familiae emptor* nicht zu erfahren. Die *tabulae*[1] waren Holztafeln, auf den inneren Seiten ausgehöhlt und in den Vertiefungen mit Wachs zum Einritzen der Schrift ausgelegt, gewöhnlich Triptychen, wie sie früher beschrieben worden sind. Die bei der Mancipation konkurrierenden fünf Zeugen mußten dann die *tabulae* mit ihren fünf Siegeln verschließen *(obsignare)* und den Siegeln je ihren Namen beischreiben. Daß diese Versiegelung mit Namensbeischreibung als ein Erfordernis der Gültigkeit des Testaments schon nach Civilrecht angesehen wurde, geht aus dem von Cic. Verr. 2, 1, 45, 117 mitgeteilten tralaticischen Edikte über die *bonorum p. secundum tabulas* hervor, welches von *tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet* redet, denn dieses *e lege* ist entweder gleich *iure civili* oder bezieht sich auf eine bestimmte *lex*, welche die Zusiegelung der *tabulae testamenti* durch die fünf Solennitätszeugen vorgeschrieben hatte, vielleicht die *lex Cornelia testamentaria*. Man kann fragen, warum das alte Edikt sich so ausgedrückt habe: *non minus multis signis quam e lege oportet*, während später das Edikt positiv die *septem testium signa* verlangte. Der Grund liegt wohl darin, daß nach Civilrecht Besiegelung der Urkunde seitens der Mancipationszeugen genügte, und zu Verres' Zeit auch das Edikt für die Erteilung der *bonorum p. secundum tabulas* sich einfach dem Civilrecht anschloß, während es später Besiegelung der Urkunde auch durch die beiden anderen mitwirkenden Personen, den *libripens* und den *antestatus*, verlangte. Daß auch später das Civiltestament nur mit den Siegeln der *quinque testes* versehen zu sein brauchte, zeigen mit völliger Sicherheit eine Anzahl bereits von Savigny[2] zusammengestellter Quellenäußerungen. Dieser Satz muß aus alter Zeit herrühren. Es stimmt dazu nicht allein, daß in der citierten Stelle der Verrinen nicht von sieben Siegeln, sondern von *tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet* die Rede ist, sondern auch, daß in den erhaltenen Mancipationsurkunden zwar die Namen von sieben *signatores* sich finden, aber der letzte immer der *„ipsius venditoris"*, der vorletzte in ein paar Fällen der *„fideiussoris"* oder *„secundi auctoris"* ist.[3] Der *libripens* und *antestatus* brauchten also nach Civilrecht die Urkunde nicht zu besiegeln, werden jedoch immer besonders als zugezogen genannt. Für das Civiltestament mußte aber immer die Vornahme der Mancipation und der *nuncupatio* nachgewiesen werden. Diese brauchte dem Prätor für die Erteilung der *bonorum p. secundum tabulas* nicht nachgewiesen zu werden: dafür verlangte er aber Nachweis der Besiegelung der *tabulae testamenti* nicht bloß mit den Siegeln von fünf Zeugen, sondern von sieben Zeugen, unter welchen *libripens* und *antestatus* sind. Fragen kann man, ob man nicht ebenso, wie bei den Triptychen über Verträge, auch bei den Testamentsurkunden eine *interior* und eine *exterior scriptura* unterschieden habe, so daß die *interior scriptura* das eigentliche Testament, die *exterior scriptura* dagegen einen den Solennitätspersonen vor dem Verschluß vorzuzeigenden Vermerk über die Vornahme der *mancipatio familiae* bezw. der *nuncupatio* enthielt. Für

[1] Hor. Sat. II, 5, 54. Gai. II, 104. 181. L. 1 pr. D. de bon. poss. sec. tab. 37, 11 u. a. St., bei Keller, Institut. S. 257.

[2] Vgl. Savigny, Vermischte Schriften I, S. 132 ff. Es sind l. 1 u. 3 C. Th. de test. 4, 4 u. die Interpret. zu beiden. Nov. Theod. II de testam. (tit. XVI) u. die Interpr. dazu. Nov. Valent. III de test. (XX const. 1). Ed. Theodorici tit. 28. Lex. Rom. Burgundion. tit. 45 de testam. Isidor. Origines V, 24. Vgl. auch Leist, Bon. poss. II, 2, S. 88 ff.

[3] Vgl. Bruns, Die sieben Zeugen d. röm. Rechts S. 14 f.

die republikanische Zeit jedenfalls scheint diese Frage verneint werden zu müssen, denn aus Horat. Sat. 2, 5, 51:

Qui testamentum tradet tibi cumque legendum,
Abnuere et tabulas a te removere memento,
Sic tamen, ut limis rapias, quid prima secundo
Cera velit versu; solus multisne coheres
Veloci percurre oculo,

geht hervor, daß auf der *prima cera* schon die Bestimmungen des Testaments begannen. Ich möchte annehmen entweder, daß über die *mancipatio familiae* ebenso, wie über andere Mancipationen, eine besondere Urkunde aufgenommen wurde, oder, daß außen auf dem Holzdeckel der *tabulae* die Vornahme des Mancipationsakts und der *nuncupatio* beurkundet wurde.

B. *Testamenti factio* des Testators und *testamenti factio* der zu Erben Einzusetzenden *cum testatore.*

§ 80. Nach der Darstellung der Geschichte der Testamentsformen, soweit sie dem *ius civile* angehört, ist zunächst die Fähigkeit zur Teilnahme am testamentarischen Erbrecht ins Auge zu fassen. Mit dem Ausdruck *testamenti factio* bezeichnen die römischen Juristen das Element der civilen Rechtsfähigkeit, welches zur Beteiligung an einem nach römischem Civilrecht zu errichtenden Testament in Stand setzt. *Testamenti factio* muß vor allem der Testator haben,[1] aber *testamenti factionem cum testatore* verlangen die Römer auch für den im Testament einzusetzenden Erben,[2] bezw. die darin zu bedenkenden Legatare sowie die darin zu ernennenden Tutoren,[3] *testamenti factionem* auch für die bei der Errichtung konkurrierenden *testes,* sowie die übrigen Solennitätspersonen.[4] Ob die Ausdrücke in alte Zeit zurückreichen, läßt sich nicht beweisen,[5] die Sache ist alt. Die Fähigkeit, ein Testament nach *ius civile Romanorum* zu errichten, war zunächst nur in der *civitas Romana* enthalten, den Peregrinen kam sie nicht zu.[6] Es kann also auch kein gültiges Testament errichten, wer durch *aqua et igni interdicere* eine *capitis diminutio media* erlitten.[7] Wer in feindliche Gefangenschaft geraten ist, kann als *captivus* nicht testieren; sein früher errichtetes Testament aber ist gültig, entweder, falls er zurückkehrt, *iure postliminii,* oder, wenn er in der Kriegsgefangenschaft stirbt, vermöge der *lex Cornelia.*[8] Peregrinen konnten *secundum leges civitatis suae* testieren;[9] *obsides* aber, Geiseln, welche den Römern gegeben waren, konnten nicht testieren, ihr Vermögen fiel bei ihrem Tode an das Ärar, in der Kaiserzeit an den *fiscus.*[10] Fraglich ist, ob die *testamenti factio* den *Latini,* mit Ausnahme der für diese Periode noch nicht in Betracht kommenden *Latini Iuniani,* allgemein zustand.[11] Nach Cic. pro Caecina 35, 102 erscheint das Recht des *a civibus Romanis hereditates capere posse,* welchem natürlich das Recht, römischen Bürgern testamentarisch *hereditates* zu hinterlassen, entspricht, als den dort erwähnten *duodecim coloniae* zukommend. Zunächst scheint das Recht der *testamenti factio* nur diesen gewährt zu sein.[12] Später, etwa nach Aufkommen der künstlichen Latinität, mag es allen Latinern verliehen worden sein, doch fehlt es dafür an sicheren Belegen. — *Testamenti factio* kommt ferner nur dem zu, welcher

[1] Gai. II, 114. [2] Ulp. fr. XXII, 1. [3] Gai. II, 218. Ulp. XI, 16. [4] Ulp. fr. II, 2. 8.
[5] Vgl. Aelius Gallus bei Fest. s. v. nexum p. 165. Cic. Top. 11, 50. Cic. ad Fam. VII, 21.
[6] Ulp. fr. XX, 14. [7] L. 8 § 1 D. qui test. 28, 1. [8] L. 8 pr., l. 12 D. eod. tit.
[9] Ulp. XX, 14. [10] L. 11 D. eod. tit. L. 31, 32 D. de i. f. 49, 14.
[11] Mommsen, Staatsr. III, 1, S. 632. 636. [12] Vgl. meine Rechtsgeschichte I, S. 309.

eine selbständige *familia* hat, nicht dem *filiusfamilias*,[1] noch weniger natürlich dem *in mancipio* Befindlichen und dem Sklaven. Nur der *servus publicus* kann über die Hälfte seines Vermögens testieren.[2] Wann diese Vergünstigung und durch welche Rechtsquelle sie aufgekommen, steht dahin. Auch sonst finden sich ja gewisse rechtliche Unterschiede zwischen den gewöhnlichen Sklaven und den *servi publici*. Die bei letzteren durchgängig vorkommende Zweinamigkeit sieht Mommsen[3] als den Ausdruck einer Zwitterstellung zwischen den wirklichen Freien und den wirklichen Sklaven an. In jener Bestimmung über das Testierrecht der *servi publici* scheint sich eine gewisse Gleichstellung derselben mit den *liberti* auszusprechen, denen gegenüber dem Patron ja auch, falls jene nicht von leiblichen Kindern beerbt werden, eine *bonorum possessio dimidiae partis* zusteht, so daß sie nur über die *dimidia pars* wirksam zu Gunsten anderer Personen testieren können.

Solange es nur die *testamenta calatis comitiis* und *in procinctu* gab, konnten Frauen sicher nicht testieren, denn sie konnten weder in den Komitien erscheinen, noch als Soldaten in den Krieg ziehen. Diese Gründe der Unfähigkeit der Frauen zur Testamentserrichtung fielen mit dem Aufkommen des *testamentum per aes et libram* fort. Früher habe ich auszuführen gesucht,[4] daß seitdem nicht bloß den *libertae*, sondern auch den *ingenuae feminae* die abstrakte Fähigkeit zur Errichtung eines Testaments nicht gefehlt habe. Infolge häufig wiederholter Durchdenkung der Frage bin ich seitdem zur Verwerfung meiner frühern Auffassung gelangt. Im Interesse der Intestaterben, der Agnaten und Gentilen der freigeborenen Frauen, also ihrer *familia* im weitesten Sinne, blieb ihnen die *testamenti factio* entzogen. Man könnte meinen, das Interesse der *familia* habe einen so weitgehenden Satz nicht erheischt, da Frauen ja unter *tutela* gestanden hätten, die Verweigerung der *auctoritas* von seiten des *tutor* also ein der *familia* nachteiliges Testament hätte verhindern können. Aber es war ja nicht nötig, daß die Personen, welche beim Tode der Frau gesetzlich zu ihrer Erbfolge berufen waren, gerade zur Zeit der beabsichtigten Testamentserrichtung ihre Tutoren waren. Einmal konnten Frauen einen *testamentarius tutor*, Witwen sogar einen *tutor optivus* haben, sodann konnte auch der Agnat, welcher zur Zeit der Testamentserrichtung *tutor legitimus* der Frau war, vor ihrem Tode gestorben sein, so daß zur Zeit ihres Todes andere, früher entferntere Agnaten die nächsten gesetzlich zur Erbfolge Berufenen waren. Endlich konnten einzelne Agnaten auch zur *tutela* unfähig sein und doch eventuell gesetzliches Erbrecht haben. Unbedingt waren also die Interessen der Agnaten bezw. Gentilen nur dadurch gesichert, daß den Frauen die *testamenti factio* entzogen blieb. Anders stand es bei den *libertae*, deren gesetzlicher Tutor der Patron war. Für ihn genügte die Möglichkeit, durch Versagung seiner *auctoritas* ein sein Interesse bezw. das seiner agnatischen Descendenz benachteiligendes Testament zu verhindern; bei *libertae* hätte also die Entziehung der *testamenti factio* keinen Sinn gehabt. Früher hielt ich die Annahme einer Unterscheidung zwischen *ingenuae* und *libertae* deshalb für bedenklich, weil weder Cicero Top. c. 4 noch Gaius I, 115a einer solchen Unterscheidung gedächten.[5] Wenn aber Cicero in der citierten Stelle sagt: *Si ea mulier testamentum fecit, quae se capite nunquam diminuit, non*

[1] Ulp. XXII, 10. Theoph. ad § 9 I. de test. 2, 10. L. 16 pr., l. 19 D. qui testa f. p. 28, 1.
[2] Ulp. XX, 16. [3] Staatsr. I, S. 252, A. 5.
[4] Vgl. Formen der röm. Ehe u. Manus S. 96 ff. [5] A. a. O. S. 97, 98.

videtur ex edicto praetoris secundum eas tabulas possessio dari, so spricht er nicht ganz allgemein, sondern deutet durch die Worte *quae se capite nunquam diminuit* an, daß für die Frau, *quae se capite diminuit,* d. h. für die, welche *coemtionem fecit remancipataque et manumissa* ist, also für eine Freigelassene ein anderes Recht gilt. Und dasselbe gilt von der Äußerung des Gaius I, 115a: — *tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent,* denn diese Worte besagen doch, daß eine Frau nicht anders das *ius testamenti faciendi* gehabt habe, als wenn sie sich in die Lage einer Freigelassenen gebracht hätte, deuten also an, daß eine Freigelassene die *testamenti factio* hatte. Nur Vestalinnen waren, obwohl sie durch ihr Ausscheiden aus der *familia* keine *capitis diminutio minima* erlitten, fähig, ein Testament zu errichten, denn der Grund der Testierunfähigkeit der *ingenuae* fiel bei ihnen fort: sie gehörten zu keiner Agnaten- bezw. Gentilenfamilie.[1] — Unfähig, ein Testament zu errichten, ist auch der *prodigus,* ein Satz, der an früherer Stelle schon erklärt ist.[2] Unfähig ist endlich auch der *improbus intestabilisque.* In welchen Fällen diese Ehrenstrafe eintrat, darüber wissen wir nicht viel. Nach den XII Tafeln traf sie den, welcher bei einem Mancipationsakt als *libripens* oder Zeuge fungiert hatte und später sein Zeugnis darüber versagte (bezw. falsch aussagte).[3] Eine Folge davon, daß jemand *intestabilis* geworden, war, daß er kein Testament errichten konnte, da niemand ihm bei dem Akt als Zeuge fungieren durfte. —

Zu bemerken ist noch, daß der *status* jemandes *certus* sein muß, damit er gültig testieren könne. Ist der zur *testamenti factio* befähigende *status* jemandes in der Schwebe, objektiv ungewiß, so kann er nicht testieren. So ist es z. B., wenn der Sohn eines in Kriegsgefangenschaft Befindlichen, aber noch Lebenden, stirbt (l. 2 § 3 D. unde legitimi 38, 7). Aber es muß nicht bloß objektiv der *status certus* sein, sondern der Betreffende muß auch subjektiv *certus* über seinen *status* sein: wer sich irrtümlich für unfähig hält oder nur ungewiß über seine *testamenti factio* ist, kann nicht gültig testieren.[4] Das sind gewiß alte Sätze. — Die Sätze über die zur Testamentserrichtung erforderliche Handlungsfähigkeit dürfen hier übergangen weeden.

Die Einsetzungsfähigkeit, die *testamenti factio cum testatore,* fehlte vor allen den Peregrinen, den *Latini coloniarii* stand sie zu,[5] wenn auch vielleicht anfänglich nur den Mitgliedern jener zwölf Kolonieen. Fremde Sklaven konnten eingesetzt werden, vorausgesetzt, daß ihr Herr *testamenti factionem cum testatore* hatte.[6] Eigene Sklaven mußten zunächst im Testament direkt freigelassen und konnten dann zu Erben eingesetzt werden.[7]

Die Erbeinsetzungsfähigkeit der Frauen hat eine Beschränkung durch die *lex Voconia,* ein Plebiscit wahrscheinlich vom Jahre 585 a. u.,[8] erfahren. Nach Gai. II, 274 soll eine Frau von dem, *qui centum milia aeris census est,*[9] *per legem Voconiam*

[1] Gell. I, 12. VI, 7. [2] Vgl. oben S. 304. 305. Ulp. XX, 13.

[3] Vgl. die Stellen bei Schöll, Leg. XII tab. vel. p. 149, A. 22, nam. l. 26 D. qui test. 28, 1. L. 18 § 1 D. eod. tit.

[4] L. 14, 15 D. eod. tit. Ulp. XX, 11.

[5] Fest. p. 165. Cic. pro Caec. 35, 202. Gai. 2, 110. Ulp. XXI, 3.

[6] Gai. II, 189. § 4 I. de her. qual. 2, 19. Ulp. XXII, 7. 9.

[7] Gaius II, 186 sqq. Ulp. XXII, 7.

[8] Vgl. über die Zeit des Gesetzes namentl. Savigny in d. Vermischt. Schriften I, S. 409 ff. Vangerow, Über d. Lex Voconia S. 3 ff.

[9] Es waren 100,000 schwere *asses* gemeint. Darüber vgl. Rechtsgesch. I, S. 384 ff.

nicht zum Erben eingesetzt werden können. Daß die *lex Voconia* nicht schlechthin den, der soviel Vermögen habe, sondern den, welcher zu solchem Betrage geschätzt sei, erwähnte, zeigt auch Cic. in Verr. I, 43: — *sanxit in posterum, qui post eos censores census esset, ne quis heredem virginem neve mulierem faceret.* Der Gesetzgeber selbst ist wohl nicht der Meinung gewesen, daß seine Bestimmungen auf diejenigen jene Summe im Vermögen Habenden, welche überhaupt gar nicht censiert waren, keine Anwendung erleiden solle.[1] Da aber die Folgezeit jener Bestimmung nicht eben geneigt war, so interpretierte man streng wörtlich und bezog das Verbot nur auf die Censierten, so daß nach dieser Wortinterpretation der nicht Censierte gültig Frauen zu Erben einsetzen konnte. Diese Buchstabeninterpretation schränkte, seitdem der Census nur sehr unregelmäßig abgehalten wurde, und auch die schweren Strafen für die Versäumung des Census weggefallen waren, das Anwendungsgebiet des Gesetzes sehr ein, zumal sich mancher nicht censieren lassen mochte, um sich der Vorschrift des Gesetzes zu entziehen. Das Verbot, Frauen zu Erben einzusetzen, betraf nur die der ersten Censusklasse Angehörenden. Die Gefahr, daß die dem Luxus geneigten Frauen durch Erbeinsetzungen in den Besitz bedeutenden Vermögens gelangten, schien nur in Bezug auf Testamente der Reicheren vorzuliegen, nicht in Bezug auf Testamente von den niederen Censusklassen Angehörenden. Daß das Gesetz zwischen den der ersten Klasse und den nicht dieser Klasse, also den unteren Klassen Angehörenden unterschied, wird namentlich auch bestätigt durch Gell. VII, 13, wonach Cato in der Rede, welche er für die Annahme der *lex Voconia* hielt, von *classici*, d. h. den der ersten Klasse angehörigen Bürgern, und von Bürgern *infra classem* sprach *(— quoniam in M. Catonis oratione, qua Voconiam legem suasit, quaeri solet, quid sit classicus, quid infra classem).* Die Erbeinsetzung einer Frau in dem Testament eines *classicus*, also eines in der ersten Klasse Censierten, war geradezu nichtig. Das zeigen die Ausdrücke der davon redenden Stellen:[2] *„nequis heredem virginem neve mulierem faceret“ — „mulier — — heres institui non potest“ — „ne quis heredem mulierem instituerent“ — „ne quis heredem feminam faceret“.*

Was die Einsetzungsfähigkeit juristischer Personen betrifft, so ist über die Möglichkeit, den *populus Romanus* zum Erben einzusetzen, schon in anderem Zusammenhange die Rede gewesen. Bezüglich der Stadtgemeinden giebt es Äußerungen in den Quellen, nach denen angenommen werden zu müssen scheint, daß sie sämtlich bis in die Kaiserzeit hinein unfähig gewesen seien, zu Erben eingesetzt zu werden. Plin. ep. V, 7: *nec heredem institui nec praecipere posse rempublicam constat.* Ulp. XXII, 5: *Nec municipia nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere universi neque pro herede*

[1] Vangerow, a. a. O. S. 14 f.

[2] Zweifel könnte erregen Cic. Verr. I, 44, wonach Verres in seinem dort erwähnten Edikt gesagt hat, daß er dem gegen seine Bestimmung Eingesetzten *nec petitionem nec possessionem (hereditatis)* geben wolle. Wenn die Einsetzung einer Frau *ipso iure* nichtig gewesen wäre, so hätte von einer Versagung der *hereditatis petitio* nicht geredet werden können. Allein Verres verkannte nicht, daß die *lex Voconia* nach ihrem Wortlaut nicht auf das Testament eines *non census* bezogen werden konnte. *Ipso iure* stand also nach seiner Auffassung einer Frau, welche im Testament eines *non census* eingesetzt war, die *hereditatis petitio* zu. Er erklärte aber, daß er die *lex Voconia* nach ihrem wahren Sinne durchführen wolle und daher auch der Frau, welche im Testament eines *non census* eingesetzt war, die *hereditatis petitio* nicht gewähren werde. Vgl. sonst Cic. in Verr. I, 42. Ascon. ib. c. 41. Augustinus de civitate Dei III, 21. Gai. II, 274.

gerere possunt. Zweifel bezüglich der Allgemeingültigkeit dieses Satzes scheinen mir nicht ausgeschlossen. Sollte man wirklich zwischen den italischen Bürgermunicipien, den *coloniae civium* und *latinae,* den Städten mit latinischem Recht einerseits und den gewöhnlichen Peregrinengemeinden der Provinzen andererseits in dieser Beziehung keinen Unterschied gemacht haben? Daß wie Peregrinen, so auch Peregrinengemeinden in einem römischen Testament nicht zu Erben eingesetzt werden konnten, ist selbstverständlich. Man könnte sagen, darin, daß sie ein *incertum corpus* sei, stehe die Bürgergemeinde, die Kolonie u. s. w. den Peregrinengemeinden ganz gleich. Das ist nicht der Fall. Die ersteren sind *publicae personae,* die etwas gemein haben mit dem *populus κατ' ἐξοχήν,* namentlich das, daß ihre Magistrate als öffentliche Organe der Gemeinde in anderer Weise gelten, als die Magistrate der Peregrinengemeinden der Provinzen, welche *privatorum loco* sind. Sollte nicht das Bürgermunicipium, die Kolonie als eine *publica persona* in einem römischen Testament gültig zum Erben haben eingesetzt werden, und ihre öffentlichen Organe, die Duumvirn u. s. w., für sie die Erbschaft haben antreten können? Daß es nicht möglich gewesen sei, scheint mir durch die früher angeführten Stellen nicht über allem Zweifel erhaben zu sein. Dieser Zweifel wird bestärkt durch folgende Stellen. Ulpian XXIV, 28 sagt: *Civitatibus omnibus, quae sub imperio populi Romani sunt, legari potest; idque a divo Nerva introductum, postea a senatu auctore Hadriano diligentius constitutum est,* und Paulus in l. 27 (26) D. ad Sct. Trebell. 37, 1: *Omnibus civitatibus, quae sub imperio populi Romani sunt, restitui debere et posse hereditatem Apronianum senatusconsultum iubet.* Die Worte: *Civitatibus omnibus, quae sub imperio populi Romani sunt,* werden aus den betreffenden Senatuskonsulten entnommen sein. Mit einem gewissen Nachdruck gesagt, legen sie den Gedanken nahe, daß eine andere Fähigkeit, die nämlich, im Testament zum Erben eingesetzt zu werden, zwar nicht *omnibus civitatibus, quae sub imperio populi Romani sunt,* aber einer gewissen Kategorie von Städten zukam. Es würde sich dann erklären, daß die Einsetzung der *colonia Leptitanorum* in l. 30 D. de vulg. et pup. s. 28, 6 einfach als gültig behandelt wird, was Schirmer u. a. aus einem dieser Kolonie verliehenen Privilegium erklären wollen. In den Digesten giebt es noch einige andere Stellen, welche die Einsetzungsfähigkeit von *municipes* voraussetzen, wie l. 66 § 7 D. de legat. II. (31): *A municipibus heredibus scriptis detracto usufructu legari proprietas potest, quia non utendo possunt usumfructum amittere,* vgl. auch l. 6 § 4 D. ad Sct. Trebell. 36, 1. L. 3 § 4 D. de b. p. 37, 1. Da in denselben nicht ausgesprochen wird, aus welchem Grunde die Erbeinsetzungsfähigkeit der *municipes* angenommen werde, so beziehen Savigny[1] u. a. diese Stellen auf Erbeinsetzungen der Städte durch ihre Freigelassenen, welche durch ein eigenes Senatuskonsult für gültig erklärt waren. Indes scheinen die Stellen doch eine unbeschränkte Erbeinsetzungsfähigkeit der in Frage stehenden Municipien anzunehmen: man hat daher entweder an durch besonderes Privilegium für erbfähig erklärte Municipien oder an bestimmte Kategorieen von Stadtgemeinden, welche erbfähig waren, zu denken. —

Unfähig, eingesetzt zu werden, waren auch sonstige Korporationen oder Kollegien. Noch zu Diocletians Zeit wird ausgesprochen,[2] daß nur spezielles Privileg einem Kollegium die Fähigkeit zum *hereditatem capere* verschaffen könne. Wenn also in Digestenstellen, wie l. 1 § 15, l. 6 § 4 D. ad Sct. Trebell. 36,

[1] System II, S. 304. [2] L. 8 C. de hered. instit. 6, 24.

1, die Einsetzungsfähigkeit eines *collegium* oder *corpus* vorausgesetzt wird, so wird dies auf spezielles Privileg zurückzuführen sein, denn daß etwa einzelnen Kategorieen von Korporationen vermöge allgemeinen Rechtssatzes Erbeinsetzungsfähigkeit zugestanden habe, davon wissen wir nichts. Ulpian spricht ferner XXII, 6 den Satz aus: *Deos heredes instituere non possumus praeter eos, quos senatusconsulto constitutionibusve principum instituere concessum est.* Für die republikanische Zeit könnten solche Konzessionen nur von dem Volk selbst ausgegangen sein, scheinen aber nicht vorgekommen zu sein. Auffällig ist, daß die Götter, welche von Ulpian als nach spezieller Gestattung von Senatuskonsulten und kaiserlichen Konstitutionen einsetzungsfähig angeführt werden, fast sämtlich peregrinische Gottheiten sind; von den *dii patrii* der Römer findet sich nur etwa der Jupiter Tarpejus darunter, und auch mit diesem muß es wohl eine besondere Bewandtnis haben, da er kaum mit dem kapitolinischen Jupiter identifiziert werden darf. Was war nun der Grund davon, daß jene Gottheiten ohne besonderes Privileg nicht eingesetzt werden konnten? Lag er etwa nur darin, daß es peregrine Gottheiten waren? Sollen wir also schließen, daß die sämtlichen altrömischen Götter einsetzungsfähig, also in bürgerlicher Beziehung als selbständige Vermögenssubjekte anzusehen gewesen seien? Meines Erachtens nicht. Sie erhielten die für ihren Dienst notwendige Ausstattung durch die für denselben eingesetzten priesterlichen *collegia,* eventuell durch das römische Volk: ein Vermögen jedes dieser Götter, welches vom Vermögen der priesterlichen Kollegien verschieden gewesen wäre, gab es nicht. Diesen Göttern nun durch besonderes Privilegium Erbeinsetzungsfähigkeit zu verleihen, bestand keinerlei Bedürfnis, während bei den fremden Gottheiten, deren Unterhalt keine Pflicht des römischen Volks war, die Sache anders lag.

Die römischen Juristen sprechen aus, es solle eine *incerta persona* nicht zum Erben eingesetzt werden, noch derselben ein Legat hinterlassen werden können. Als *incerta persona* definiert Gai. II, 238 die, *quam per incertam opinionem animo suo testator subiicit;* es ist damit also ein Wesen gemeint, von welchem der Testator sich keine konkret-individuelle Vorstellung machen, welches er sich nicht als ein bestimmtes leibliches Wesen vorstellen kann. Obwohl es jetzt häufig geleugnet wird, ist dies auch der letzte Grund, aus welchem juristische Personen nicht eingesetzt werden konnten. Denn da sie nur nichtleibliche Interessenkreise sind, welche als Selbstzwecke von der Rechtsordnung anerkannt sind, so kann der Testator sich von ihnen keine Vorstellung als individuellen leiblichen Wesen machen. Wie das Gesetz zur Erbfolge eines Menschen nur Menschen beruft, so soll auch der Erblasser selbst zum Erben, welcher an seiner Stelle nach seinem Tode den Mittelpunkt seines Interessenkreises bilden soll, nur ein Wesen seiner Art, einen bestimmten Menschen machen können. Unzulässig ist daher auch eine Einsetzung, nach welcher dieses Wesen durch ein erst nach dem Tode des Erblassers eintretendes Ereignis bestimmt werden soll, z. B. *Quisquis primus ad funus meum venerit, heres esto,*[1] denn von dieser Persönlichkeit kann sich der Testator auch keine konkret-individuelle Vorstellung machen; der Kreis der Personen, von denen es eine sein wird, ist ein viel zu unbestimmter, unbegrenzter, als daß der Testator alle die Personen, welche möglicherweise dazu gehören können, vor seinem Geist *revue* passieren lassen könnte. Hat er den Personenkreis so begrenzt, daß er eine bestimmte

[1] Ulp. XXII, 4 ff.

Zahl von ihm bekannten Personen umfaßt, welche er sich einzeln vorstellen kann, so ist ein Legat an eine durch ein späteres Ereignis aus diesem Personenkreise zu bestimmende Person gültig (Ulp. fr. XXIV, 18), und was vom Legat gilt, wird analog auch von der Erbeinsetzung anzunehmen sein.

Ursprünglich konnte auch gewiß gar kein *postumus* zum Erben eingesetzt werden, d. h. jemand, welcher erst nach der Errichtung des Testaments geboren wird; denn zur Zeit der Testamentserrichtung ist er eine *persona incerta*, ein Wesen, welches noch nicht als eine selbständige Persönlichkeit existiert, von welchem, auch wenn es schon koncipiert ist, es noch ungewiß ist, ob es überhaupt als selbständiges Wesen existieren wird, von welchem sich also der Testator keine konkret-individuelle Vorstellung machen kann. Nun wurde aber durch Nachgeburt eines Kindes, welches in die väterliche Gewalt des Testators fiel oder getreten wäre, wenn der Testator nicht zwischen der Konception dieses Kindes und seiner Geburt gestorben wäre, nach einem das Noterbenrecht an Alter überragenden Satze das Testament, in welchem ja dieses Kind weder eingesetzt noch exherediert werden konnte, aufgehoben. Dem Übelstande, daß der Testator solcher Ruption seines Testaments nicht durch Dispositionen in seinem Testament vorbeugen konnte, hat zunächst die Jurisprudenz (wahrscheinlich durch das Organ des Centumviralgerichts) schrittweise abgeholfen. Am dringendsten war eine Abhilfe erforderlich für den Fall der eigentlichen *postumi*, d. h. der nach dem Tode des Testators geborenen, denn wenn schon bei Lebzeiten des Testators nach der Testamentserrichtung Personen in seine Gewalt kamen, die bisher nicht darin gestanden, so konnte er doch noch ein neues Testament errichten. Für jenen Fall ist schon *iure civili*, d. h. durch die alte Jurisprudenz Sorge getragen. Danach kann jemand ein Kind, welches im Moment seines Todes bereits koncipiert ist und nach seinem Tode geboren wird, wenn es im Falle seines Lebens sein *suus* gewesen sein würde, zum Erben einsetzen.[1] Zunächst wurde das aber nur angenommen für solche *postumi* ersten oder auch zweiten Grades, von denen es schon zur Zeit der Testamentserrichtung feststand, daß sie im Fall dereinstiger Geburt nach dem Tode des Testators als unmittelbare *sui* desselben geboren werden würden. Ein weiterer Schritt wurde dann durch die Jurisprudenz unter der Führung des Juristen Aquilius Gallus, des Zeitgenossen Ciceros, gethan. Nach der von diesem aufgestellten Institutionsformel konnte auch ein zur Zeit des Todes des Testators koncipierter Enkel desselben dessen Vater zur Zeit der Testamentserrichtung noch lebte, aber vor dem Großvater starb, im Testament eingesetzt werden,[2] obwohl es ja bezüglich seiner im Moment der Testamentserrichtung nicht feststand, daß er als unmittelbarer *suus* des Testators geboren werden würde. Die weitere Entwickelung der Erbeinsetzungsfähigkeit der *postumi* gehört nicht mehr dieser Periode an.

C. Inhalt des Testaments.

§ 81. Das Testament hat seinem Inhalte nach eine bedeutsamere, erhabenere Bestimmung, als die Geschäfte unter Lebenden. Die letzteren verfügen ganz regelmäßig nur über einzelne Vermögensobjekte oder Komplexe von Einzelobjekten. Das Testament hat die Bestimmung, das Schicksal des gesamten Hauswesens des Erblassers, der *familia pecuniaque*, wie es nach seinem

[1] Ulp. XXII, 19. [2] L. 29 pr. D. de lib. et post. 28, 2.

Tode eintreten soll, zu ordnen: es ist eine Verfügung von Todes wegen über die Einheit der *familia pecuniaque* sowie möglicherweise daneben über einzelnes derselben. Auch über den Tod hinaus kann der Wille des *paterfamilias* über das Schicksal der von ihm während seinen Lebzeiten beherrschten *familia pecuniaque* entscheiden. Die im Testament enthaltenen Verfügungen sind daher einseitige, nur vom Willen des Testators ausgehende, auch das *testamentum per aes et libram* in seiner ältesten Gestalt hat, wie aus unseren früheren Darlegungen zu ersehen, nie einen Vertrag mit dem oder den Erben enthalten. Die nach dem Tode des Testators etwa notwendige Antretung der Erbschaft, d. h. die Erklärung des Willens des zur Erbfolge Berufenen, Erbe zu sein, bildet keinen Bestandteil des Testamentsgeschäfts, sondern ist nur Erfordernis des Wirksamwerdens des Testaments, welches ja in gleicher Weise für *lege* zur Erbfolge Berufene besteht. Das Testament ist aber ferner eine letztwillige Willenserklärung, die *suprema voluntas*, und darin ist enthalten, daß jedes Testament durch ein späteres gültiges Testament widerruflich ist. Die *libertas testamenti faciendi* und, das gemachte durch ein neues aufzuheben, ist *iuris publici*, der einzelne kann sie sich selbst nicht, weder durch eine Bestimmung im Testament noch durch irgend welchen Vertrag mit einem andern, nehmen, die *voluntas* ist *ambulatoria usque ad vitae supremum exitum*.[1] Da die Verhältnisse, in deren Anbetracht der Testator seine Bestimmungen getroffen, sich ändern können, so sollte ihm bis zum letzten Augenblick nicht die Möglichkeit genommen werden, diese Bestimmungen, welche ja erst nach seinem Tode in Wirksamkeit treten können und sollen, noch wieder abzuändern. Der im Testament ausgesprochene Wille ist kein gewöhnlicher Wille. Im Moment seines Scheidens vom Leben, dessen Bevorstehen den höchsten Ernst in ihm hervorrufen mußte, thut der Testierer einen Ausspruch bezüglich der im Testament erwähnten Personen, der, da der Urheber bei dessen Inwirksamkeittreten aus dem Leben geschieden ist, in seinen Wirkungen unwiderruflicher ist, als die meisten Willensakte unter Lebenden, die doch vielfach durch neuere Willensakte in ihren Wirkungen abgeschwächt werden können. Im letzten Augenblick seines Lebens giebt der Testierer bezüglich der im Testament erwähnten Personen ein Urteil ab über das, was sie ihm gegenüber verdient haben. Das spricht sich darin aus, daß das Testament häufig als *iudicium, ultimum iudicium* bezeichnet wird.[2] Dieses Urteil kann in gutem oder in schlechtem Sinne ausfallen. Die Einsetzung zum Erben wird als ein *honor habitus* betrachtet.[3] Auch wenn das, worauf man eingesetzt war, nur etwas Geringfügiges war, ein *honor* lag immer darin. Auch in der Hinterlassung eines Legats wurde ein *honor* gesehen,[4] aber die Erbeinsetzung war der *honestior titulus:* dem Legatar wurde etwas aus der Erbschaft gegeben, der *heres* bekam die Erbschaft selbst, wenn auch vielleicht nur zu geringfügigem Anteil, er war doch auch Fortsetzer des Interessenkreises des *defunctus*. In der *exheredatio* dagegen lag in der Regel eine *nota*, ein Tadel, eine Mißachtung von seiten des Erblassers.[5]

[1] L. 4 D. de adim. vel. transfer. leg. 34, 4.

[2] L. 8 § 10, l. 12 § 1, l. 19, l. 23 § 1, l. 32 de inoff. test. 5, 2. L. 40 § 3 D. de pact. 2, 14. L. 32 § 3 D. de don. int. vir. et ux. 24, 1. L. 34 D. de excus. 27, 1 u. v. a. St.

[3] Cic. pro Quinctio 4: *heredem testamento reliquit hunc P. Quinctium: ut, ad quem summus maeror morte sua veniebat, ad eundem summus honor morte quoque perveniret.* Cic. Philipp. II, 16. L. 26 pr. D. si quis omissa causa. Andere Stellen s. bei A. Schmidt, Das formelle Recht der Noterben S. 19, A. 47. Rein, Privatrecht S. 798, A. 3.

[4] L. 5 § 6 D. de legat. praest. 37, 5.

[5] S. Stellen bei Schmidt, a. a. O. S. 19, A. 48.

Von dieser Auffassung des Testaments aus als eines letztwilligen Urteils, eines Ehren- und Wohlwollenerweises einerseits, eines Tadels und einer Verwerfung andererseits gegenüber dem ganzen mit dem Testator in Beziehung stehenden Verwandten-, Verschwägerten- und Freundeskreise begreift es sich, daß die testamentarische Beerbung gegenüber der gesetzlichen im römischen Leben keineswegs die Ausnahme war. Das Gesetz berief nach bestimmten Klassen gleichmäßig, in einem Fall wie in dem andern, zur Erbfolge: durch die Anwendung desselben konnte im einzelnen Fall ein den konkreten Verhältnissen durchaus nicht entsprechendes Resultat herauskommen. Ein solches herbeizuführen, war Sache des Testaments des Vermögensinhabers. Es galt beinahe als eine Pflicht eines guten Hausvaters, ein Testament zu machen und darin vorsorglich für die Zukunft nach seinem Tode Bestimmungen zu treffen.[1] Er konnte, was seine Kinder anlangte, zunächst darauf Rücksicht nehmen, ob das eine ihm viel, das andere ihm wenig erworben, dem erstern also auch von der Erbschaft ein größerer oder geringerer Teil gebühre, er konnte guten und schlechten Lebenswandel, Dankbarkeit und Undankbarkeit gegen ihn belohnen und bestrafen, er konnte für Verwandte und Verschwägerte, welche gesetzlich gar keinen Erbanspruch hatten, vor allem für seine Ehefrau in angemessener Weise sorgen, er konnte endlich seine Freunde bedenken. Daß auch nationale Anschauungen, welche gesetzlich keine oder noch keine Geltung erlangt hatten, in den Testamenten Ausdruck finden konnten, ist auch anzunehmen. Den Römern lagen die Haussöhne als die Fortsetzer der *familia* mehr am Herzen, als die Töchter. Daß die Söhne daher in den Testamenten mehr erhielten, als die Töchter, wurde gewiß nicht als eine Lieblosigkeit angesehen. Auch die Freunde im Testament zu bedenken, war bei wohlhabenden Leuten Sitte. Daß einem keine Erbschaften zufielen, wurde als ein Zeichen angesehen, daß man keine Freunde habe. Cicero sagt von sich Philipp. II, 48: *ego enim amplius H-S ducenties acceptum hereditatibus retuli,* und an anderer Stelle, daß seine Freunde ihn in seiner Abwesenheit ebenso im Testament bedacht hätten, wie wenn er gegenwärtig gewesen wäre (Cic. pro domo c. 32). Auch in dem bekannten *testamentum Dasumianum* werden einer ganzen Anzahl von Freunden des Erblassers, unter denen Plinius Secundus und Cornelius Tacitus erscheinen, Geldvermächtnisse hinterlassen.

Diejenige Bestimmung nun, ohne welche ein Testament nicht bestehen kann, welche aber auch allein für dessen Bestand nötig ist, ist die *heredis institutio. Testamenta,* heißt es,[2] *vim ex institutione heredum accipiunt,* die Erbeseinsetzung wird als die eigentliche Grundlage, als *velut caput et fundamentum totius testamenti* angesehen. Das Testament kann nicht etwa nur über einzelnes verfügen, es muß über die Universalsuccession, über den Eintritt in die Einheit des nachzulassenden sachlichen Interessenkreises des Testators verfügen. Ist eine solche Einsetzung in das Subjektive des Nachlasses geschehen, so mag der Testator daneben Einzelbestimmungen treffen. Daß nun die *heredis institutio* sachlich *caput* und *fundamentum testamenti* ist, soll sich auch äußerlich in der Stelle, welche derselben im Testament angewiesen ist, aussprechen. Der Testator mag ihr immerhin eine *praefatio* vorausschicken: unter den von ihm

[1] Cic. Tusc. Quaest. I, 14: *Quid procreatio liberorum, quid propagatio nominis, quid adoptiones filiorum, quid testamentorum diligentia . . . . . significant, nisi nos futura etiam cogitare?*

[2] § 34 I. de leg. 2, 20.

zu treffenden Dispositionen soll sie die erste sein und so auch äußerlich den Kopf des Testaments bilden. Daher sagt Horaz, Sat. 2, 5, 51:

Qui testamentum tradit tibi cunque legendum,
Abnuere et tabulas a te removere memento,
Sic tamen, ut limis rapias, quid prima secundo
Cera velit versu, solus multisne coheres,
Veloci percurre oculo.

Der Name des Testators bildete den Anfang, in der zweiten Zeile der *prima cera* beginnen aber schon die Namen der *heredes*. Vgl. auch Apuleius apolog. II, 104: *reperies et quidem mox a principio: Sicinius Pudens filius meus heres esto.* Legate und Freilassungen, welche der Testator vor den Erbeinsetzungen angeordnet hatte, waren ungültig.[1] Bezüglich der *tutoris datio* bestand zwischen Sabinianern und Proculianern eine Meinungsverschiedenheit: jene hielten auch die vor der Erbeseinsetzung stehende *tutoris datio* für ungültig, Labeo und Proculus dagegen hielten sie für gültig, weil durch eine *datio tutoris* nichts aus der Erbschaft vergeben werde. Die Meinung der Sabinianer traf aber wohl das Richtige, denn nicht deshalb konnten Legate und Freilassungen erst nach der Erbeseinsetzung angeordnet werden, weil sie Vergabungen aus der Erbschaft enthielten, also auch insofern einen bereits eingesetzten Erben voraussetzten, sondern weil jede Nebenanordnung im Testament den Bestand des Testaments voraussetzt, dessen unentbehrliche Grundlage die Erbeseinsetzung ist. Die Kontroverse zeigt aber, daß der alte Satz, wonach die Erbeseinsetzung auch äußerlich den Kopf des Testaments bilden mußte, nicht mehr lebendig im Bewußtsein selbst der Juristen wurzelte. Schon ein Nachlassen von der alten Strenge war es, daß nach Paulus auch zwischen den einzelnen Erbeinsetzungen ein Legat angeordnet werden konnte. Auch eine *exheredatio* mußte den *heredis institutiones* nachgesetzt werden, denn auch sie konnte nur in einem Testament geschehen, dessen Bestand auf der *heredis institutio* als seiner Grundlage beruhte (l. 1 pr. D. de her. inst. 28, 5). Die Erbeseinsetzung mußte auch *sollemni more* geschehen, d. h. in einer ein für allemal feststehenden Form. Vor allem mußte das Testament insbesondere also die Erbeinsetzung, in lateinischer Sprache angeordnet werden, sodann mußte sich der Testator, da er wie ein Gesetzgeber über sein Hauswesen von Todes wegen verfügte, befehlender Worte bedienen, er mußte den Imperativ anwenden.[2] Es war also wohl die älteste Formel: *Titius heres esto.* Auch der Gebrauch des Konjunktivs ist zugelassen: *heres sit*, ebenso der Gebrauch des Wortes *iubeo: heredem esse iubeo.* Dagegen Erbeinsetzungsformeln, wie: *heredem esse volo, heredem instituo, heredem facio*, waren noch in der Kaiserzeit von den Meisten verworfen. Die Juristen der Kaiserzeit sprechen aus, daß, wenn der Testator den Namen des Erben nicht genannt, ihn aber in nicht zu mißdeutender Weise bezeichnet habe, die Einsetzung gültig sein solle:[3] die *certa demonstratio* soll der Nennung des Namens gleich stehen, vorausgesetzt, daß die Kennzeichnung nicht eine beleidigende, schimpfliche für den Gekennzeichneten sei. Meines Erachtens liegt darin eine Abweichung vom alten: dem Geiste des ältern Rechts scheint es mir zu entsprechen, daß der Einzusetzende mit seinem Namen genannt werden mußte. — Daß die Erbesbestimmung ferner unmittelbar vom Testator ausgehe, daß sie nicht fremder

[1] Gai. II, 229 f. Ulp. XXIV, 15.
[2] Nov. Theod. II tit. XVI, § 8. L. 21 § 6 C. qui test. 6, 23. Gai. II, 117. Ulp. XXI.
[3] L. 9 §§ 8 u. 9, l. 59 (58) pr. D. de her. instit. 28, 5.

Willkür vom Testator überlassen werden könne, war zwar später noch Rechtens, es wird aber dabei ausdrücklich auf die Auffassung der *veteres* Bezug genommen: *satis constanter veteres decreverunt, testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere* (l. 32 pr. D. de her. inst. 28, 5). Der Erblasser kann mehrere zu Erben einsetzen und ist in der Zahl unbeschränkt. Über das Verhältnis der Miterben zu einander ist im allgemeinen schon die Rede gewesen und wird später noch darüber zu handeln sein. Es ist früher gezeigt, daß sie alle *iuris successores* sind, d. h. daß sie alle in das Subjektive des Nachlasses eintreten, daß sie sich aber einander beschränken bezüglich des Objektiven der *hereditas*. Die *hereditas* als Rechtsobjekt ist den *coheredes* gemeinschaftlich, und wie nun die körperliche Sache als Rechtsobjekt unter mehreren Miteigentümern, so ist auch die *hereditas* als Rechtsobject unter den mehreren Miterben nach ideellen Quoten geteilt. Bei der testamentarischen Beerbung steht es im Belieben des Erblassers, wie er die Quoten anordnen will. Auf die Verteilung der *hereditas* nach Quoten wandten die Römer die Vorstellung eines *as* und dessen *distributio* in *unciae* an.[1] Hier muß nun eine Auffassung als völlig irrig abgewiesen werden. Daß die Erbschaft später, im Gegensatz zur ältern konkreten Auffassung, nur von der Seite ihres abstrakten Werts aufgefaßt sei, meint Kuntze,[2] habe sogar einen technischen Ausdruck gefunden in der Vergleichung der Erbschaft mit einem *as:* im *heres ex asse* und *ex uncia* lebe nur der Gedanke an ein Geldquantum. Diese Behauptung würde er unterdrückt haben, wenn er sich vor ihrer Aufstellung den Inhalt von Mäcians *assis distributio* vergegenwärtigt hätte. Mäcian bezeichnet *assis distributionem* als *et in heredum institutione et in aliis multis necessariam,* sie greift nach ihm Platz in *rebus, pecunia numerata, pondere, mensura. As* bedeutet eine größere Einheit, *uncia* eine kleinere, welche zu einander im Verhältnis von eins zu zwölf stehen. Das Wort *as* wird für die verschiedensten Arten von Einheiten gebraucht.[3] Ideler nennt in der unten angeführten Abhandlung hauptsächlich folgende sechs Einheiten, auf die man die Vorstellung des *as* und die Duodezimalteilung angewendet findet: 1. die Einheit der Scheidemünze, 2. die zu teilende Erbschaft, 3. das Pfund, *libra,* 4. den *sextarius,* eines der gebräuchlichsten Maße für Körner und Flüssigkeiten, 5. das *iugerum,* die Einheit der Ackermaße, 6. den Fuß, die Einheit der Längenmaße. Es ist also ganz unsicher, ob die Vorstellung des *as* und dessen *distributio* vom Gelde auf die Erbschaft übertragen sei; vielleicht war sie in Anwendung auf die *hereditas* älter, als in Anwendung auf das Geld. Nach den durch die *assis distributio* gegebenen Quoten pflegten die Testatoren die Quoten der Erbeinsetzungen anzuordnen. Die römischen Juristen nehmen auf die Möglichkeit Rücksicht, daß der Testator sich bei der Verteilung der Erbschaft verrechnet, zu wenig oder zu viel verteilt habe. Die Auskunft für den Fall, daß er zu wenig verteilt hatte, ergiebt sich von selbst: die nicht verteilten Quoten accrescierten, da *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest,* den eingesetzten Erben nach Verhältnis ihrer Einsetzungsquoten.[4] Hatte aber der Testator zu viel vergeben,

[1] L. 9 §§ 8 u. 9, l. 59 (58) pr. D. de her. instit. 28, 5.

[2] Über die Erbeinsetzung auf bestimmte Nachlaßstücke (Leipziger Dekanatsprogramm 1875) 1. Abt., S. 11.

[3] Rubino, Beiträge z. Vorgeschichte Italiens S. 9. Ideler, Über die Längenmaße der Alten, in d. Abhandl. d. Berliner Ak. 1812—1813 S. 124 ff.

[4] L. 13 §§ 2 u. 3 D. de her. inst. 28, 5. § 7 I. de her. instit. 2, 14.

erschöpften bezw. überstiegen die zugewiesenen Quoten bereits das Ganze, waren dann aber noch weitere Erben ohne bestimmte Teile ernannt, so hätte wohl die Frage sich erheben können, ob nicht Nichtigkeit der Erbeinsetzungen oder einzelner Erbeinsetzungen anzunehmen sei. Hier macht sich aber die früher hervorgehobene Anschauung der Römer geltend, daß die Bestimmung über das Subjektive der *hereditas*, das *ius successionis* das Primäre der Erbeinsetzung, die Verteilung der objektiven *hereditas* das Sekundäre derselben ist. Mängel, ja Absurditäten bezüglich der Teilung können, da sie nur das sekundäre Moment der Erbeinsetzung betreffen, zurechtgerückt, und so die Erbeinsetzungen in reduzierter Weise aufrecht erhalten werden. Auf die Einzelheiten des dabei eingeschlagenen Verfahrens, welche in unseren Pandektenlehrbüchern eingehend erörtert zu sein pflegen, soll hier nicht weiter eingegangen werden. Wie aber, wenn eine *institutio ex re certa* vorliegt, d. h. jemand auf ein einzelnes oder einzelne Vermögensstücke zum *heres* eingesetzt ist? Es ist mit Recht fast allgemein angenommen, daß solche Einsetzung streng genommen einen Widerspruch in sich enthalte. Indem der Betreffende zum *heres* ernannt ist, wird er zum Eintritt in das Subjektive der *hereditas* berufen: sein Recht als *heres* muß sich auf die objektive *hereditas* im ganzen erstrecken, sofern er nicht durch andere in demselben Testament Berufene beschränkt wird. Die *hereditas* als Rechtsobjekt läßt sich aber, ebenso wie die einzelne Sache als Rechtsobjekt, nur nach Bruchteilen geteilt denken. Wie das Recht des Miteigentümers an der Sache sich nicht auf ein einzelnes körperliches Stück derselben, eine einzelne Stelle des Grundstücks beziehen kann, so kann auch das Recht des *ex heres* sich nicht auf einen einzelnen Bestandteil der Erbschaft beziehen. Kuntze[1] hat geleugnet, daß die *institutio ex re certa* nach der Auffassung der römischen Juristen etwas Vitiöses enthalte, und beruft sich dafür auf die Stellen, welche die Gültigkeit einer solchen Einsetzung aussprechen, z. B. *„valet institutio"*. *„dicebam receptum esse rerum heredem institui posse, nec esse inutilem institutionem"*.[2] Indessen gerade darin, daß besonders hervorgehoben wird, eine solche Einsetzung sei gültig, sie sei nicht *inutilis*, es sei angenommen, daß Erben auf einzelne Sachen eingesetzt werden könnten, tritt es hervor, daß solche Einsetzung etwas in sich habe, weshalb ihre Gültigkeit etwa angezweifelt werden könne. Fällt es denn einem römischen Juristen jemals ein, zu versichern, daß eine Einsetzung auf eine Quote der Erbschaft gültig sei? Auch sagt ja Scaevola in l. 19 D. de lib. instit. 28, 2 in der Begründung der Ungültigkeit einer *exheredatio certae rei: aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non essent adiuvandae.* Kuntze will in dieser für seine Auffassung sehr unbequemen Stelle nur den Gegensatz ausgedrückt finden, daß *exheredationes* einem *odium* unterlägen, *institutiones* dagegen nicht. Wer aber von einer Einsetzung sagt, daß sie *benigne accipitur*, sagt damit entschieden mehr, als daß sie keinem *odium* unterliege. Überall wird mit dem Ausdruck *benignus, benigne* eine milde Auffassung oder Auslegung bezeichnet, im Gegensatz zu welcher eine mögliche strengere gedacht ist, nach welcher der Rechtsakt nicht gültig sein, der Anspruch nicht stattfinden würde. Dazu kommt nun noch ein Reskript Gordians im Codex Gregorianus (Krueger, Collectio lib. iur. anteiust. III, p. 229) VIII de familiae herciscundae et communi dividundo 1, 1: *Ex re certa heredem institutum sic haberi, ac si sine eius rei commemoratione heres insti-*

[1] A. a. O. S. 26 ff. [2] L. 1 § 4, l. 35 D. de her. instit. 28, 5.

tutus fuisset, sane officio familiae herciscundae iudicis convenire, ut non plus emolumenti consequatur, quam aliquis esset habiturus, ac si ex re certa heres institui potuisset, in dubium non venit. Hier ist wahrlich deutlich genug kundgegeben, daß eine *heredis institutio ex re certa* streng genommen ungültig wäre, aber aufrecht erhalten werde. Zur Aufrechterhaltung konnte man geneigt sein, da sich der Mangel der *heredis institutio ex re certa* doch auch nur auf das sekundäre Moment der Erbeinsetzung, die Verteilung der Erbschaft, bezieht. Seit wann sie aufrecht erhalten ist, wissen wir nicht. Meines Erachtens geht die Aufrechterhaltung in republikanische Zeiten zurück. Aus l. 9 § 13 D. de her. inst. 25, 5 wissen wir, daß Sabinus solche Institution *detracta fundi mentione* aufrecht erhielt. Ihn darum für den Urheber dieser Aufrechterhaltung anzusehen, liegt kein ausreichender Grund vor. Er hat wohl nur, was von der *institutio ex re certa* bereits angenommen war, auf den Fall angewandt, in welchem mehrere auf verschiedene Quoten derselben Sache eingesetzt waren (vgl. l. 10 D. eod. tit.). Für diesen Fall scheint von anderer Seite die Ansicht aufgetaucht zu sein, daß man die betreffenden Personen zu denselben Quoten, zu welchen sie auf die Sache eingesetzt waren, auch zu der Erbschaft berufen ansehen solle. Dem gegenüber wird die Ansicht des Sabinus als *expeditior, expeditissima* bezeichnet. Von Neuner[1] wird Aquilius Gallus als ein solcher angeführt, welcher sich nach l. 75 (74) D. de her. inst. 28, 5 für die Aufrechterhaltung der *institutio ex re certa* ausgesprochen habe. In dieser Stelle ist aber von der *heredis institutio excepta re certa* die Rede. Daß diese nicht als eine *institutio ex re certa* aufzufassen sei, hat namentlich Mandry[2] überzeugend gezeigt. Aber auch die *institutio excepta re certa* enthielt einen Widerspruch in sich. Soll sich das Recht des Erben auf das Ganze der *hereditas* erstrecken, so kann er nicht zugleich durch die Erbeinsetzung von einer einzelnen zu diesem Ganzen gehörigen Sache ausgeschlossen werden. Man kann sich dagegen nicht auf das Vindikationslegat berufen, denn wenn auch die legierte Sache im Moment der Erbantretung ins Eigentum des Legatars übergeht, ohne je in das Eigentum des Erben gekommen zu sein, so wird sie doch immer *ab herede* legiert, auf Kosten des *heres* legiert, womit eben gesagt ist, daß die Sache aus der Erbschaft vom Testator gegeben ist, daß also das Recht des Erben ohne das Legat sich auch auf diese Sache erstreckt haben würde. Auch bei der Berufung *excepta re* erschien aber die Berufung zum *heres* als das überwiegende Moment der Einsetzung, und die damit verbundene auf einen Bestandteil der objektiven *hereditas* sich beziehende Bestimmung als das Sekundäre; auch hier soll die Erbeinsetzung aufrecht erhalten werden, *atque si sine ea re heres institutus esset,* als wenn sie ohne jenen Zusatz angeordnet wäre. Nach der bestimmten Angabe des Licinnius Rufinus ist diese Behandlung der Einsetzung *excepta re* auf die Auktorität des Aquilius Gallus hin geschehen *(idque auctoritate Galli Aquilii factum est).* Hier dürfen wir annehmen, daß Aquilius Gallus der erste war, der die Aufrechterhaltung solcher Einsetzung verfocht. Wird nun die Aufrechterhaltung der *institutio ex re certa* als damals schon anerkannt anzusehen sein? Meines Erachtens ja: es wird die Erbeinsetzung auf einzelne Sachen oder Sachkomplexe häufiger und wohl früher vorgekommen sein, als die *institutio excepta re.* Der Mangel bei beiden Erbeinsetzunzen ist aber ein ganz ähnlicher, und so können wir mit geringer Modifikation Neuner beistimmen, daß Aquilius den allgemeinen Gedanken, vermöge

[1] D. *heredis institutio ex re certa.* Giessen 1853. [2] Archiv f. civil. Pr. Bd. LI, S. 83 ff.

dessen die Aufrechterhaltung der *institutio ex certa re* bereits angenommen war, auf die *institutio excepta re* anwandte und durchsetzte. — Sehen wir nun näher zu, wie die *institutio ex certa re* aufrechterhalten wurde, so müssen wir für die republikanische Zeit und den Anfang der Kaiserzeit natürlich absehen von jedem Einfluß, den die Ausbildung der Fideikommißtheorie auf die Wirkungen dieser Einsetzung später erlangt hat. Wenn gesagt wird, unsere *institutio* sei aufrechterhalten *detracta rei mentione*, so heißt das zunächst: der so Eingesetzte wurde als wirklich zur Erbfolge Berufener betrachtet, mußte also, wenn er ein *extraneus* war, antreten, und konsequenterweise müssen wir wohl annehmen, daß er Dritten (Erbschaftsgläubigern und -Schuldnern) gegenüber wie ein *sine parte* eingesetzter *heres* behandelt wurde. Fand sich neben der *institutio ex re certa* keine andere Einsetzung, so bekam der *ex re certa* Instituierte alles, und die Beschränkung auf die *res certa* erlangte gar keine Bedeutung. Fanden sich aber daneben Einsetzungen anderer auf Quoten, so bekam der *heres ex re certa* das nach Abziehung jener Quoten vom *as* Übrigbleibende; erschöpften die Quoten schon den *as*, so mußte eine Reduktion derselben in der gewöhnlichen Weise stattfinden, und so eine Quote für den *heres ex re certa* ermittelt werden. Waren mehrere nebeneinander, aber jeder nur *ex certa re* instituiert, so galten sie als *sine partibus instituti*, also als Erben zu gleichen Teilen. Nun fragt sich aber, ob beim Vorhandensein von Quotenerben neben dem *ex certa re* Instituierten, oder bei dem Nebeneinanderstehen von mehreren *ex re instituti* die Anordnung des Testators in Bezug auf die einzelne Sache aufrecht erhalten werden konnte? In der *institutio ex re certa* war, wenn andere Erben daneben zu Quoten eingesetzt waren, der Wille ausgesprochen, daß der so eingesetzte Erbe sich mit der bestimmten Sache begnügen solle, und dieser Wille konnte im *iudicium familiae erciscundae* durch den Teilungsrichter zur Ausführung gebracht werden. Es war kein Legat, auch kein Präzeptionslegat, welches hier zur Ausführung zu bringen war, sondern eine Vorschrift des Erblassers bezüglich der Teilung. So faßte es ja auch Ulpian auf in l. 35 pr. D. de hered. instit. 28, 5: *nec esse inutilem institutionem, sed ita, ut officio iudicis familiae erciscundae cognoscentis contineatur non amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex qua heres scriptus est, consequi*, womit ganz übereinstimmen die Worte in dem früher angeführten Reskripte Gordians: — *sane officio familiae herciscundae iudicis convenire, ut non plus emolumenti consequatur, quam aliquis esset habiturus, ac si ex re certa institui potuisset.* Diese Sache, die ja nur zu der für ihn anzunehmenden Erbquote in seinem Miteigentum stand, war ihm also durch den Teilungsrichter zu adjudizieren, dagegen seine Anteilsrechte an den übrigen Sachen und Forderungen auf die anderen Quotenerben zu übertragen, bezw. diesen auch die Erbschaftsschulden allein zu attribuieren. Waren Mehrere nebeneinander je auf eine *certa res* instituiert, so galten sie als Erben zu gleichen Teilen, die betreffenden Sachen waren ihnen aber nach der Teilungsbestimmung des Erblassers ausschließlich zu adjudizieren, ohne daß auch hier ein eigentliches Präzeptionslegat anzunehmen wäre. Die Eigenschaft des *heres ex re certa* als *heres* kann sich aber doch immer in Bezug auf die ihm zugewiesene Sache geltend machen: sind die Erbschaftsschulden so bedeutend, daß die übrigen Aktiva der Erbschaft zur Bezahlung derselben nicht ausreichen, so kann auch die Sache, auf welche jener *heres* eingesetzt ist, zur Deckung derselben herangezogen werden (das ist der Sinn der Worte von l. 35 § 1 D. de her. instit. 28, 5: — *quare si forte tantum aes alienum*

sit, ut nihil detracto eo superesse possit, consequenter dicemus institutiones istas ex re factas nullius esse momenti). Wenn der *heres ex re certa institutus* nicht so viel von dieser Sache bekommt, als die Quart des für ihn anzunehmenden Erbteils beträgt, so fragt sich, ob er auf die Vervollständigung der Quart Anspruch habe? Sind neben dem *heres ex re certa* nur Erben auf Quoten ernannt, so kann meines Erachtens von einem Abziehen der Quart diesen gegenüber nicht die Rede sein, denn es ist kein Legat oder etwas Legatähnliches, wodurch hier der *heres ex re certa* benachteiligt ist. Anders ist es, wenn verschiedene *heredes ex re certa* oder *ex rebus certis* nebeneinander eingesetzt sind, und die Sache, worauf der eine eingesetzt ist, einen bedeutenden Wert hat, während der andere in der ihm zugewiesenen wenig wertvollen Sache und dem, was er sonst etwa erhält, nicht einmal die Quart seines Erbteils hat. Hier sagten die römischen Juristen, daß, wenn auch dem andern *heres ex re certa* die ihm zugewiesene Sache nicht vermöge eines eigentlichen Präzeptionslegats zufiele, er sie doch *vice praeceptionis* habe (l. 35 § 1: — *fundos enim vice praeceptionis accipiendos)* und daher mit dem, was er so habe, dem Abzug der *Quarta Falcidia* unterliege *(et si forte Falcidia interveniens recisionem esset legatorum factura, sic officio iudicis recidit praeceptiones istas, ut non plus quisque eorum habeat, quam esset habiturus, si legatum accepisset vel aliud vel etiam praeceptiones.* Auch die l. 79 (78) D. h. t. erwähnt den Anspruch des *heres ex re certa* auf Abzug der *Quarta Falcidia* nur bei der Besprechung des Falls, in welchem der eine Erbe auf die *bona materna,* welche der Testator *in Pannonia possidebat,* der andere auf die *bona paterna,* welche er *in Syria* besaß, jeder also auf *certae res* eingesetzt war. Natürlich wird er jenen Anspruch auch gehabt haben, wenn zwar keine andere *institutio ex re certa,* aber Legate angeordnet waren, welche dem Abzug der Quart unterliegen konnten. —

Was die sogenannten Nebenbestimmungen bei Erbeinsetzungen betrifft, so konnten solche sehr wohl unter einer Suspensivbedingung angeordnet werden. Daß diese hier zugelassen wurde, ist sehr verständlich. Das Testament, insbesondere die Erbeinsetzung, ist nicht auf sofortige, sondern auf eine vielleicht weit in der Zukunft liegende Wirkung gerichtet. Wie diese Zukunft sich gestalten werde, kann der Erblasser nicht voraussehen, er mag aber vielleicht eine Erbeinsetzung nur für eine gewisse Gestaltung der Verhältnisse in der Zukunft wollen. Es ist zweckmäßig, ihm zu gestatten, eine Erbeinsetzung von dem Eintritt oder Nichteintritt eines Ereignisses in der Zukunft abhängig zu machen. Anders steht es mit den Zeitbestimmungen und der sogenannten Resolutivbedingung. Zunächst ein *dies a quo* konnte der Erbeinsetzung nicht beigefügt werden. Es ist sehr wohl möglich, daß jemand erst lange Zeit nach dem Tode des Erblassers Erbe desselben wird, aber wann immer er es wird, so liegt im Begriff des Erben, im Inhalt der Erbenstellung, daß er vermittelst der *hereditas,* welche auch als Subjektives vom Moment des Todes beginnt, in die zu derselben gehörigen Rechte und Verpflichtungen eintritt. Insofern er in das Subjektive der *hereditas* eingetreten ist, wird es so angesehen, als sei er vermittelst ihrer schon vom Moment des Todes Subjekt der zu ihr gehörigen Rechte und Verpflichtungen gewesen. Aber auch *dies ad quem* und Resolutivbedingung sind bei einer Erbeinsetzung nicht zulässig, denn wer einmal entschieden Erbe geworden ist, der muß es auch bleiben. Könnte er aufhören es zu sein, so müßte entweder von dem Moment, wo er aufhörte es zu sein, ein anderer als *heres* eintreten, oder es müßte Erblosigkeit des Nachlasses eintreten.

Beides aber: Erbesein oder Erblosigkeit muß sich unmittelbar an den Tod des Vermögensinhabers anschließen. Eine kürzere oder längere Zeit der Unentschiedenheit ist denkbar; endlich aber muß es sich entscheiden, ob der vom Verstorbenen herrührende Interessenkreis verwaist ist, oder ob eine oder mehrere Personen an die Stelle treten, an welcher der Verstorbene gestanden, und das eine oder andere wird dann vom Moment des Todes angenommen. Soll nun das Fehlerhafte, welches in der Einsetzung *ex die* oder *ad diem* bezw. mit Resolutivbedingung liegt, die Einsetzung nichtig machen? Da sich der Fehler nicht etwa bloß auf die Verteilung der objektiven *hereditas,* sondern unmittelbar auf das Eintreten in das Subjektive derselben bezieht, so hätte man wohl dahin gelangen können, solche Einsetzung für nichtig zu erklären. Bei Geschäften unter Lebenden, in welche durch die Hinzufügung von *condicio* oder *dies* etwas Widerspruchsvolles hineinkommen würde, ist die Auffassung der Römer strenger: sie betrachten das Geschäft, falls ein solcher Zusatz gemacht ist, als nichtig. Bei Erbeinsetzungen führt der für sie sprechende *favor* zu einem andern Resultat. die Einsetzung wird, unter Streichung des fehlerhaften Zusatzes, aufrechterhalten: *Hereditas ad diem vel ex die non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio* (l. 34 D. de her. inst. 28, 5). Vgl. l. 89 (88) D. eod. tit.

Auf das dogmatische Detail der Lehre von den Bedingungen bei Erbeseinsetzungen einzugehen, ist nicht die Aufgabe dieser Darstellung. Doch muß hier noch eine Frage von historischem Interesse erörtert werden. War jemandem unter einer *conditio non faciendi,* einer negativen Potestativbedingung etwas hinterlassen, so konnte, streng genommen, die Bedingung erst als erfüllt angesehen werden, wenn das vom Erblasser untersagte Thun unmöglich geworden war. also regelmäßig erst im Moment des Todes des Honorierten. Bei solcher strengen Auffassung der Bedingung konnte also jedenfalls der bedingt Bedachte selbst nie in den Genuß des ihm Hinterlassenen kommen. Gerade bei den Bedingungen letztwilliger Hinterlassungen klebte man nicht an den Worten, es brach sich schon in republikanischer Zeit die Auffassung Bahn, *in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oportere.*[1] Hatte also der Testator die negative Potestativbedingung einer letztwilligen Freilassung wirklich in der Absicht beigefügt, den Sklaven nie frei werden zu lassen, so hielt man daran fest. daß solche Bedingung erst im Moment des Todes des Sklaven eintreten könne. die *manumissio* also *nullius momenti* sei (l. 61 D. de manumissis test. 40, 4). Im allgemeinen aber mußte man sich sagen, es entspreche nicht dem Willen des Testators, den, welchem er unter einer Bedingung, etwas nicht zu thun, etwas zugewandt hatte, nie in den Genuß des ihm Hinterlassenen kommen zu lassen, sondern es entspreche der Absicht des Testators nur, daß Sicherheit dafür vorliege, es werde nicht gegen seinen Willen gehandelt werden. Man war also darauf hingewiesen, ein Auskunftsmittel zu finden, welches gleichmäßig diesen beiden Momenten der Absicht des Erblassers gerecht werde. Dieses *remedium* fand Q. Mucius Scaevola in der nach ihm benannten Kaution. Die hier vom historischen Gesichtspunkte vorzugsweise interessierende Frage ist: was war die Wirkung der Leistung der *cautio Muciana?* Nach der vorherrschenden Auffassung derselben muß sie eine civilrechtliche Wirkung gehabt haben, wie Windscheid[2] dies direkt ausspricht. Die Leistung der *cautio* wird als vollständige Erfüllung der Bedingung betrachtet, so daß nun der be-

[1] L. 101 pr. D. de cond. 35, 1. [2] Lehrb. d. Pandekten III[6], § 554, A. 7.

dingt Eingesetzte antreten und die *hereditas* erwerben könne. Ganz konsequent wird dann die dennoch nachfolgende Zuwiderhandlung bei Vermächtnissen nicht als Rückgängigmachung des Vermächtnisses, sondern nur als Verwirkung des Versprechens erklärt, und ebenso soll bei Erbeinsetzungen die Zuwiderhandlung nicht mehr die Bedeutung einer Deficienz der Erbeinsetzungsbedingung, sondern die der Verwirkung der Kautionsstipulation haben. Für diese Auffassung scheinen auch einige Quellenstellen zu sprechen. So heißt es in l. 4 § 1 D. de cond. instit. 28, 7: *Idem Iulianus scribit, eum qui ita heres institutus est, si servum hereditarium non alienaverit, caventem coheredi implere conditionem,* und in l. 7 § 1 D. de cond. et dem. 35, 1: *Unde si uxor maritum suum, cui dotem promiserat, ita heredem scripserit ex parte: si dotem, quam ei promisi, neque petierit neque exegerit, denuntiare eum posse coheredi paratum se accepto facere dotem vel cavere et ita adire posse hereditatem.* Es ist jedoch in Bezug auf diese letzte Stelle gleich darauf aufmerksam zu machen, daß der bedingt eingesetzte Mann durch Befreiung des *coheres* vermittelst *acceptilatio* die Bedingung wirklich erfüllen kann, daß also, wenn er sich dem *coheres* gegenüber zu dieser *acceptilatio* bereit erklärt, und derselbe seine Mitwirkung zur Vornahme der *acceptilatio* nicht eintreten läßt, die Schuld der Nichterfüllung der Bedingung an diesem liegt, und demgemäß dieselbe als erfüllt anzusehen ist. Daß also dann der Mann zum *adire hereditatem* für befugt erklärt wird, läßt auf andere Fälle keinen Schluß zu. Es giebt nun anderes, was an der civilrechtlichen Wirkung der *cautio Muciana* zweifeln läßt. Besonders Bedenken erregend ist die Stelle aus dem 10. Buch des Gaianischen Kommentars zum *edictum provinciale,* nämlich l. 18 D. de cond. et dem. 35, 1: *Is, cui sub condicione non faciendi aliquid relictum est, ei scilicet cavere debet Muciana cautione, ad quem iure civili, deficiente conditione, hoc legatum eave hereditas pertinere potest.* Brinz[1] überträgt dies so: es muß die Kaution an den errichtet werden, der das Vermächtnis bei fehlschlagender Bedingung behielte oder erwärbe, so, wie wenn in der Stelle stünde: *ad quem iure civili deficiente conditione id legatum eave hereditas pertineret,* wie Brinz in der That den Wortlaut der Stelle angiebt, während es in Wahrheit heißt: *id legatum eave hereditas pertinere potest.* Unwillkürlich hat er von seiner vorgefaßten Meinung aus die Stelle so geändert, wie sie derselben entsprechend lauten müßte.

Die Stelle nimmt also bei späterer Zuwiderhandlung wirkliche Deficienz an, bezw. daß im Fall der Deficienz das Legat oder die *hereditas* nach Civilrecht anderen Personen zufallen könne. Auch die speziell von unter einer *conditio non faciendi* hinterlassenen Legaten redenden Stellen drücken sich nicht so aus, als ob durch die Leistung der *Muciana cautio* das Eigentum der vermachten Sache *ipso iure* an den Kaventen falle. Vielmehr sagt l. 73 D. h. t.: — *heres cautionem a Titio accepit et fundum ei dedit;* und l. 67 D. eod. tit.: *satisdatione interposita accipere ab herede legatum poterit.* Diese Ausdrücke lassen sehr wohl die Annahme zu, daß das Eigentum der bedingt vermachten Sache mit Leistung der *cautio Muciana* nicht *ipso iure* an den Legatar falle, sondern durch den Erben ihm übertragen werden muß. Endlich ist zu erwägen, daß die *cautio Muciana* mehrmals als ein *exemplum, remedium*[2] bezeichnet, daß von einer *utilitas cautionis*[3] gesprochen wird, welche Ausdrücke eher auf eine prätorische, als eine civilrechtliche Behandlung der Sache schließen lassen.

[1] Lehrb. d. Pandekten III, 1[2], § 427, S. 410.
[2] L. 7 pr., l. 72 § 2, l. 77 § 2, l. 79 § 3 D. de cond. 35, 1. [3] L. 7 pr. cit.

Man muß also der Äußerung von Arndts[1] zustimmen: Es konnte nur eine Erwerbung der Erbschaft nach prätorischer Weise sein, welche durch die Kautionsleistung dem Erben möglich gemacht wurde, es mußte *bonorum possessio secundum tabulas* sein, aber nicht, wie dieser weiter behauptet, in derselben Art, wie sie jeder bedingt Eingesetzte während des Schwebens der Bedingung erlangen konnte. Die letztere nämlich ist nicht, wie Brinz meint, ohne Ende gegeben, sie ist von Anfang an nur unter der Voraussetzung erteilt, daß die Bedingung eintreten werde: für den Fall der Deficienz der Bedingung ist sie nicht etwa *sine re,* wie Brinz meint, sondern *non data.* Der Prätor gewährt dann dem bedingt Eingesetzten nicht weiter die zum Schutz der *bonorum possessio* bestimmten Rechtsmittel, es müßte denn sein, daß er auch im Fall der Deficienz der Bedingung eine *bonorum possessio* aus anderem Grunde begehren könnte (vgl. z. B. l. 5 pr. D. de b. p. sec. tab. 37, 11). Auch die Kaution, welche von solchem verlangt werden kann, braucht nur *in diem,* bis zu einem vom Prätor zu bestimmenden Termin geleistet zu werden. Das von Q. Mucius Scaevola befürwortete und vielleicht von ihm als Prätor zuerst angewandte Verfahren scheint mir so aufgefaßt werden zu müssen: in der Leistung der Kaution an denjenigen, welchem im Fall der Deficienz der *conditio non faciendi* die *hereditas* deferiert werden würde, wird vom Prätor (nicht vom Civilrecht) eine Erfüllung gesehen und daher eine definitive *bonorum possessio* erteilt. Im Fall einer dennoch eintretenden Zuwiderhandlung ist die Bedingung dann nach Civilrecht vereitelt, die *bonorum possessio* gilt zwar nicht als *non data,* kann aber durch Anstellung der *hereditatis petitio* von seiten des dann berufenen Erben zur *sine re* gemacht werden. Neben der *hereditatis petitio* steht jenem Erben auch die Klage aus der ihm geleisteten *Muciana cautio* zu. Mehr Bedenken erregt es, ob auch im Fall eines Legats unter einer *conditio non faciendi,* falls bei dennoch erfolgender Zuwiderhandlung die Bedingung nach Civilrecht vereitelt ist, die dem Legatar nach Stellung der *Muciana cautio* zu Eigentum übertragene Sache *ipso iure* an den, welchem die Kaution bestellt ist, falle, oder ob dieser auf die Klage aus der Kaution beschränkt sei. Nach Nov. 22 c. 44 § 6: *statim vero atque secundas nuptias inierit, ab eo, qui dedit, id vindicetur, apud quamcunque personam exstiterit, quasi ab initio ne quidem datum esse videatur* ist *ipso iure* Rückfall des Eigentums anzunehmen. Daß hier nur neuestes Recht ausgesprochen sei, ist unwahrscheinlich, wenn man sich die Worte des Gaius in l. 18 D. de cond. 35, 1 vergegenwärtigt: — *ei scilicet cavere debet Muciana cautione, ad quem iure civili, deficiente cautione, hoc legatum — pertinere potest.*

Unter den Begriff der bedingten Erbeinsetzung fällt auch die Substitution: die Einsetzung eines *secundus, tertius* etc. *heres* unter der Bedingung, daß der zuvor Ernannte nicht Erbe werde. Legte ein Erblasser Gewicht darauf, aus einem Testament beerbt zu werden, so handelte er nur vorsichtig, wenn er mehrere Grade der Einsetzungen machte, denn die *instituti,* die im ersten Grade eingesetzten, konnten alle wegfallen, ohne die Erbschaft zu erwerben, welchen Falles das Testament ohne Substitutionen als *destitutum* zusammengefallen sein würde. Daß man nicht etwa bei der Anordnung eines zweiten Grades stehen blieb, sondern auch *tertio, quarto gradu* Substitutionen verfügte, zeigt das Testament des Dasumius. Jeder Erbeinsetzung wurden gleich die für dieselbe bestimmten Substitutionen angefügt, wie dies auch aus dem Testament des

[1] Gesammelte civil. Schrift. II, S. 153.

Dasumius hervorgeht. Die Substitutionen standen, wie wir aus Gai. II, 174 sqq. und Ulp. XXII, 33 sqq. ersehen, häufig, und in alter Zeit wohl durchgängig, mit der für die vorher eingesetzten Erben angeordneten *cretio* in Verbindung, der *secundus heres* wurde eingesetzt unter der Bedingung, daß der vorher Ernannte nicht in der bestimmten Frist die *cretio* vorgenommen haben werde. Solange also die Kretionsfrist noch lief, war die Bedingung der Substitution noch nicht eingetreten. Vereitelt war sie, wenn binnen der Frist die *cretio* gehörig vorgenommen war; eingetreten war sie, wenn die *cretio* binnen dieser Frist nicht vorgenommen war, einerlei, ob die Nichtvornahme der *cretio* auf dem Nichtwollen oder Nichtkönnen des *instituitus* beruhte. Es kann aber auch eine Substitution angeordnet werden, ohne sie mit der Anordnung einer *cretio* für den vorher Eingesetzten in Verbindung zu bringen. Wie er dann die Bedingung der Substitution fassen wolle, ist Sache des Testators. Er kann die Bedingung schlechtin auf das *si heres non erit* stellen, so daß darin sowohl der Fall des Nichterbewerdenwollens als der des Nichterbewerdenkönnens eingeschlossen ist. Er kann aber auch die Bedingung enger fassen, sie nur auf das Nichterbewerdenkönnen oder Nichterbewerdenwollen verstellen oder noch beschränkter fassen. Möglicherweise kann sein Ausdruck, verglichen mit seinem Willen, zu eng gefaßt sein, die Interpretation kann also berechtigt sein, die Bedingung trotz der engeren Worte im weitern Sinne zu nehmen. Ob aber stets zu präsumieren sei, der Erblasser habe für beide Fälle substituieren wollen, auch wenn er nur den einen genannt hat, scheint mir doch zweifelhaft. Einer der Verteidiger dieser Präsumtion[1] sagt, es liege darin in der Regel nur eine unvollkommene Redaktion und keineswegs die Absicht, die Substitution auf den allein ausgedrückten Fall zu beschränken, für welche Absicht es meist an einem rationellen Grunde fehlen würde. Ist denn aber der Testator genötigt, rationelle Gründe seiner Bestimmungen anzugeben? Was giebt denn die Sicherheit, daß er keinen für ihn ausreichenden Grund für seine Beschränkung gehabt hat? Haben wir gar keinen weitern Anhalt für die Ermittelung seines Willens, als seine Worte, so werden wir uns doch wohl an die durch dieselben gebotene Beschränkung halten müssen.

Neben der bisher besprochenen Substitution, welche von den römischen Juristen als die *vulgaris* bezeichnet wird, giebt es schon früh eine andere, zu welcher ein römischer Bürger bezüglich der in seiner Gewalt stehenden *impuberes* befugt war. Nicht bloß für den Fall, daß der im Testament eingesetzte *impubes* sein, des Gewalthabers, Erbe nicht wird, sondern weiter für den Fall, daß dieser *impubes* nach ihm vor erreichter *pubertas* sterben sollte, kann der Gewalthaber einen *secundus heres* ernennen.[2] Wurde dieser Pupillarsubstitut zum Erben des Vaters oder zum Erben des Kindes eingesetzt? Meines Erachtens wurde er nach der ursprünglichen Auffassung zum *secundus heres* des Vaters, nicht zum Erben des Kindes eingesetzt, und die andere Auffassung, daß er zum Erben des Kindes eingesetzt bezw. Erbe des Kindes werde, ist die spätere, welche so an die Stelle der ältern getreten ist, daß sie keineswegs alle Nachwirkungen der ältern in den für die Pupillarsubstitution geltenden Rechtssätzen verdrängt hat. Man hat gesagt, jene ältere Auffassung habe sich deshalb nicht halten lassen, weil sie in Widerspruch mit der Regel *semel heres semper heres* gestanden habe, wenn das Kind seinen Vater beerbt hätte und in den Jahren der Unmündigkeit verstorben wäre. Ein solcher Widerspruch hätte nur vorgelegen, wenn

[1] Dernburg, Pandekten III[3], § 88, S. 169.

[2] L. 1 § 1, l. 3 § 5 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6. px. I. de pup. s. 2, 16 u. a. St.

man sich den Pupillarsubstituten als Erben des Vaters erst von dem Moment, in welchem das Kind nach dem Vater starb, gedacht hätte. Da aber der Satz *semel heres semper heres* gewiß schon bei dem Aufkommen der Pupillarsubstitution existierte, so kann man das Verhältnis in jener Weise nicht konstruiert haben. Man muß davon ausgehen, daß nach der Auffassung der alten Römer die Rechtsfähigkeit eines Pupillen noch eine unvollkommene, unentwickelte war. Daß er noch kein Testament errichten konnte, wurde damals wohl nicht als ein bloßer Mangel der Handlungsfähigkeit, sondern als etwas ihm noch an der vollen Rechtsfähigkeit Mangelndes betrachtet. So konnte er denn nach dem Tode des Vaters während der Zeit der Impubertät noch gar nicht als voller Herr der vom Vater hinterlassenen Erbschaft angesehen werden. Mit Rücksicht darauf ist gewohnheitsrechtlich dem Gewalthaber das Recht zugestanden, sich selbst noch für den Fall, daß der betreffende *suus* nach ihm vor erreichter *pubertas* sterben sollte, einen *secundus heres* zu ernennen. Stirbt ener nach dem Vater vor erreichter *pubertas*, so soll es so angesehen werden, als sei er nicht Erbe geworden. Bis zur Entscheidung, also bis zur erreichten Pubertät des *suus* oder dem Tod desselben vor erreichter Pubertät, liegt also ein Zustand der Ungewißheit vor. Diese Annahme nötigt keineswegs, wie Pietak[1] behauptet, zu der Konsequenz, daß beim Tode des *suus* vor erreichter Pubertät alle vom Tutor desselben vorgenommenen Geschäfte rückgängig gemacht werden müßten. Es kommt ja vor, daß, wenn das praktische Bedürfnis es verlangt, während einer Pendenz die eine der möglichen Alternativen als die prävalierende angesehen und demgemäß es vorläufig so angesehen wird, als sei die Entscheidung schon zu ihren Gunsten eingetreten.[2] Vorläufig wird der Pupill als Erbe angesehen, und es bleiben demnach die vom Tutor oder unter *auctoritas* desselben vorgenommenen Geschäfte gültig, auch wenn der *secundus heres* eintritt. Daß der Pupillarsubstitut ursprünglich zum *secundus heres* des Vaters eingesetzt wurde, spricht sich recht deutlich in den Ausdrücken: *heredis substitutio duplex, in alterum casum substituere, in utrumque casum s.* aus, denn richtig sind diese Ausdrücke nur, wenn in dem einen und dem andern Falle der Substitut zum *heres* des Vaters ernannt wird. Nicht aber scheint mir die spätere Fassung der *substitutio duplex: si filius meus heres mihi non erit, sive heres erit et intra pubertatem decesserit* die ursprüngliche gewesen zu sein. Die ursprüngliche Fassung wird der Auffassung, daß der Pupill im Fall seines Sterbens *intra pubertatem* gar nicht Erbe geworden sei, adäquater gewesen sein. Schon Keller[3] hat darauf aufmerksam gemacht, daß früher dem *necessarius heres* lieber, als in der Form *si heres non erit*, durch die Worte *si vivo me morietur* substituiert zu sein scheine, Wurde in dieser Weise der *primus casus* bezeichnet, so wird sich der *secundus casus* nicht mit *sive heres erit* etc., sondern etwa mit den Worten: *sive post me prius morietur, quam in suam tutelam venerit* angeschlossen haben. Solche Wortfassung lief dem Gedanken nicht zuwider. daß der Pupillarsubstitut in beiden Fällen Erbe des testierenden Vaters werden sollte. — Daß die Pupillarsubstitution erst in den letzten Zeiten der Republik aufgekommen sei, wie Dernburg[4] meint, halte ich für unrichtig. Sie setzt in ihrer ursprünglichen Bedeutung eine Auffassung der Rechtsfähigkeit der *impuberes* voraus, wie sie jenen Zeiten nicht mehr entsprach. Zu Ciceros Zeiten macht sich

[1] Archiv f. civ. Pr. Bd. LVIII, S. 383. [2] Vgl. Karlowa, Das Rechtsgeschäft S. 15 f.
[3] Institut. S. 267. [4] Pandekten III[3], § 89, S. 170.

schon eine andere Auffassung der Pupillarsubstitution geltend, die in einen Kampf mit der alten trat. Die Zeit des Übergangs von der alten zu der neuen Auffassung erkennt man deutlich aus einer sehr interessanten Stelle Ciceros, de invent. II, 21. Man beraubt sich eines sehr wertvollen geschichtlichen Zeugnisses, wenn man, wie Baron[1] und Pietak,[2] diese Stelle mit der durch nichts gerechtfertigten Behauptung beseitigt, sie überliefere nicht geschichtliches Recht, sondern habe es, wie mit einem fingierten Prozeß, so auch nicht mit Ansichten und Gegenansichten von Juristen, sondern bloß fingierten Behauptungen der Parteien zu thun. Cicero will zeigen, daß *in ipso negotio* eine *iuris civilis controversia implicita* sein könne, und wählt als Beispiel eine Pupillarsubstitution, welche durch den vor erreichter Pubertät erfolgten Tod des zum Erben instituierten Pupillen in Wirksamkeit getreten ist. Zwischen den Pupillarsubstituten und den Agnaten des Pupillen erhebt sich ein Streit über eine nach dem Tode des Erblassers von dem Pupillen von anderer Seite her erworbene Erbschaft. Die *possessio* dieser Erbschaft haben die *heredes secundi,* die Agnaten des verstorbenen Pupillen klagen auf Herausgabe. Daß Cicero hier einen einzelnen bestimmten Prozeß vor Augen gehabt habe, braucht man nicht anzunehmen. Es war ein Streitfall, wie er im damaligen römischen Leben nicht selten vorgekommen sein wird. Cicero fingiert also keinen Prozeß, sondern hatte sehr reale, mehrfach vorgekommene Rechtsstreite der Art vor Augen. Auch die einander gegenübergestellten juristischen Auffassungen geben uns ein Bild der damals unter den Juristen über das Wesen der Pupillarsubstitution obschwebenden Gegensätze. Nach der einen Auffassung macht der Vater nur für sich ein Testament und ernennt in dem Pupillarsubstituten einen *secundus heres* für sich selbst, nach der andern macht er für sich und für den Sohn ein Testament und ernennt in dem Pupillarsubstituten einen Erben des Pupillen. Was die Veranlassung zu dem Aufkommen dieser zweiten Auffassung war, ist deutlich aus den einander gegenübergestellten Behauptungen und Gründen zu erkennen. Man stieß sich daran, daß vom Pupillarsubstituten, falls er Erbe des Vaters sei, das vom Pupillen nach dem Tode des Vaters Erworbene, welches nie dem Vater gehört hatte, als zu des Vaters Erbschaft gehörig erworben werden könne. Es scheint nun eine Ansicht aufgetaucht zu sein, nach dem Tode des Pupillen zwei *pecuniae* anzunehmen: die vom Vater des Pupillen herrührende und die *pecunia adventicia,* das von anderer Seite erworbene Vermögen. Diese Auffassung sah den Pupillarsubstituten zwar als Erben des Vaters an, aber nur bezüglich des vom Vater herrührenden Vermögens, die *pecunia adventicia* dagegen sei die Erbschaft des Pupillen, worüber der Vater nicht habe testieren können. Indessen fand es wohl keinen allgemeinen Anklang, das in der Person des Pupillen vereinigte Vermögen als zwei verschiedene *pecuniae* anzusehen, welche aus verschiedenen Gründen vererbt werden könnten. Die alte Auffassung hatte das nach dem Tode des Vaters vom Pupillen erworbene Vermögen im Fall des Todes des letztern vor erreichter *pubertas* wohl unbefangen als ein *augmentum* der *hereditas* des Vaters angesehen. Je mehr man aber den Pupillen als ein schon vollkommen rechtsfähiges und nur noch beschränkt handlungsfähiges Wesen ansah, je unnatürlicher es danach erschien, daß der nach dem Tode des Pupillen eintretende Substitut Erbe des Vaters werde, desto mehr mußte die neue Auffassung durchdringen, daß der Vater in dem Pupillensubstituten

[1] Gesamtrechtsverhältnisse S. 503 ff. [2] Archiv f. civil. Pr. Bd. LIX, S. 33, A. 18.

nicht sich selbst, sondern seinem Kinde einen Erben ernenne. Ob das schon vollständig in republikanischer Zeit geschehen sei, läßt sich aus Cic. de invent. II, 21 nicht entnehmen. Nachwirkungen der alten Auffassung haben sich aber unter der Herrschaft der neuen erhalten. Vor allem gehört dahin der Satz, daß nur ein Vater, der für sich selbst ein Testament errichtet, in diesem oder in *secundae tabulae*, welche als *pars* und *sequela* des väterlichen Testaments betrachtet werden, einen Erben für sein Kind ernennen kann.[1] Hätte man den Pupillarsubstituten von jeher als einen vom Gewalthaber in Vertretnng seines Kindes ernannten Erben des letztern angesehen, so läge kein Grund vor, warum der Gewalthaber diesen Kindeserben nicht in einem besondern, von seinem ganz unabhängigen Testament sollte ernennen können. Wie läßt sich ferner der Satz, daß der *necessarius heres* des Vaters es auch für den Sohn ist, daß also der zum Pupillarsubstituten eingesetzte Bruder des Pupillen *heres necessarius* des letztern ist,[2] anders erklären, als dadurch, daß der Pupillarsubstitut als solcher ursprünglich zum *secundus heres* des Vaters eingesetzt war? Das Institut der Pupillarsubstitution hat immer etwas Zwitterhaftes, sowohl von der alten als der neuen Auffassung derselben Beeinflußtes behalten.

Eine schon in republikanischer Zeit lebhaft verhandelte Streitfrage war es, ob, wenn einmal bei der Anordnung einer Substitution für einen *impubes* dieselbe nicht ausdrücklich *in primum casum* und *in secundum casum*, sondern ausdrücklich nur *in alterum casum*, also für den nach dem Tode des Vaters, aber *intra pubertatem*, erfolgten Tod des *impubes* angeordnet sei, dann von dieser Substitution *in alterum casum* auf die *in primum casum* geschlossen werden könne. Um diese Frage handelte es sich in dem berühmt gewordenen *iudicium Curianum*. Q. Mucius Scaevola verneinte die Zulässigkeit des Schlusses von der Pupillar- auf die Vulgarsubstitution, sein Gegner P. Licinius Crassus verteidigte sie als der *voluntas* des Testierers entsprechend. Crassus scheint damals mit seiner Meinung durchgedrungen zu sein, und damit scheint dieselbe auch für die Dauer die Oberhand gewonnen zu haben. Dafür spricht entschieden eine Äußerung Quintilians,[3] der einen Zweifel an der Richtigkeit derselben nicht für möglich hält.

Erst auf die Erbeinsetzungen, einschließlich der Substitutionen, folgen im Testament die für den Bestand desselben nicht wesentlichen Verfügungen: Legate (später auch Fideikommisse), Freilassungen, Vormundsernennungen. Rechtlich vorgeschrieben war es nicht, in welcher Ordnung diese aufeinander zu folgen hätten, und es muß auch dahingestellt bleiben, ob herkömmlich eine bestimmte Reihenfolge beobachtet wurde. Zu erwähnen sind noch die Multen oder Strafen, welche der Testator im Testament demjenigen, welcher als Erbe oder Legatar letztwillig von ihm bedacht war, wegen Übertretung seines Gebots auferlegen konnte.[4] Diese testamentarischen Multen sind, wie Huschke gezeigt, von den *poenae nomine* hinterlassenen Legaten ganz verschieden. Nicht ganz

[1] L. 1 § 3, l. 2 §§ 1 u. 4, l. 16 § 1, l. 20 D. de vulg. et pup. s. 28, 6. § 2 I. de pup. s. 2, 16 u. a. St.

[2] Vgl. l. 2 § 4 u. l. 10 § 1 D. de vulg. et pup. s. 28, 6.

[3] Quintil. VII, 6, 9. 10. Die anderen auf das *iudicium Curianum* bezüglichen Stellen finden sich vollständig angeführt bei H. Pernice, Über *substit. tacita*, in Bekkers u. Muthers Jahrbuch des gem. deutsch. Rechts I, S. 234, A. 12.

[4] Vgl. darüber Huschke, Die *multa* S. 303 ff. Die sonstigen Äußerungen über diese Multen sind dort S. 308, A. 23 angegeben. Dazu ist jetzt nachzutragen J. Merkel, Über die sogenannten Sepulkralmulten, in d. Göttinger Festgabe für Ihering S. 123.

nach Willkür kann der Testator solche Multen auferlegen, sondern nur zur Wahrung berechtigter sein Leben überdauernder persönlicher Interessen, also zur Wahrung von Bestimmungen, welche sein Begräbnis, seine Grabesruhe, den Kult seiner Manen, die Ehren seines Stammes, Erhaltung seines Gedächtnisses u. dgl. betreffen.[1] Ob vom Testator dem Erben auch eine Mult auferlegt werden konnte, um einer zum öffentlichen Besten, insbesondere zum Besten seiner Vaterstadt getroffenen Anordnung Kraft zu verleihen, ist fraglich, aber wohl zu bejahen, denn als Stadtbürger hat der Testator auch ein berechtigtes Interesse an dem Gedeihen und der Verschönerung der Stadt, welcher er angehörte. Gewöhnlich wird auch eine solche testamentarische Mult in Geld bestanden haben, doch kann die Strafe auch wohl dahin auferlegt werden, daß der Ungehorsame auf seine Kosten dem Volke etwa bestimmte Gladiatorenspiele ausrichte.[2] Daß aber die Höhe der Mult den Betrag dessen, was der, dem sie auferlegt wurde, vom Testator erhielt, habe übersteigen können, wie Huschke behaupten zu können glaubt,[3] ist nicht anzunehmen; denn die Berechtigung, die Strafe aufzuerlegen, beruhte nur darauf, daß der Testator den Betreffenden letztwillig bedacht hatte, und konnte folglich auch nicht über das Maß dieser Hinterlassung hinausgehen. Entrichtung der Mult oder Strafe an eine beliebige Privatperson konnte auch nicht angeordnet werden, denn damit würde in der That der Unterschied zwischen den testamentarischen Multen oder Strafen und den Vermächtnissen *poenae nomine* aufgehoben werden. Es konnte vielmehr die Entrichtung der Mult oder Strafe nur an solche Personen bezw. Kassen auferlegt werden, denen auch öffentliche Strafen entrichtet wurden, also an den *populus*, d. h. die Staatskasse, an eine Gemeinde, an die Kasse einer Gottheit, wohl auch an die Kasse eines *collegium*.

Zum Schluß dieser Übersicht der wichtigeren in Testamenten vorkommenden Anordnungen sei noch bemerkt, daß Testamente, auch hierin den Gesetzen ähnlich, in Kapitel eingeteilt zu werden pflegten.[4]

II. Berufung unmittelbar durch das Gesetz, Intestaterbfolge.

§ 82. Die Intestaterbfolge beruht nach altrömischem Recht, welches in der Zwölftafelgesetzgebung seinen Ausdruck fand, aber gewiß nicht erst durch diese entstanden ist, auf der Zugehörigkeit zur *familia* des Erblassers in ihren näheren oder entfernteren Entwickelungsstadien. Nach der nähern oder entferntern Familienzugehörigkeit sind die in den XII Tafeln zum Ausdruck gekommenen Klassen gebildet. Es soll zunächst die gesetzliche Erbfolge in den Nachlaß eines *ingenuus* dargestellt werden. Die erste Stelle unter den gesetzlichen Erben nehmen die *sui heredes* ein.[5] Die *sui heredes* sind *sui*, d. h. in der Gewalt des Vermögensinhabers befindliche Personen, aber nicht alle *sui* sind *sui heredes;* nicht zu diesen gehören die *sui*, welche nur mittelbar in der Ge-

[1] Beispiele solcher Multen finden sich Cic. Verr. 2, 8, 21. C. 9, 25. L. 6 pr. D. de cond. et demonst. 35, 2. L. 27 D. eod. tit., und im Testament eines Galliers (Bruns-Mommsen, Fontes p. 297 sqq.).

[2] Horat. Sat. 2, 3, v. 84—87. [3] A. a. O. S. 312.

[4] L. 32 pr. D. de usu legat. 33, 2. L. 41 § 1 D. de leg. I (30). L. 26 D. de instructo 33, 9. Vgl. ferner die inschriftlich erhaltenen *kapita ex testamento* bei Bruns-Mommsen p. 300 u. Rudorff, Ztschr. f. geschichtl. Rechtswiss. XII, S. 307, A. 3.

[5] Ulp. XXVI, § 1, Coll. leg. Mos. et Rom. tit. XVI, c. 2, § 1 sqq., cap. 3, § 3 sqq., c. 5. Gai. ep. II, 8 pr.; § 1 I. de heredit., quae ab int. def. III, 1.

walt stehen: *sui heredes* sind nur die unmittelbar in der *potestas* (bezw. *manus*) stehenden *sui* und *suae*. *Sui heredes* sind nicht, wie z. B. Mühlenbruch[1] und Schirmer[2] erklären, die natürlichen Erben (denn daß nur die in der Gewalt befindlichen, nicht die emancipierten Kinder zu den *sui heredes* gehören, ist doch gewiß nicht natürlich). In der Zusammensetzung *suus heres, sui heredes* ist *suus* überhaupt nicht als Adjektiv zu *heres* zu verstehen, sondern es ist substantivisch gebraucht, und *heres* ist Attribut von *suus: Suus heres* ist der *suus*, welcher *heres* ist. Wohl zu merken ist nun, daß die betreffenden Personen nicht etwa erst beim Tode des Gewalthabers als *sui heredes* bezeichnet werden, vielmehr schon bei Lebzeiten desselben sind und heißen sie *sui heredes*: So sagt z. B. Ulpian in l. 2 § 4 D. de suis et legit. 38, 16: *Si filius suus heres esse desiit, in eiusdem partem succedunt omnes nepotes neptesque ex eo nati qui in potestate sunt.* Daß die beim Tode des Erblassers zur Succession gelangenden *sui* schon bei dessen Lebzeiten als dessen *sui heredes* bezeichnet werden. ist bei der Genauigkeit der römischen Rechtssprache gewiß als etwas Bedeutsames zu betrachten. Der richtigen Erkenntnis der Stellung der *sui heredes* kann die Parömie: *Viventis nulla hereditas* im Wege stehen. Wie kann, sagt man vielleicht, bei Lebzeiten des Erblassers von *heredes* desselben die Rede sein? Um es zu verstehen, muß man von der Einheit der unter der Gewalt und dem Recht des römischen *paterfamilias* vereinigten Sachen und Personen ausgehen. Die der Gewalt unterworfenen freien Personen und die im Eigentum stehenden Sachen gehören zu derselben *familia (pecuniaque)*, zu demselben Hause. Die freien der Gewalt unterworfenen Personen: die *filiifamilias*, die *uxor in manu* oder *materfamilias*, die *filiaefamilias* sind Glieder des Interessenkreises, welchem die sächliche *familia pecuniaque* dient, sie sind stille Teilhaber dieses Interessenkreises. Diejenigen von diesen *sui* und *suae* nun, welche unmittelbar seiner Gewalt unterworfen sind, also vor allen die *filiifamilias*, die *uxor in manu*, die *filiaefamilias* haben schon bei Lebzeiten des Gewalthabers eine Erbanwartschaft auf dessen sächliche *familia pecuniaque* und sind insofern schon *heredes*. Diese Erbanwartschaft kann ihnen zwar in einem Testament des *paterfamilias* entzogen werden, aber gerade daraus, daß darin rechtlich eine Entziehung, ein *praeterire* oder *exheredare* gesehen wird, ergiebt sich das Vorhandensein dieser Erbanwartschaft. Der *proximus agnatus* wird nie bei Lebzeiten des Erblassers als *heres* bezeichnet, bei ihm kann rechtlich von einem *praeterire* oder *exheredare* nicht die Rede sein. Durch die Einsetzung des *suus heres* von seiten des Erblassers wird allerdings seine Erbenstellung auf das Testament gegründet, aber dadurch wird das Erbrecht vielleicht erweitert oder beschränkt, völlig dem eines *extraneus* gleichgestellt ist es damit nicht, denn immer ist er als einer der *sui* des Erblassers eingesetzt. Bleiben wir hier bei der Intestaterbfolge stehen, so kann man, streng genommen, beim Tode des Erblassers gar nicht von einer Delation der Erbfolge an die *sui heredes*, von einer Berufung derselben sprechen. Ihre schon vorhandene Erbanwartschaft setzt sich jetzt in Wirklichkeit um, insofern erscheint ihr Eintreten als Erben als eine Fortsetzung einer bisher schon ihnen zukommenden Stellung, welche allerdings jetzt erst in Wirksamkeit treten kann. Daß keine Berufung der *sui heredes* stattfindet, zeigt die Ausdrucksweise der XII Tafeln, welche in den Worten: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto* das

[1] Glücks Pandektenkommentar Bd. XXXVI, S. 145.
[2] Handbuch d. röm. Erbrechts I, S. 66.

Erbrecht der *sui* als etwas Selbstverständliches voraussetzen. Auch bekannte Äußerungen der klassischen Juristen zeigen, daß noch sie keine eigentliche Berufung der *sui heredes* annahmen, vor allen die des Paulus in l. 11 D. de lib. et postumis 28, 2: *In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. — —. itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur,* und die des Gaius II, 157: *Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur.* Solche Äußerungen sind nur insofern nicht scharf zu nehmen, als sie den *sui heredes* bereits bei Lebzeiten des Erblassers ein Eigentum an seinen Sachen zuzusprechen scheinen. Sie bedienen sich solcher die Sache nicht recht treffenden Ausdrucksweise nur, um möglichst scharf den Unterschied zwischen den *sui heredes* und den anderen zur Succession Berufenen hervorzuheben. Ganz zutreffend sind sie, sofern sie das Eintreten der *sui* als eine Fortsetzung einer bereits bei Lebzeiten des Erblassers eingenommenen Stellung derselben bezeichnen. Welche Personen übrigens in der Klasse der *sui* zur Succession gelangten, hier in dogmatischer Breite zu erörtern, wollen wir uns ersparen. Daß an die Stelle vorverstorbener bezw. vorweggefallener Söhne die Enkel nachrückten *(in locum parentis succedere)* und den Teil bekamen, welchen ihr Vater bekommen haben würde, wird auf die Interpretation der Juristen zurückgeführt, war aber wohl altes, über die XII Tafeln zurückgehendes Recht. —

Wenn wir die auf die *sui heredes* folgenden Klassen des *proximus agnatus* und der *gentiles* mit der der *sui heredes* zusammenhalten, so erkennen wir, daß das altrömische gesetzliche Erbrecht dieselbe Unterscheidung macht, wie das altgermanische Recht: die des Hauses und der Sippe. Zunächst kommen zur Erbfolge die (nächsten) Hausangehörigen des Erblassers, dann erst die Sippe. Auch daß aus der ganzen Sippe noch die zur Zeit der Berufung nächsten agnatischen Seitenverwandten als der übrigen Sippe vorgehend herausgehoben werden, hat seine Analogieen im germanischen Recht. „In den meisten Rechten des fränkischen Reichs hat sich — — der Rechtssatz entwickelt, daß der nächste männliche Verwandte kraft Geburtsrechtes zum Vormund, *foramundo, muntporo,* berufen sei",[1] während die älteste Vormundschaft die Gesamtmundschaft der Sippe war. Eine noch näher liegende Analogie ist folgende. Der Grund und Boden vererbte sich auf die Söhne des verstorbenen Besitzers. Waren aber solche nicht vorhanden, so fiel das Land bei den Salfranken der Gesamtheit der Dorfgenossen anheim (und in der vorcäsarischen Zeit war dies die Sippe). Erst durch ein Edikt des Königs Chilperich wurde dieses Heimfallen an die Dorfgenossen so weit beseitigt, daß in Ermangelung von Söhnen den Töchtern, eventuell den Brüdern und Schwestern ein Erbrecht eingeräumt wurde.[2] Die Frage, ob die drei Klassen der gesetzlichen Erben, wie die XII Tafeln sie aufstellen, alle gleichzeitig entstanden seien, liegt nahe, doch wird man kaum der Ansicht beipflichten können, wonach der Zeit vor den XII Tafeln nur das Erbrecht der *sui* angehören, dagegen das Erbrecht der Agnaten und Gentilen erst durch die Zwölftafelgesetzgebung eingeführt oder doch, weil vorher bestritten, erst fest sanktioniert sein soll. Für diese Hypothese, wird gesagt, spreche die Fassung des Zwölftafelgesetzes. Dasselbe sanktioniere ausdrück-

[1] Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte I, S. 90. [2] Brunner, a. a. O. S. 195.

lich das Erbrecht der Agnaten und Gentilen, im Gegensatz dazu sei die Anerkennung des Erbrechts der *sui* sehr bezeichnend. Die Verschiedenheit der Ausdrucksweise der XII Tafeln in Bezug auf das Erbrecht der *sui* einerseits und der Agnaten bezw. Gentilen andererseits ist allerdings unverkennbar. Der Grund davon ist aber nicht der hier vorausgesetzte, sondern die Besonderheit der Stellung der *sui* gegenüber dem *proximus agnatus* bezw. den Gentilen. Die *sui heredes* hatten, wie wir zeigten, bereits bei Lebzeiten des Erblassers eine Erbanwartschaft, welche beim Tode des Vaters nur in Wirksamkeit trat, sie brauchten nicht erst berufen zu werden. Der *proximus agnatus* aber bezw. die Gentilen hatten keine solche Erbanwartschaft, zwischen ihnen und der sächlichen *familia pecuniaque* des Testators bestand kein Zusammenhang: sie mußten, um den Nachlaß erlangen zu können, durch das Gesetz erst berufen werden.[1] Eine solche Berufung liegt in den Worten: *familiam habeto*, d. h. er soll die *familia* erhalten, erlangen. Konsequenterweise bedarf es dann für sie auch einer Willenserklärung, einer Antretung, damit sie der Berufung des Gesetzes gemäß die *familia pecuniaque* erlangen. — Nicht unwahrscheinlich ist aber, daß das Erbrecht der *gentiles*, d. h. der Gesamtsippe älter ist, als das ihm nach den XII Tafeln vorgehende des *proximus agnatus*. Um über die Bedeutung dieser zweiten Klasse ins Klare zu kommen, müssen wir von dem Satz *„in legitimis hereditatibus successio non est"* ausgehen. Wir finden diesen Satz nur bei dieser zweiten Klasse ausgesprochen. Gaius drückt sich einmal so aus, daß es den Anschein hat, als wolle er ihn auf dieselbe beschränken, III, 11 u. 12: *Non tamen omnibus simul agnatis dat lex XII tabularum hereditatem, sed his qui tum cum certum est aliquem intestatum successisse, proximo gradu sunt. Nec in eo iure successio est.* Auch die Fassung des Satzes nötigt nicht, für ihn eine über die zweite Klasse hinausreichende Geltung zu beanspruchen, denn *legitima hereditas* bezeichnet ja gewöhnlich bloß die agnatische Succession. Ganz regelmäßig will man den Satz aber auch im Verhältnis der dritten zur zweiten Klasse anwenden: sei einem Agnaten die *hereditas* deferiert, und werde dieser nicht Erbe, so erfolge nun auch keine Delation an die Gentilen. Gaius und Ulpian hatten keine Veranlassung, sich darüber auszusprechen, da zu ihrer Zeit mit den *gentes* auch das gentilicische Erbrecht abgekommen war. Aufschluß über die Frage kann nur der Grund des Satzes *„In legitimis hereditatibus successio non est"* gewähren. Man hat denselben lediglich aus dem Wortlaut der XII Tafeln ableiten wollen. Die alte römische Jurisprudenz war aber, wie Ihering[2] überzeugend gezeigt hat, keine Sklavin des Wortlauts der Gesetze. Sie hielt am Wortlaut fest entweder, weil sie in ihm den genauen Ausdruck des gesetzgeberischen Gedankens sah, oder weil sie dem Gesetze etwas in Wahrheit in ihm nicht Enthaltenes unterlegen wollte. Auch die sonst von dem Satz gegebenen Erklärungen befriedigen nicht. Meines Erachtens war der Grund des Satzes *„In legitimis hereditatibus successio non est"* der Wille des Gesetzgebers. Der Gesetzgeber wollte nicht alle Agnaten (nach Gradesreihe), sondern nur die in dem entscheidenden Moment dem Grade nach nächsten Agnaten berufen. Die entfernteren Agnaten, selbst wenn sie den Grad ihrer Verwandtschaft mit dem Erblasser nachweisen konnten, sollten kein

[1] Gai. III, § 9 ff. Ulp. XXVI, 1 ff. Paul. R. S. IV, 8, § 13. Gai. ep. II, 8, § 3. Pr. I. de leg. agn. succ. III, 2.

[2] Geist d. röm. Rs. II, 2[3], S. 455 ff.

Vorrecht vor der übrigen Sippe haben, nur jene wurden als vorgehend herausgehoben. Man muß nicht außer acht lassen, daß die entfernteren Agnaten mit zu den Gentilen gehörten, also unter diesen mit zur Succession berufen wurden. War das aber der Grund der Unmöglichkeit einer *successio graduum* in der zweiten Klasse, so wird man annehmen müssen, daß, falls der nächste Agnat, dem die *hereditas* deferiert war, die Erbschaft nicht erwarb, den *gentiles* die Erbschaft deferiert wurde; denn die *gentiles* werden in den XII Tafeln zur Erbfolge berufen, während die entfernteren Agnaten als solche nicht berufen sind. Man darf sich nicht daran stoßen, daß die Berufung nur unter der Bedingung: *si adgnatus nec escit* geschieht, denn darunter ist auch der Fall, daß die Berufung der zweiten Klasse wirkungslos gewesen, also so gut wie nicht geschehen anzusehen ist, zu befassen. — Waren der nächsten Agnaten mehrere, so wurden sie zusammen zur Erbfolge zugelassen und teilten den Nachlaß unter sich nach Köpfen.[1] Die Zwölftafelgesetzgebung selbst macht in dieser Klasse noch keinen Unterschied zwischen Männern und Frauen. Später ist durch die Interpretation der Juristen *(iure civili)* die gesetzliche Erbfolge auf agnatische Schwestern des *defunctus* beschränkt,[2] entferntere Agnatinnen werden überhaupt nicht in dieser Klasse zur civilen Erbfolge zugelassen, auch wenn sie im konkreten Fall zu den dem Grad nach nächsten gehören, sie sind *Voconiana ratione* ausgeschlossen. Damit ist allerdings nicht notwendig gesagt, daß diese Änderung neuer, als die *lex Voconia,* und durch sie veranlaßt sei. Sie konnte, sagen Savigny u. a.,[3] weit älter sein und doch von gleichen Ansichten, wie die *lex Voconia,* ausgehen. Es soll nicht die Möglichkeit geleugnet werden, daß *Voconiana ratio* nur eine gleiche Tendenz, wie die der *lex Voconia,* bedeute,[4] aber ebensowenig wird geleugnet werden können, daß jener Ausdruck die auf die *lex Voconia* zurückgehende, aus ihr stammende Tendenz bezeichnen kann. Wäre aber die Ausschließung der entfernteren Agnatinnen von der *legitima hereditas* älter, als die *lex Voconia,* so wäre es meines Erachtens unnatürlich, zu sagen, dies sei *Voconiana ratione* durch das *ius civile* angenommen; natürlicher wäre es gewesen, von einem Einfluß der Tendenz, welche sich bereits im *ius civile* geltend gemacht, auf die *lex Voconia* zu sprechen. Trotz der großen Macht der altrömischen Jurisprudenz scheint mir doch die Annahme bedenklich, daß sie das auf die Zwölftafelgesetzgebung sich stützende Erbrecht der Agnatinnen, welches doch in der auf die XII Tafeln folgenden Zeit in Geltung gestanden haben wird, habe beseitigen können ohne den Rückhalt, welchen die Tendenz der Beschränkung des Frauenreichtums durch die *lex Voconia* erhalten hatte.[5] Daß man den *consanguineae* ihr Erbrecht beließ, zeigt eine bestimmte Grenze, über welche hinaus man einen Einfluß der Voconianischen Tendenz auf das gesetzliche Erbrecht der Agnatinnen nicht geltend machen wollte oder konnte, doch mag dabei auch griechisches Vorbild mitgewirkt haben. Es handelte sich nun darum, den neuen Rechtssatz in den Rahmen der durch die XII Tafeln gegebenen Erbfolgeordnung einzufügen. Daß man dabei irgendwie

[1] Paull. R. S. IV, 8, § 17. § 5 I. de legit. agn. succ. III, 2.

[2] Paull. R. S. IV, 8, § 20 (22). Gai. III, §§ 14. 23. Ulp. XXVI, § 6 u. a. St.

[3] Vermischte Schriften I, S. 439. 440. Bachofen, Die *lex Voconia* S. 23. F. Kahn, Zur Geschichte des röm. Frauenerbrechts S. 15, A. 3.

[4] Vangerow, Über die *lex Voconia* S. 21, A. 46. Schirmer, Handbuch des röm. Erbrechts I, S. 137, A. 35.

[5] Vgl. auch Rudorff, Röm. Rechtsgesch. I, S. 58.

tendenziöse Interpretationen von XII Tafelworten angewandt habe, wird nirgends ersichtlich. Wenn Paulus (Collat. 16, 3, 3 u. 4) sagt: *sane consanguinei, quos lex non adprehenderat, interpretatione prudentium primum inter agnatos locum acceperunt,* so ist unter *interpretatio* hier nicht Worterklärung, sondern die das Gesetz fortbildende Thätigkeit der Juristen überhaupt zu verstehen, deren Resultate man dann schließlich auch auf das Gesetz zurückführen kann, wie Gaius thut, wenn er III, 23 sagt: *Item feminae agnatae quaecunque consanguineorum gradum excedunt, nihil iuris ex lege habent.* Die Jurisprudenz stellte nun innerhalb der zweiten Klasse der *legitimi* oder *agnati* zwei Unterklassen auf: in der ersten dieser Unterklassen wurden die *consanguinei* und *consanguineae* berufen, in der zweiten die nach diesen folgenden nächsten männlichen Agnaten. Doch behielt man für die ganze ursprüngliche Klasse den alten Satz bei *„in hereditate legitima successioni locus non est"*; mit Ausnahme des Ausschlusses der auf die *consanguineae* folgenden Agnatinnen war also nichts geändert.

Über die Klasse der *gentiles*[1] bleibt wenig zu sagen. In welcher Weise die Gentilen geerbt, wie sie unter sich die Erbschaft zu theilen hatten, ist nicht bekannt. Doch scheint mir das angenommen werden zu können, daß die betreffende Erbschaft nicht etwa der *gens* als solcher, sondern einzelnen Gentilen zufiel, denn dahin geht die Bestimmung der XII Tafeln: *Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento;* unter *gentiles* kann man doch nur einzelne Personen verstehen. Ferner ist zu wiederholen, daß die durch den *proximus agnatus* ausgeschlossenen, im konkreten Fall entfernteren Agnaten zu den *gentiles* gehörten. Ob aber alle einzelnen *gentiles* berufen waren, oder etwa nur die *gentiles,* welche *sui iuris* waren (mit Ausnahme der zur *gens* gehörenden Frauen, welche *sui iuris* waren), darüber läßt sich eine Behauptung nicht aufstellen. Das Erbrecht der Gentilen bestand noch gegen Ende der Republik, ja bis in die erste Kaiserzeit hinein. Catull 68, 119—124 erwähnt die *impia gentilis gaudia* über eine dem Gesetz nach in Aussicht stehende Erbschaft. Und bei Cicero kommt, außer den allgemeinen Erwähnungen des Erbrechts der Gentilen, in d. Or. in Verr. I, 45, 115 ein Bericht vor über eine der *gens Minucia* angefallene Erbschaft *(Minucius quidam mortuus est ante istum praetorem. eius testamentum erat nullum. lege hereditas ad gentem Minuciam veniebat).* Zu Gaius' Zeiten schon war aber dies Erbrecht mit dem ganzen *ius gentilicium* abgekommen. Durch das Abkommen des gentilicischen Erbrechts erhielt die ganze alte Erbfolgeordnung ein abstoßenderes und unverständlicheres Ansehen. Das Erbrecht der Sippe war doch der Schlußstein des Ganzen gewesen. In der zweiten Klasse kam nach wie vor nur der *proximus agnatus* zur Succession. Die im Moment der ersten Delation dem Grad nach entfernteren Agnaten, welche früher unter den Gentilen zur Succession gelangen konnten, waren jetzt gar nicht mehr berufen. In diesem Zusammenhang ist noch der *in iure cessio legitimae hereditatis* Erwähnung zu thun. Sie erklärt sich aus dem Satz *„in legitimis hereditatibus successio non est"*. Der *proximus agnatus,* welchem die Erbfolge deferiert war, konnte dieselbe einem andern *in iure* cedieren; der, welchem *in iure* cediert war, wurde dadurch *heres,* sowie wenn er selbst durch das Gesetz zur Erbfolge berufen wäre. Meines Erachtens ist dieser Anwendungsfall der *in iure cessio* in einer Zeit aufgekommen, als man den Satz *„in legitimis hereditatibus successio non est"* schon als etwas Drückendes empfand. Dem *proximus agnatus,* der eine ihm

[1] Collat. Tit. XVI, c. 4, § 2. Gai. III, § 17 u. a. St.

deferierte Erbschaft nicht antreten wollte, war damit die Möglichkeit gegeben, dieselbe einem entfernteren abzutreten. Freilich war er gar nicht an die Gradesnähe gebunden, ja er brauchte sich den, welchem er die Erbschaft abtreten wollte, gar nicht aus der Zahl der entfernteren Agnaten auszuwählen.

Die Intestaterbfolge in den Nachlaß eines *libertus* gestaltet sich nach dem alten Civilrecht folgendermaßen.[1] Die erste Stelle nehmen auch hier die *sui heredes* ein. Bei zu beerbenden Frauen, mochten es *ingenuae* oder *libertae* sein, fiel diese Klasse fort, da dieselben keine *sui* und *suae* haben konnten. In der zweiten Klasse war der *patronus* (bezw. die *patrona*) berufen. Dieser stand hier an Stelle der Agnaten, welche der aus der Sklaverei Hervorgegangene nicht hatte. In den XII Tafeln war hier wohl nur der *patronus* genannt; es waren darunter aber auch die agnatischen Descendenten des Patrons begriffen. Da die ganze Ordnung der Erbfolge in den Nachlaß eines *libertus* nur eine Nachahmung der in den Nachlaß eines *ingenuus* war, so war auch hier der dem Grade nach Nächste berufen, die zugleich Berufenen teilten nach Köpfen, und galt auch hier der Satz: *In legitimis hereditatibus successio non est.* Die dritte Klasse bildeten die *gentiles* des Patrons.

III. Das alte formelle Noterbenrecht.

§ 83. Das sogenannte Noterbenrecht enthält eine Beschränkung der Freiheit der Art des Testierens insofern, als dem Testator dadurch auferlegt wird, die *sui heredes* nicht durch *praeterire,* durch bloße Unterlassung der Erbeinsetzung von der Universalsuccession in seinen Nachlaß auszuschließen, wobei noch dahingestellt bleiben mag, ob diese Beschränkung gleich mit der Testierbefugnis aufgekommen oder erst nachträglich eingetreten sei. Ein *praeterire* kann wissentlich oder unabsichtlich, wegen Nichtkenntnis der Existenz des Noterben, geschehen. Jedenfalls sind die Vorschriften des formellen Noterbenrechts gegen absichtliches *praeterire* gerichtet. Ob auch unabsichtliches *praeterire* eine Anwendung der Vorschriften desselben veranlassen könne, mochte immerhin Gegenstand des Zweifels sein. Wie von einem *exheredare,* so kann auch von einem *praeterire* nur gegenüber *sui heredes* die Rede sein, welche eine gesetzliche Erbanwartschaft haben: nur ihnen gegenüber kann die Folge des *exheres esse* in Frage kommen. Wie die *exheredatio* eines *extraneus* eine *res inepta* ist (l. 132 D. de verb. obl. 45, 1), so ist ihm gegenüber ein *praeterire* im Rechtssinne nicht denkbar. Als den Beginn der Ausbildung des Noterbenrechts bezeichnet man den Satz: *„postumi agnatione testamentum rumpitur".*[2] Streng genommen ist das wohl nicht richtig, denn der *postumus* konnte ursprünglich weder eingesetzt noch exherediert noch auch präteriert werden. In Bezug auf ihn war auch ein *praeterire* im Rechtssinne nicht denkbar, eine noch nicht existierende Persönlichkeit konnte man auch nicht *praeterire;* von einem *postumus praeteritus* konnte man erst sprechen, seitdem eine Einsetzung bezw. Exheredation der *postumi* schrittweise möglich geworden war. Der Satz: *postumi agnatione testamentum rumpitur* kann also bei seinem Aufkommen nicht in der Unterlassung der Einsetzung oder *exheredatio* seine Begründung gefunden haben.

---

[1] Ulp. XXIX, 1. XXVII, 1 ff. Gai. III, 40. Vat. fr. § 308.

[2] Ulp. XXII, 18. L. 12 D. de lib. et post. 28, 2. L. 3 §§ 3 u. 6, l. 12 pr., l. 15 D. de iniusto rupto 28, 3 u. a. St.

Der Grund der Ruption des Testaments *postumi agnatione* ist, daß der *postumus*, welcher doch zu der Zahl der *sui heredes* gehört, durch das Testament nicht ausgeschlossen ist, auch nicht durch hier nicht mögliches *praeterire*. Bei seinem Erscheinen liegt eine veränderte Sachlage vor; man weiß nicht, ob der Testator den *postumus*, wenn er zur Zeit der Testamentserrichtung bereits als *suus heres* existiert hätte, eingesetzt oder exherediert oder präteriert haben würde. Weil sich das Testament gar nicht gegen seine Erbanwartschaft gerichtet hat, deshalb kann dieselbe auch durch das Testament nicht beseitigt werden, seine gar nicht getroffene Erbanwartschaft muß vielmehr das Testament aufheben. Meines Erachtens muß man daher weitergehen als SCHMIDT,[1] welcher in dem Satz eine gewisse Durchbrechung des Zwölftafelrechts sieht; ich halte ihn für so alt, wie die Testamente; von Cicero[2] wird er mehrfach als ein so alter, feststehender bezeichnet, daß über ihn in einem *iudicium* gar nicht verhandelt werden könne. Bezüglich jener Wirkung der Ruptur des Testaments wird gar kein Unterschied gemacht zwischen männlichen und weiblichen *postumi*: Sohn, Tochter und Enkel stehen sich gleich. Der besprochene Satz ist dann auch angewandt auf solche, die *postumorum loco* sind. Zu diesen werden gerechnet solche, welche durch Nachrücken an die Stelle eines etwa durch Tod oder Emancipation weggefallenen *suus heres* treten (wie die Enkel nach dem Tode des Sohnes), doch muß dies Nachrücken bis zum Tode des Testators erfolgt sein.[3] *Postumorum loco* sind ferner die, welche nach der Testamentserrichtung durch Adoption, *conventio in manum* u. s. w. *sui heredes* werden.[4] Von diesen *postumorum loco* heißt es: *quasi agnascuntur*, und der Satz: *postumi agnatione testamentum rumpitur* ist auf sie angewandt.

Das eigentliche Wesen des formellen Noterbenrechts kommt erst in Frage bezüglich der zur Zeit der Testamentserrichtung schon vorhandenen *sui heredes*. Nach der heute wohl noch am meisten verbreiteten Meinung bestand nach dem Zwölftafelrecht absolute Testierfreiheit, auch die *sui heredes* des Testators waren danach ausgeschlossen, wenn das Testament von ihnen schwieg, sie nicht zu Erben einsetzte. Erst später — und zwar schon vor Ciceros Zeit — erschuf die Jurisprudenz das formelle Noterbenrecht durch die Aufstellung der Satzes: *Sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi.*[5] Um aber von älteren Juristen abzusehen, welche schon bei Lebzeiten des Gewalthabers dem *filiusfamilias* ein wahres *condominium* am Vermögen des Vaters zuschreiben, sind neuere Juristen, von ähnlichen Ideen ausgehend, zu Resultaten gekommen, welche von jener heute am meisten verbreiteten Auffassung abweichen. Als erster unter diesen Dissentienten ist DANZ[6] zu nennen. Nach ihm bestand die Eigentümlichkeit der *domestica hereditas* darin, daß die *domestici* (das sind die *sui heredes*) schon bei Lebzeiten des Vaters ein beschränktes Recht, einen Anteil an der *res familiaris* als Glieder der *familia*, als Insitzer *eiusdem domus*, hatten, welches Recht der Vater *mortis causa* nur dadurch aufheben konnte, daß er die *sui* exheredierte. Aus der bloßen Einsetzung eines *extraneus* mit Übergehung des *suus* könne zwar gefolgert werden, daß das *quasi dominium* des *suus* aufgehoben sein

[1] Das formelle Recht der Noterben S. 8. [2] Cic. pro Caecina c. 25. De oratore I, 57.
[3] Ulp. XXIII, 3. L. 13 D. de iniusto 28, 3. § 2 I. de exher. lib. 2, 13. L. 9 § 2 D. de lib. 28, 2.
[4] Gai. II, 138. § 1 I. quib. mod. test. 2, 17.
[5] Ulp. XXII, 14. pr. I. de exher. lib. 2, 13.
[6] Lehrb. d. Gesch. d. röm. Rts., 2. Tl.[2], S. 92 ff.

solle, aber es sei nicht gesagt, daß der Anspruch entzogen sein solle, das *ius strictum* kenne aber keinen Willen aus einer bloßen Folgerung; darum habe bloße Präterition nie jenes *quasi dominium* des *suus heres* aufheben können. Auch Hölder[1] nimmt ein eigenes Recht der *sui heredes* an, ohne dessen Annahme die Notwendigkeit der *exheredatio* nicht zu begreifen wäre. „Sobald nach der Anschauung ihrer (der XII Tafeln) Zeit die hinterlassene *familia* irgendwie als Eigentum der *sui* galt, so war ihre Zuwendung an Dritte nur möglich unter gleichzeitiger Aufhebung jenes Eigentums der *sui*." Die *exheredatio* ist ihm daher nichts anderes als ein Akt der Expropriation der *sui*. Weiter geht aber Schirmer.[2] Aus der Annahme einer Familiengütergemeinschaft zwischen dem Gewalthaber und den Hauskindern zieht er den Schluß, der *suus heres* sei ursprünglich gar nicht Erbe seines Gewalthabers geworden, es trete bei des letzteren Tode eine Beerbung überall nicht ein, vielmehr setze der *suus* bloß seine frühere Vermögensherrschaft ohne Konkurrenz des Vaters fort. Aus der Prämisse vom Familienvermögen folge nicht die Unmöglichkeit einer stillschweigenden Ausschließung, sondern die Unmöglichkeit jeglicher Ausschließung der *sui:* beim Vorhandensein von *sui* sei für das ältere Recht Unmöglichkeit einer Testamentserrichtung anzunehmen. Eine ausreichende Kritik dieser extremen Durchführung der Theorie vom Familienvermögen hat Hölder gegeben. Hölder[3] behauptet zwar ausdrücklich, die Teilnahme des Hauskindes an der *familia* seines Vaters habe bei dessen Lebzeiten nie die Gestalt eines eigenen, die Alleinherrschaft des *paterfamilias* beschränkenden Rechts gehabt; unklar bleibt aber dabei, wie er trotzdem in der *exheredatio* einen Akt der Expropriation sehen kann.

Das Recht des *sui heredes* habe ich früher als eine Erbanwartschaft charkterisiert, welche man sehr wohl auch dem *postumus,* bezüglich dessen die Familiengütergemeinschaft gar nicht denkbar ist, zuschreiben kann, denn im Moment des Todes des Erblassers mindestens schon konzipiert, wird er nach seiner Geburt als eine schon vom Moment der Konzeption an rechtsfähige Person betrachtet. Die Frage ist nun, ob solche Erbanwartschaft von Anfang an nicht durch willentliches *praeterire,* sondern nur durch ausdrückliche Enterbung, *exheredatio,* aufgehoben werden konnte. Gehen wir von der Betrachtung der Erbeinsetzung des *suus heres* aus. Als Eingesetzter erbt er nicht vermöge seiner Erbanwartschaft, sondern vermöge des Willens des Testators; und soweit dieser reicht, er braucht nur auf die kleinste Quote oder auf eine einzelne Sache eingesetzt zu sein. Nicht mehr als *suus heres,* sondern als ein *heres ex suis* kommt er in Betracht. Daß er beim Tode des Erblassers immer *ipso iure* Erbe wird, hat nicht mehr in der Erbanwartschaft des *suus heres* seinen Grund, sondern ist ihm gemeinsam mit allen eingesetzten *suis,* auch solchen, die nur mittelbar in der Gewalt des Testators stehen, und dem direkt im Testament freigelassenen und zum Erben eingesetzten Sklaven. Alle diese Personen werden notwendig Erben, weil, wie Fitting[4] mit Recht sagt, „der im Testament niedergelegte Wille des Gewalthabers noch über seinen Tod hinaus für seine Gewaltuntergebenen diese unbedingt zwingende Macht behält". Daß nun der nicht auf den vollen Intestaterbteil eingesetzte *suus heres* von dem Rest des Intestaterbteils ausgeschlossen ist, beruht nicht auf ausdrücklicher Ent-

[1] Beiträge z. Gesch. d. röm. Erbrechts S. 92 ff.
[2] Ztschr. d. Savignystiftg. II, S. 168.
[3] Ztschr. d. Savignystiftg. III, S. 211 ff.
[4] D. *castrense peculiam* S. 113.

erbung, sondern ist nur eine Folge der Beschränkung der Einsetzung auf weniger, also Folge der Unterlassung der Einsetzung auf den vollen Intestaterbteil. Eine einfache weitere Konsequenz daraus ist, daß, wenn er absichtlich gar nicht eingesetzt ist, er dadurch vollständig vom Intestaterbteil ausgeschlossen ist. Das *ius strictum* fordert zwar bestimmte Formen für positive Willensakte, das *praeterire* ist aber eine bloße Unterlassung, an welche auch das *ius strictum* rechtliche Folgen knüpfen kann. Es setzt eine besondere Festsetzung voraus, daß eine vollständige Ausschließung von der Succession nicht durch das *praeterire*, sondern nur durch ausdrückliche *exheredatio* geschehen könne. Die Möglichkeit der Einsetzung des *suus heres* auf ein Minimum (samt der sich daraus ergebenden Folgerung) ist älter, als die Vorschrift der *exheredatio* für den Fall beabsichtigter völliger Ausschließung von der Succession. Auch die Verschiedenheit der Folgen der Präterition oder nicht gehöriger Exheredation beim *filiusfamilias* einerseits und den Töchtern bezw. Enkelkindern andererseits weist auf positive Festsetzungen hin, ohne welche sie nicht denkbar wären. Welches ist nun aber der Gedanke, der der Vorschrift: *Sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* zu Grunde liegt? Es ist meines Erachtens der, daß der Testator nicht gegenüber jenen nächsten Familienangehörigen die Gleichgültigkeit zeigen soll, welche in dem stillschweigenden *praeterire* liegt, bezw. seine Gesinnung bezüglich ihrer in seinem letzten Willen nicht verhüllen, nicht verschweigen soll: er soll ihnen entweder die äußere Ehre der Erbeinsetzung, wenn auch nur auf ein Minimum, erzeigen, oder soll seinen Willen, sie auszuschließen, offen und unzweideutig durch ausdrückliche *exheredatio*[1] kundgeben (worin nach altrömischer Auffassung immer die Kundgebung einer Abneigung lag, denn daß eine *exheredatio bona mente* geschehen könne, ist ohne Zweifel ein erst später aufgekommener Gedanke). Nicht ist die *exheredatio* vorgeschrieben aus dem Grunde, weil dem *praeterire* ein Nichtwissen, ein Irrtum zu Grunde liegen kann, wie sich deutlich darin zeigt, daß die *exheredatio inter ceteros* die Möglichkeit der Nichtkenntnis des einzelnen darunter fallenden Noterben nicht ausschloß, so daß in gewissen Fällen, um solche Möglichkeit auszuschließen, der einzelnen unter jene *exheredatio* fallenden Person ein Legat hinterlassen werden mußte. Meines Erachtens ist die Notwendigkeit der Einsetzung oder irgend welcher ausdrücklichen *exheredatio* der *sui heredes* in der Praxis des Centumviralgerichts unter dem Einfluß der Jurisprudenz durchgesetzt. Als die Zeit, in welcher der Satz aufkam, möchte ich die bezeichnen, in welcher infolge einreißenden Sittenverfalls auch die Lockerung der römischen Familienverhältnisse begann. In alter Zeit werden Präteritionen von Hauskindern etwas nicht oder höchst selten Vorkommendes gewesen sein. Als die Präteritionen faktisch häufiger wurden, und vielfach darin Gleichgültigkeit der Väter gegen ihre *sui heredes* zum Vorschein kam, trat man dem durch die Feststellung jenes Satzes entgegen. Präteritionen aus Gleichgültigkeit werden häufiger gewesen sein und eher eine Abhilfe erheischt haben, als irrtümliche. Zunächst scheint man bei allen *sui heredes* die Form der *exheredatio inter ceteros*, d. h. die generelle Zusammenfassung aller zu Enterbenden unter einer Formel *(ceteri omnes exheredes sunto)* als genügend, auch für die *filiifamilias*, angesehen zu haben. Wenigstens berichtet dies Justinian in l. 4 § 2 C. de liberis praeteritis 6, 28.

[1] Verkannt ist dieser Gedanke von Schröder, Das Noterbenrecht S. 43 f., und Hofmann, Kritische Studien im röm. R. S. 225.

und wir haben keinen Grund, an der Richtigkeit der Nachricht zu zweifeln. Später aber wurde, und zwar wohl auch in der Praxis des Centumviralgerichts (worauf auch Justinian hindeutet), ein Unterschied zwischen dem *filiusfamilias* und den übrigen *sui heredes* (Töchtern, Enkeln) gemacht: beim *filiusfamilias* soll die *exheredatio inter ceteros* nicht genügen, er soll *nominatim* exherediert werden müssen.[1] Nach SCHMIDT[2] u. a. sollen die Centumvirn zum erstenmal in dem von Cic. de oratore I, 38 berichteten Fall erkannt haben, daß der nicht *nominatim*, sondern lediglich *inter ceteros* exheredierte Sohn als präteriert zu betrachten sei. Nach jener Stelle hatte ein Vater seinen einzigen Sohn, welcher Soldat war, in einem ersten Testament zum Erben eingesetzt, dann aber, nachdem ihm vom Heer die Nachricht zugekommen, sein Sohn sei gestorben, in einem zweiten Testament einen beliebigen Dritten zum Erben eingesetzt. Die Nachricht, welche dem Testator zugekommen, war eine falsche. Nach dem Tode des Vaters kehrte der Sohn zurück, und es kam zwischen ihm und dem im zweiten Testament eingesetzten Erben zu einem vor den Centumvirn verhandelten Prozeß über die Erbschaft. SCHMIDT nimmt an, in dem zweiten Testament sei die gewöhnliche Klausel der *exheredatio inter ceteros* beigefügt, und es habe sich in dem Prozeß um die Wirksamkeit dieser Klausel in Bezug auf den *filiusfamilias* gehandelt. Er nimmt dies an wegen der Worte *„egissetque lege in paternam hereditatem testamento exheres filius"*. Aber welche Veranlassung hätte wohl der Vater, welcher seinen einzigen Sohn gestorben glaubte, gehabt, in seinem Testament die Klausel der *exheredatio inter ceteros* hinzuzufügen? Sie wäre doch vollkommen sinnlos gewesen. Vielmehr war einfach im spätern Testament ein anderer eingesetzt, der vermeintlich verstorbene Sohn aber gar nicht erwähnt. Mit den Worten *„testamento exheres filius"* sollte keine Klausel des Testaments in Bezug genommen, sondern nur seine Ausschließung vom Nachlaß bezeichnet werden, wie in den gleich folgenden Worten: — *possetne paternorum bonorum exheres esse filius*. Daraus darf man nun aber nicht entnehmen, als sei es damals noch irgend zweifelhaft gewesen, ob ein *filiusfamilias* absichtlich im Testament präteriert werden dürfe. Die zweifelhafte Frage war wohl die, ob ein Testament wegen Verletzung des Noterbenrechts als ungültig betrachtet werden könne, in welchem ein Vater seinen Haussohn nicht absichtlich, sondern aus Irrtum übergangen hatte. Man konnte sagen, die Vorschriften des Noterbenrechts könnten nur das absichtliche, nicht das unabsichtliche *praeterire* treffen. Die Centumvirn haben das zweite Testament wahrscheinlich für nichtig erklärt. Ob aber aus dem Grunde, weil die Vorschriften des Noterbenrechts nicht beobachtet seien, oder, weil der Vater gar nicht die Absicht gehabt habe, sein Kind auszuschließen, bleibt dunkel. Der Satz, daß der *filiusfamilias* im Testament des Vaters entweder zum Erben einzusetzen oder *nominatim* zu exheredieren sei, wird in der Ciceronischen Stelle als ein bereits feststehender vorausgesetzt, nur seine Anwendbarkeit auf den betreffenden Fall stand in Frage. Die Unterscheidung zwischen dem *filiusfamilias* und den übrigen *sui heredes* in Bezug auf die Form der *exheredatio* beruht auch nicht auf dem Gedanken, den ihr SCHMIDT unterlegt, daß beim *filiusfamilias* die Exheredationsformel selber den Beweis liefern solle, der Vater habe, als er sie aussprach, des Sohnes gedacht. SCHMIDT sagt selbst, die *exheredatio inter ceteros* mit der Hinzufügung eines Legats an den Sohn

[1] Ulp. XXII, 20. Gai. II, 123. 127. pr. I. de exheredat. lib. 2, 13. [2] A. a. O. S. 57 f.

hätte natürlich materiell diesen Beweis auch geliefert; wenn er aber hinzufügt: aber der Vater soll ihn in der Form der *exheredatio* liefern, so fragt man, warum? Nicht jenes Beweises halber soll der Vater den Sohn *nominatim exheredare,* sondern deshalb, weil der Haussohn als der unmittelbare Fortsetzer der väterlichen *familia* eine größere Berücksichtigung von seiten desselben verlangt, als die Töchter, die entweder in eine andere *familia* übertreten oder doch die väterliche *familia* nicht fortpflanzen werden, aber auch, als die Enkel, die nicht unmittelbare Fortsetzer der großväterlichen *familia* sind. — Auch in der Verschiedenheit der Wirkungen der Präterition tritt hervor, daß die Unterscheidung in der Form der *exheredatio* nicht jenes Beweises halber gemacht ist, sondern der größern oder mindern Bedeutung halber, welche der Haussohn einerseits und die übrigen *sui heredes* andererseits für den Testator hatten. Ist ein Haussohn präteriert, so tritt jedenfalls, wenn er beim Tode des Erblassers lebt, die Intestaterbfolge ein.[1] Zwischen den Schulen der römischen Juristen, welche sich seit Beginn der Kaiserzeit bildeten, bestand bekanntlich die Kontroverse, ob ein solches Testament von Anfang an *inutiliter* gemacht sei, oder ob es nicht von Anfang an ungültig gemacht sei, sondern nur im Fall der Existenz des präterierten Sohnes beim Tode des Vaters ungültig werde. Der ersten Ansicht waren die Sabinianer, der zweiten die Prokulianer. Meines Erachtens haben auch hier die Prokulianer an der älteren republikanischen Auffassung festgehalten. Nach dieser Auffassung ist der Gegensatz gegen das ältere Recht, nach welchem der Vater den Haussohn durch Präterition ausschließen konnte, nicht so groß, wie bei der Sabinianischen Auffassung; es ist wahrscheinlicher, daß man nicht gleich so weit ging, wie die Sabinianische Auffassung es will. Ferner ist nach der Auffassung der Prokulianer der Gegensatz zwischen der Wirkung der Präterition von Haussöhnen und der von anderen *sui heredes* nicht so bedeutend, wie nach der Sabinianischen, denn bei Präterition anderer *sui heredes* bleibt ja das Testament gültig. Der Gegensatz zwischen dem für den *filiusfamilias* geltenden Noterbenrecht und dem für die *filiaefamilias* bestehenden hat sich aber im Civilrecht erweitert, wie wir das auch daraus ersehen, daß auch der *filiusfamilias* ursprünglich *inter ceteros* exherediert werden konnte. Die Folge der Präterition von Haustöchtern und Enkelkindern, welche zu den *sui heredes* gehören, ist, daß die präterierten Personen den eingesetzten Erben *in partem adcrescunt.* Das Testament bleibt also, soweit nicht die Anteile der eingesetzten Erben durch die Konkurrenz der accrescierenden Erben geschmälert werden, gültig: Enterbungen, Legate u. s. w. bleiben aufrecht. Die accrescierenden Erben werden wie eingesetzte Erben behandelt, haben also von den Legaten den auf die ihnen zugesprochene Quote fallenden Teil zu entrichten. Die Quote für die *praeteritae personae* ist so bestimmt, daß sie den eingesetzten *sui heredes in partem virilem,* eingesetzten *extraneis in partem dimidiam* accrescieren sollen.[2] Diese Ausdrucksweise deutet darauf hin, daß die *pars virilis* und *pars dimidia* in einander entsprechender Weise zu verstehen sind. Förster[3] hat demgemäß meines Erachtens mit Recht angenommen, daß mehrere präterierte Accrescenzerben im ersten Fall zusammen eine *portio virilis* der Erbschaft erhalten sollen, während nach dem Vorgange

[1] Gai. II, 123. pr. I. de exher. lib. 2, 13. Ulp. XXII, 16 u. a. St.
[2] Gai. II, 124. Ulp. XXII, 17.
[3] De bon. poss. lib. praet. contra tab. par. p. 88.

Bluntschlis[1] Mühlenbruch,[2] Schmidt,[3] Schröder[4] u. a. annehmen, daß jeder Accrescierende einen Kopfteil der Erbschaft erhalte. Dann hätten die Juristen nicht sagen können, die *praeteritae personae* accrescierten in diesem Falle *in partem virilem,* in jenem *in partem dimidiam,* sondern sie hätten sagen müssen, in diesem Falle accresciere jede der *praeteritae personae in partem virilem,* im andern Falle accrescierten sie zusammen *in partem dimidiam.* Auch spricht für unsere Annahme die Analogie der zu Gunsten der *exceptae personae* angeordneten Legate und Erbeinsetzungen bei der *bonorum p. contra tabulas:* auch diese dürfen zusammen, wie auch Schmidt[5] annimmt, nicht den Betrag einer *portio virilis* des Nachlasses übersteigen. Auch auf die Darstellung des Theophilus[6] kann sich die hier angefochtene Ansicht nicht berufen, denn Theophilus setzt in seinem Beispiel nur einen präterierten Noterben, eine Tochter oder einen Enkel voraus. Schmidt beruft sich endlich für seine Auffassung auf den natürlichen innern Zusammenhang, den er aber leider nicht dargelegt hat. Es handelt sich hier um sehr positive Festsetzungen, wie sie wohl nur in der Praxis des Centumviralgerichts erfolgt sein können. Die denselben zu Grunde liegenden Gedanken scheinen mir folgende zu sein. Auch das Centumviralgericht setzte jene Quoten nicht willkürlich fest, sondern hielt sich an das, was häufig in Testamenten römischer Bürger angeordnet wurde. Wenn diese die Erbfolge testamentarisch regulierten, setzten sie gewiß vielfach die Haustöchter bezw. Enkelkinder nicht auf ihren Intestaterbteil, sondern auf weniger ein; doch wurden zurückgesetzte Haustöchter und Enkelkinder wohl besser bedacht, wenn sie neben *extranei,* als wenn sie neben Haussöhnen eingesetzt waren. An diese Beobachtung sich haltend, setzte die Praxis des Centumviralgerichts die Quoten der Töchter und Enkelkinder für den Fall der Präterition fest. Schlechter gestellt sollten also die Accrescenzerben bei Konkurrenz mit *sui heredes,* besser gestellt bei Konkurrenz mit *extranei* sein: im ersten Fall sollten sie zusammen nur eine Virilportion der Erbschaft erhalten, welche zwar die Hälfte der Erbschaft sein, aber auch eine viel kleinere Quote derselben sein kann; im letztern Falle sollten sie immer die Hälfte der Erbschaft, bezw. dessen, was die eingesetzten Erben bekamen, erhalten, auch wenn der eingesetzten Erben noch so viele sein sollten. Waren aber teils *sui heredes,* teils *extranei* eingesetzt, so bekamen die präterierten Accrescenzerben zusammen eine *portio virilis* von dem, was die eingesetzten *sui* erhielten, und die Hälfte von dem, was die eingesetzten *extranei* erhielten. Schmidt meint, da die accrescierenden Erben als *scripti heredes* gölten, so verblieben sie rechtlich auch dann testamentarische Erben, wenn die *instituti heredes* insgesamt ausschlügen. Dieser Annahme scheint mir eine nicht zutreffende Auffassung von dem Wesen des *accrescere* zu Grunde zu liegen. *Heredes accrescunt* kann nur zutreffend gesagt werden, wenn wenigstens einer der wirklich Eingesetzten Erbe wird. Wird keiner der Eingesetzten wirklich Erbe, so kann von dem *accrescere* der Präterierten nicht mehr die Rede sein: das Testament wird *destitutum,* und es tritt die Intestaterbfolge ein, es fallen dann auch die Legate und Exheredationen. Da das *accrescere* nie die Bedeutung des auch nur beschränkten Eintretens der Intestaterbfolge hat, sondern die präterierten Töchter und Enkelkinder so behandelt werden, als habe der Testator sie zusammen auf die betreffende ihnen zugebilligte Quote eingesetzt,

[1] Entwickel. d. Erbfolge gegen d. letzt. Willen S. 38.
[2] Glücks Kommentar Bd. XXXVI, S. 340. [3] A. a. O. S. 24. [4] A. a. O. S. 18 f.
[5] A. a. O. S. 144. [6] Theophil. ad pr. I. de exher. lib. 2, 13.

so kann man auch nur sagen, daß sie, falls ihrer mehrere sind, dieselbe nach Köpfen unter sich zu teilen haben. Was aber die Accrescenzerben erhalten, wird den wirklich eingesetzten Erben, mit welchen jene konkurrieren, wohl *pro portionibus hereditariis* abgezogen.

Auf die Frage, wie die Einsetzung der *sui heredes* beschaffen sein müsse, soll hier im einzelnen nicht näher eingegangen werden. Nur ein Punkt möge hervorgehoben werden, da er wieder zeigt, wie auch im Noterbenrecht der *filiusfamilias* vor den Töchtern und Enkelkindern hervorgehoben wird. Während nämlich der *filiusfamilias* unter einer kasuellen Bedingung nur eingesetzt werden kann mit Beisetzung einer ausdrücklichen Enterbung für den Fall der Vereitelung der Bedingung,[1] können Töchter und Enkelkinder unter einer kasuellen Bedingung auch ohne Enterbung für den umgekehrten Fall eingesetzt werden, so daß sie dann für den Fall der Vereitelung der Bedingung beseitigt sind.[2] Man hätte ja nicht verlangen können, daß ein solcher Noterbe für den Fall der Vereitelung der Bedingung *nominatim* exherediert werde, da bei ihm *exheredatio inter ceteros* genügte; eine *exheredatio inter ceteros* konnte man doch aber bei der bedingten ausdrücklichen Einsetzung für den umgekehrten Fall unmöglich anbringen. Man sah daher darin, daß er nur für einen bestimmten Fall eingesetzt war, eine genügende Ausschließung für das Ausbleiben dieses Falls. — Die *exheredatio*, möge sie *nominatim* oder *inter ceteros* geschehen, ist, ebenso wie die *institutio*, an eine feste hergebrachte Wortformel gebunden *(exheres esto, exheres sit, exheres erit)*.[3] Die Exheredation muß dem Ausdruck nach nicht irgendwie beschränkt sein, sondern der Noterbe muß von der ganzen Erbschaft bezw. von allen Erben exherediert sein.[4] Hat das Testament mehrere Grade, und bezieht sich die Exheredation auf einen von ihnen nicht, so gilt der Noterbe für diesen Grad als präteriert.[5] Die Exheredation darf keine bedingte sein,[6] denn für den Fall der Vereitelung der Bedingung war der bedingt Exheredierte präteriert. Anders ist es, wenn er für diesen Fall eingesetzt ist. Auf das Detail der Erfordernisse der *exheredatio* hier näher einzugehen, ist nicht unsere Aufgabe, zumal mit Recht gesagt ist, daß dieses Detail keineswegs insgesamt der ältern Zeit angehört, sondern derjenigen, in welcher die Jurisprudenz zur vollen Entwickelung gelangt war. So ist es auch fraglich, ob der Satz *exheredationes non esse adiuvandas* schon der ältern Zeit angehört. Glaublicher ist, daß er erst in der Zeit, zu welcher ein Pflichtteilsrecht aufgekommen war, entstanden ist. Die in diesem sich ausprägenden Anschauungen wirkten in einem gewissen Maße auch auf die Behandlung des formellen Noterbenrechts zurück, das positiv abgünstige Verhalten gegenüber den Exheredationen, welches sich, wie Schröder[7] mit Recht sagt, in der Handhabung der Regeln für die Exheredationen zeigt, ist wohl jedenfalls erst in dieser spätern Zeit aufgekommen. —

Wir haben früher gezeigt, daß der Satz *„postumi agnatione testamentum*

---

[1] L. 11 D. de cond. inst. 28, 7. L. 20 § 4 D. de bonis libertorum 38, 2. L. 87 (86) pr. D. de her. inst. 28, 5.

[2] L. 4 u. l. 6 § 1 D. de her. instit. 28, 5. L. 1 § 8 D. de suis et leg. 38, 16.

[3] Ulp. XXII, 33. 34. § 6 I. de exher. lib. 2, 13. L. 2, l. 3 § 2, l. 14 § 2, l. 15 D. de lib. et post. 28, 2 u. a. St.

[4] L. 19 D. eod. tit. L. 8 § 3 D. de bon. poss. contra tab. 37, 4.

[5] L. 8 § 1 D. eod. tit. [6] L. 18 pr. D. eod. tit. L. 3 § 1 D. de lib. et post. 28, 2.

[7] A. a. O. S. 94.

rumpitur" von einem andern Gesichtspunkt aufzufassen ist, als das spätere Noterbenrecht. Seitdem aber *postumi* im voraus im Testament eingesetzt und auch exherediert werden konnten, hat man auch die Sätze des Noterbenrechts auf sie ausgedehnt, obwohl dieselben eigentlich nicht auf sie paßten, was sich schon darin zeigt, daß von einer in der *exheredatio* sich aussprechenden Mißbilligung und Abneigung doch in Bezug auf *postumi* nicht die Rede sein konnte. Nach Ulpian XXII, 21 f. sollen die nachgeborenen Söhne *nominatim* exherediert werden.[1] Bei nachgeborenen Enkeln, Urenkeln soll nach ihm *exheredatio inter ceteros cum adiectione legati* genügen; doch sagt er, sicherer sei es, auch sie *nominatim* zu exheredieren, und dies entspreche der Sitte *(et id observatur magis)*. In allen anderen darauf bezüglichen Stellen[2] wird aber gesagt, daß nachgeborene Enkel *nominatim* zu exheredieren seien. Nachgeborene Töchter, Enkelinnen brauchen aber nur *inter ceteros* exherediert zu werden, vorausgesetzt, daß der einzelnen etwas legiert werde, um einen Beweis dafür zu haben, daß sie nicht vergessen sei. Der von Studemund entzifferte § 134 des zweiten Buchs der Gaianischen Institutionen zeigt uns jetzt, daß die Möglichkeit, die Ruption eines Testaments *agnatione postumi* durch Exheredation desselben zu vermeiden, erst auf der *lex Iunia Vellaea* beruht, und daß diese die Art der Exheredation der männlichen und weiblichen *postumi* in der angegebenen Art festgesetzt hat,[3] was Ulpian bei seiner Äußerung über die nachgeborenen Enkel nicht gegenwärtig gewesen sein muß. Durch jenes zusätzliche Erfordernis nimmt die *exheredatio* einen Gedanken in sich auf, der ihr in Anwendung auf die bei der Testamentserrichtung schon existierenden *sui heredes* fehlt: sie soll zeigen, daß der einzelne Noterbe nicht etwa übersehen, vergessen ist. Auf die bei der Testamentserrichtung schon existierenden *sui heredes* ist jenes zusätzliche Erfordernis auch später nicht übertragen worden. Die Folge der Präterition aller Postumen war aber (und darin zeigt sich wieder, daß die Anwendung des Noterbenrechts auf sie doch nur bis zu einem gewissen Grade durchgeführt ist) immer Ruption des Testaments. Hat das Testament mehrere Grade der Erbeinsetzungen, so rumpiert der *postumus* den ihn präterierenden Grad und von diesem ihn verletzenden Grad an das ganze Testament.[4]

Bis an das Ende unserer Darstellung des civilen Noterbenrechts haben wir die Erörterung der Frage verschoben, in welchem Verhältnis die *lex Voconia* zu den Sätzen des Noterbenrechts über Töchter, Enkelinnen u. s. w. des Erblassers steht. Das Noterbenrecht überhaupt, auch das für die Töchter geltende, stammt meines Erachtens schon aus der Zeit vor der *lex Voconia*. Nach der Auffassung Schmidts,[5] Vangerows[6] u. a. soll nun das für die Töchter geltende Noterbenrecht sehr wohl mit dem Einsetzungsverbot der *lex Voconia* verträglich sein. Die *lex Voconia* soll das Anwachsungsrecht der Töchter haben bestehen lassen, durch dieses gesetzliche Anwachsungsrecht habe das Verbot der Tochter

---

[1] Über die Art, wie die Einsetzung eines *postumus* zu geschehen habe, vgl. Schmidt, a. a. O. S. 40.

[2] Paulus III, 4 B § 10 u. l. 2 C. de lib. praet. 6, 28. § 1 I. de exher. lib. 2, 13. L. 3 pr. D. de iniusto 28, 3. L. 10 § 2 D. de test. tut. 26, 2.

[3] Gai. cit.: — *idque lege Iunia Vellaea provisum est, in qua simul exheredationis modus notatur, ut virilis sexus nominatim, feminini vel nominatim vel inter ceteros exheredentur, dum tamen iis, qui inter ceteros exheredantur, aliquid legetur.*

[4] L. 5 D. de iniusto, rupto t. 28, 3. L. 3 § 6 D. eod. tit. L. 14 pr. D. de liberis 28, 2.

[5] A. a. O. S. 24, A. 63. [6] Über d. *lex Voconia* S. 25.

gegenüber seine allzuscharfe Spitze verloren. Dagegen muß ich der Auffassung[1] beipflichten, daß Verbot der Einsetzung und Annahme einer Präterition unvereinbare Dinge sind. Meines Erachtens bleibt nur zwischen zwei Annahmen die Wahl: entweder galt das Verbot der *lex Voconia* für Haustöchter nicht, oder das Noterbenrecht der Töchter eines in der ersten Klasse Censierten war durch die *lex Voconia* außer Kraft gesetzt. Die erste Annahme ist aber ausgeschlossen durch ausdrückliche Zeugnisse.[2] Durch eines dieser Zeugnisse scheint mir auch dargethan, daß das Anwachsungsrecht der Töchter gegenüber dem Einsetzungsverbot der *lex Voconia* nicht Platz griff. Nach Cic. de fin. II, 17 u. 18 hatte Q. Fadius Gallus in seinem Testament nicht seine Tochter, sondern den P. Sextilius Rufus zum Erben eingesetzt, dabei aber bemerkt, er habe den Erben gebeten, die ganze Erbschaft seiner Tochter herauszugeben. Die Absicht des Q. Fadius Gallus war offenbar gewesen, das Verbot der *lex Voconia*, welches, wenn er seine Tochter eingesetzt hätte, auf sein Testament Anwendung gefunden haben würde, zu umgehen. Der eingesetzte Erbe leugnete das *fideicommissum*, welches damals ja auch noch nicht erzwingbar war, ab und behielt die ganze Erbschaft. Das Anwachsungsrecht der Tochter wird gar nicht erwähnt, kam nicht in Frage, fand also in diesem Falle keine Anwendung. Mit dem Abkommen der *lex Voconia* ist später das Anwachsungsrecht der Töchter auch in diesem Falle wieder in Kraft getreten. Es war also, genauer ausgedrückt, während der Zeit der Herrschaft der *lex Voconia* in seinem Geltungsbereiche nur beschränkt und trat nach dem Abkommen jener *lex* von selbst wieder in Kraft.

IV. Erwerb der Erbschaft.

A. Voraussetzungen desselben.

§ 84. Nach altrömischer Auffassung soll das Erbesein auf völlig sicheren Grundlagen sowohl in objektiver als in subjektiver Beziehung ruhen. Was dazu erforderlich sei, braucht nicht mehr in Bezug auf die Personen geprüft zu werden, welche *ipso iure* und notwendig Erben werden: die *sui et necessarii heredes* bezw. die *necessarii heredes*, denn über diese ist bereits im Frühern gehandelt und dabei auch darauf hingewiesen, daß das *necessario* Erbewerden nicht bei ihnen allen auf gleichem Grunde beruht. Hier ist die Frage nur zu prüfen für die *extranei*, welche zur Erbfolge berufen werden und nicht von selbst mit der Berufung schon, sondern erst vermöge eines Willensakts, der Erbschaftsantretung, Erben werden. Dieser Willensakt hat für die Wirksamkeit der Berufung nicht die Bedeutung einer mitwirkenden, konstituierenden, sondern nur die einer entscheidenden Thatsache, er wird daher, wenn auch vielleicht erst längere Zeit nach der Berufung vorgenommen, auf den Moment der Berufung zurückbezogen.[3] Wesen und Inhalt des Willensakts des Erbschaftsantritts tritt am klarsten hervor in dem demnächst in anderer Beziehung näher zu betrachtenden formellen Akt der *cretio*. Die *cretio* ist eine erst nach dem Tode des Erblassers bezw. nach eingetretener Berufung mit Beziehung auf die-

[1] Fr. Kahn, Zur Gesch. d. röm. Frauen-Erbrechts. S. 47.

[2] Cic. de rep. III, 10. Aug. de civ. Dei III, 21.

[3] L. 54 D. de a. v. o. h. 29, 2. L. 138 u. l. 193 D. de r. i. 50, 17. L. 28 § 4 D. de stip. serv. 45, 3.

selbe, und zwar die Art der Berufung, abgegebene Willenskundgebung, jetzt Erbe zu sein, und wenn man nur von der Weise der Kundgebung des Willens absieht, so stimmen die anderen Arten des Erbschaftsantritts darin mit jener überein. Vor eingetretener Berufung kann der Willensakt, ihr gemäß Erbe zu sein, nicht abgegeben werden.[1] Er würde in diesem Stadium noch kein sicheres Resultat herstellen. Der Erbschaftsantritt gehört zu den Willensakten, *qui non recipiunt diem vel conditionem.* Jede Hinzufügung einer Bedingung (im weitern Sinne) oder eines *dies* macht sie nichtig,[2] der Erbschaftsantritt soll einen sofortigen, sichern, dauernden Rechtszustand herstellen. Es müssen aber nicht bloß die objektiven Voraussetzungen des Erbewerdens, also Tod der zu beerbenden Person und Berufung des Erben vorliegen, sondern diese Voraussetzungen sollen auch subjektiv in des letztern Bewußtsein vorliegen, er soll diese Voraussetzungen wissen,[3] objektive Voraussetzungen des Erbewerdens und subjektives Bewußtsein des Delaten davon sollen sich decken.[4] Der Erbschaftsantritt gilt eben als ein so bedeutungsvoller Akt, daß jeder Irrtum des Antretenden, jedes Nichtkennen wesentlicher Voraussetzungen desselben die Gültigkeit des Akts hindert. Die Rechtsordnung leistet so ihrerseits, was sie dazu thun kann, daß der in der Antretung sich kundgebende Wille ein auf sorgfältiger Überlegung beruhender, kein leichtsinniger sei.[5] Dem Antretenden soll der Erbschaftsantritt nicht als eine Handlung von ungewissem Erfolge erscheinen, so daß er infolgedavon etwa leichter die Prüfung aller einschlagenden Verhältnisse außer acht lasse. Gerade auf den Erbschaftsantritt paßt vollständig der allgemeine Ausspruch der l. 76 D. de reg. iur. 50, 17: *In totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt.* Dasselbe gilt von der Ausschlagung der Erbschaft, einem nicht minder bedeutsamen Akt, als der der Antretung. Die Erfordernisse der letztern kehren daher bei jener wieder.[6] Daraus, daß der Antretende oder Ausschlagende von den erforderlichen objektiven Voraussetzungen seiner Willenserklärung eine zutreffende Vorstellung haben muß, erklären sich auch die Entscheidungen von l. 15 u. 16 D. de adquirenda vel omittenda hereditate 29, 2: Wer glaubt, *necessarius heres* zu sein, während er in Wahrheit *voluntarius* ist, kann weder wirksam ausschlagen noch antreten, denn für einen *necessarius heres,* wofür er sich hält, sind sowohl Ausschlagung wie Antretung civilrechtlich ganz gleichgültige, nichts bedeutende Akte, werden daher auch wohl nicht nach derjenigen Prüfung und Überlegung vorgenommen, welche stattfinden würde, wenn der Betreffende wüßte, daß er *voluntarius* sei. Ein positiver Irrtum über die Quote, zu welcher der Irrende berufen, macht die Antretung auch ungültig,[7] während ein bloßes Nichtwissen dieser Quote die Gültigkeit der Antretung nicht hindert.[8] Auch diese Unterscheidung scheint innerlich gerechtfertigt. Wer sich geradezu über die Quote, zu welcher er berufen ist, irrt, stellt seine Überlegung an und faßt seinen Entschluß von einer falschen Voraussetzung aus. Wer aber in Unwissenheit der Quote, zu welcher er be-

[1] L. 21 § 2, l. 27, l. 13 pr. D. de a. v. o. h. 29, 2.
[2] L. 77 D. de r. i. 50, 17. L. 51 § 2 D. de a. v. o. h. 29, 2.
[3] L. 16, 19, 32, 34 D. eod. tit. L. 21 D. de cond. 35, 1.
[4] Vgl. Lotmar in d. Festgabe zum Doktorjubiläum Plancks S. 67 f.
[5] Enneccerus, Über Begriff u. Wirkung d. Suspensivbedingung S. 54 ff.
[6] L. 13 pr. — § 2, l. 17 § 1, l. 23, l. 94 D. de a. v. o. h. 29, 2.
[7] L. 75 D. eod. tit. [8] L. 21 § 3 D. eod. tit. L. 5 § 1 D. si pars hered. 5, 4.

rufen, antritt, zieht alle möglichen Fälle in seine Überlegung hinein und entschließt sich auf alle Fälle hin. Irrtum des Berufenen über seine eigene Fähigkeit zum Erbschaftserwerb hindert wirksame Antretung nach den Entscheidungen der Juristen der Kaiserzeit nicht; doch scheint es dabei nicht ohne alle Unterscheidung und nicht ohne allen Zweifel abgegangen zu sein, und es wäre nicht unmöglich, daß die alten Juristen anders gedacht haben.[1]

B. Die Antretung der Erbschaft.

(Cretio. Usucapio pro herede. Pro herede gestio. Formlose *aditio.)*

§ 85. Nach dem zur Zeit des Gaius geltenden Recht kann, wer in einem Testament *sine cretione* zum Erben eingesetzt ist, oder wer unmittelbar durch Gesetz zur Erbfolge berufen ist, entweder durch *cretio* oder durch *pro herede gestio* oder durch ausdrückliche formlose Erklärung, Erbe sein zu wollen, die Erbschaft erwerben.[2] Schon Walter sagte:[3] „Dieses ohne Not komplizierte Recht kann nicht das ursprüngliche sein, sondern ursprünglich muß die *cretio* besondere Beziehungen gehabt haben, die nicht mehr zu enträtseln sind." Und Leist[4] erklärte es für völlig unwahrscheinlich, daß das ganze Institut der Kretion erst aus der Sitte der Testatoren, Deliberationsfristen anzuordnen (denn Antretung durch *cretio* wird immer mit Ansetzung einer Frist für dieselbe vom Testator angeordnet), entstanden sein sollte. Dem Charakter des alten römischen Rechts sei es durchaus angemessen, daß, da alle Rechtsgeschäfte unter solennen Errichtungsformeln standen, auch die *hereditatis aditio* solchen unterworfen war. Daß für diese die *nuda voluntas suscipiendae hereditatis* von jeher genügt hätte, scheine ihm fast eine Undenkbarkeit, ja auch daß schon von Anfang an die *pro herede gestio* neben der formellen Antretung bestanden hätte, dünke ihm unwahrscheinlich; den zur Erbfolge berufenen *extranei* möge anfangs wohl allgemein die Pflicht der *cretio* obgelegen haben, wie dasselbe schon Mühlenbruch (in seiner Ausgabe der Heineccischen *antiquitates,* S. 446, Note 1) vermutet habe. Die Art, in welcher *cretio* und *pro herede gestio* nebeneinander bestehen, zeigt deutlich genug, daß die *pro herede gestio* später erst neben die *cretio* getreten. Schon früher habe ich versucht[5] darzulegen, wie vor dem Aufkommen der *pro herede gestio* wahrscheinlich das ältere Recht gestaltet war, und will das hier noch etwas näher darlegen. Nach allem, was wir von der *cretio* wissen, sind *cretio* und Kretionsfrist nicht voneinander zu trennen. Stets wird sie mit Hinweis auf solche Frist definiert *(finis deliberandi,*[6] *omnis cretio certo tempore constringitur,*[7] *certum dierum spatium, quod datur ad deliberandum, utrum expediat ei adire hereditatem necne.*[8]) Auch Isidor V, 24, 15 definiert sie als *certus dierum numerus, in quo institutus heres aut adit hereditatem aut finito tempore cretionis excluditur.* Auch die ursprüngliche Bedeutung von *cernere* führt uns auf diese Frist, denn *cernere,* zusammenhängend mit dem griechischen *κρίνω*, bedeutet: sichten, sieben, absondern, unterscheiden, prüfen. Unsere *cretio* ist also eigentlich die Überlegung, das *deliberare* des Berufenen, ob er an-

[1] L. 21 D. de demonstrat. 35, 1. L. 6 § 4 D. de adquirenda v. o. h. 29, 2: — *posse adire hereditatem magis admittit.* L. 34 pr. D. eod. tit. L. 74 § 4 D. eod. tit.: — *Iulianus hunc diceret fieri heredem.*

[2] Gai. II, 167. [3] Gesch. des röm. Rechts 3. Aufl. II, S. 804.

[4] Bonor. possessio II, 2, S. 122 f. [5] Jenaer Litteraturzeitung 1874, Nr. 37, S. 566 f.

[6] Gai. II, 164. [7] Gai. II, 170. [8] Ulp. XXII, 27.

treten solle oder nicht, und erst folgeweise der aus dieser Überlegung sich ergebende Entschluß der Antretung. — Noch das spätere Recht unterscheidet eine *cretio continua* oder *certorum dierum* und eine *cretio vulgaris*.[1] Bei der erstern ist das *tempus deliberandi* ein *continuum*, bei der zweiten ein *utile*. Der Testator konnte nämlich der Anordnung der Frist: *cernitoque in diebus centum* oder *sexaginta proximis* die Worte hinzufügen: *quibus scies poterisque*. Fehlte dieser Zusatz, so lief die Frist, auch wenn der Berufene seine Berufung nicht kannte oder wegen eines Hindernisses nicht antreten konnte; war er gemacht, so lief die Frist erst von dem Moment, wo er die Berufung erfahren, und es wurden die Tage nicht gezählt, an welchen er verhindert war anzutreten. Die gewöhnliche Zahl der Tage, welche für die *cretio* gegeben wurde, war 100. Gaius bemerkt darüber II, 170: *Omnis autem cretio certo tempore constringitur, in quam rem tolerabile tempus visum est centum dierum. potest tamen nihilo minus iure civili aut longius aut breius tempus dari.* Danach darf man annehmen, daß die Frist von 100 Tagen für die *cretio* gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich angeordnet war, der Testator konnte aber bei Anordnung der *cretio* eine längere oder kürzere Frist setzen. Die gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Frist war, wie alle gesetzlichen Fristen, ein *tempus continuum*. Der Testator konnte, wie der Magistrat bei Anordnung seiner Fristen, das *tempus* als ein *utile* geben. Nur die gesetzliche Frist, welche zugleich *tempus continuum* war, galt ursprünglich für die *legitima hereditas*. Für die Erklärung der Antretung war der Gebrauch einer bestimmten solennen Formel vorgeschrieben, welche für die testamentarische *cretio* noch von Gaius und Ulpian überliefert ist. Vgl. Gai. II, 166: *Quod me P. Mevius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque.* Etwas kürzer Ulpian XXII, 28. Die Formel war mündlich auszusprechen, *cernere est verba cretionis dicere* (Ulp. l. c., ebenso Gaius: *id est haec verba dicere*). Schon des Beweises halber mußten Zeugen bei der Erklärung zugezogen werden. Der Testator konnte aber gewiß näher anordnen, wie die *cretio* zu geschehen habe, und also auch die Zuziehung von Zeugen bei der Erklärung anbefehlen. Das zeigt Varro de l. l. VI, 81: — *itaque in cretione adhibere iubent testes;* auch Cic. ad Att. 13, 46: *ex eo cognovi cretionem Cluvii (o Vestorium negligentem!), liberam cretionem, testibus praesentibus, sexaginta diebus.* Daß die *cretio* dem Testament gemäß geschehen mußte, zeigen Ciceros Worte ad Att. XI, 2: — *eoque ipso die ex testamento crevi hereditatem.* An einer andern Stelle, ad Att. XI, 12, spricht Cicero von einer *simplex cretio: Galeonis hereditatem crevi. puto enim cretionem simplicem fuisse, quoniam ad me nulla missa est.* Darunter ist wohl eine *cretio* zu verstehen, für deren Vornahme der Testator keine besonderen Vorschriften gegeben hat. — In alter Zeit hat es nun neben der Antretung der Erbschaft durch die solenne *cretio* keine andere formlosere Art der Antretung gegeben, keine durch *pro herede gestio*. Ausdrücklich wird die *cretio* als ein dem alten Civilrecht eigentümlicher Akt bezeichnet von Isidor V, 9: *Ius Quiritium est proprie Romanorum, quod nulli tenent, nisi Quirites, id est Romani, tanquam de legitimis hereditatibus, de cretionibus* etc. Wie hätte wohl die civilrechtliche *hereditas*, für deren Erwerb es den civilrechtlichen Akt der *cretio* gab, in alter Zeit auch durch einen naturalen Akt, wie die *pro herede gestio*, erworben werden können! Das *tempus cretionis* blieb dem Delaten frei, durch formloses Ausschlagen verlor er das Recht der *cretio* nicht. Nahm er

[1] Gai. II, 171. 172. 173. Ulp. XXII, 31. 32.

aber die *cretio* innerhalb der Frist nicht vor, so war er ursprünglich wohl von der Erbschaft völlig ausgeschlossen, ohne daß man schon den Unterschied zwischen *cretio perfecta* und *imperfecta* gemacht hätte. Wohl aber ist durch den Einfluß der Jurisprudenz, um womöglich eine Erbenlosigkeit des Nachlasses zu verhüten, für den Berufenen, der die *cretio* nicht vorgenommen, ein anderer Weg eröffnet, dennoch *heres* zu werden: die *usucapio pro herede*. Aus Gai. II, 54 wissen wir, daß durch die *usucapio pro herede* in älterer Zeit nicht etwa einzelne Erbschaftssachen, sondern die *hereditas* selbst erworben wurde. Auch geht aus seiner Darstellung deutlich genug hervor, daß die *usucapio pro herede* ein erst der Zeit nach der Zwölftafelgesetzgebung angehörendes künstliches Produkt der Jurisprudenz war, aufgebracht, um einen Erben zu haben, der für die auf der *familia* lastenden *sacra* und Schulden haften müsse. Jene alte, Recht schaffende Jurisprudenz verfuhr, wie schon an anderer Stelle bemerkt wurde, zur Erreichung ihrer Zwecke einigermaßen rücksichtslos, sie griff zu Argumentationen, welche nicht nach dem Geschmack einer feiner ausgebildeten Wissenschaft sind. Die *hereditas*, die Einheit der *familia pecuniaque* eines *defunctus*, soll durch *usucapio* erworben werden können, und da sie nicht zu den Grundstücken gehöre, so soll sie, als zu den *ceterae res* gehörig, in einem Jahre ersessen werden können. So roh aber, wie auf den ersten Blick das von jener alten Jurisprudenz zur Erreichung ihres Zwecks angewandte Mittel erscheinen möchte, war es doch nicht, denn es war, wie früher gezeigt wurde, der *usus* im Sinne der alten *usucapio* nicht identisch mit *possessio*. Wie *usus* bei der *usucapio* körperlicher Sachen Ausübung des Eigentumsinhalts war, so war *usus* bei der *pro herede usucapio* Ausübung des Inhalts des Erbrechts. Und wenn nach Gaius' Darstellung diese *usucapio* als eine *improba* erscheint, da sie keinen Titel und *bona fides* voraussetzt, so darf man aus der spätern denaturierten *usucapio pro herede* der einzelnen Erbschaftssachen nicht voreilig Schlüsse ziehen auf die alte *usucapio* der *familia pecuniaque* als Einheit. Es ist bei der Darstellung der Geschichte der *usucapio* gezeigt, daß die von der spätern Jurisprudenz aufgestellten Voraussetzungen der Usukapion bei der alten *usucapio* noch nicht *explicite* gefordert wurden, daß aber doch durch den Begriff des *usus* als der Ausübung des Eigentumsinhalts eine gewisse objektive Grundlage derselben von selbst gefordert wurde. Und so liegt denn auch bei der *usucapio pro herede* als dem Erwerb der *familia pecuniaque* eines Verstorbenen durch einjährige Ausübung des Erbrechtsinhalts die Frage nahe, ob diese Ausübung gar keiner objektiven Grundlage bedurft habe. Zunächst konnte meines Erachtens *pro herede* usukapieren nur der durch Testament oder Gesetz an erster Stelle zur Erbfolge Berufene. Nahm er die durch Gesetz oder Testament vorgeschriebene *cretio* nicht vor, so wurde er durch bloße Inbesitznahme der Erbschaft noch nicht *heres*, wurde es aber durch einjährige Ausübung des Erbrechtsinhalts. Ergriff er Besitz noch innerhalb der Kretionsfrist, so konnte man recht eigentlich von ihm sagen, daß er *pro herede* besitze, denn er war noch im strengsten Sinne zur Erbfolge berufen. Und auch bei einer Besitzergreifung nach Ablauf der Kretionsfrist fehlte es nicht an einer objektiven Grundlage derselben, denn der Unterschied zwischen der testamentarischen *cretio perfecta* und *imperfecta* ist wohl kein ursprünglicher. Die *perfecta* ist diejenige, bei deren Anordnung im Testament für den Fall der Nichtvornahme des *cernere* innerhalb der angeordneten Frist eine *exheredatio* des Säumigen ausgesprochen ist, die *imperfecta* ist die *sine exheredatione* angeordnete *cretio*. Der ganze Unterschied wird nur

im Zusammenhange mit den Substitutionen vorgetragen. Das Aussprechen der *exheredatio* für den Fall der Versäumung der Kretionsfrist macht nicht den Eindruck des Naiven, Ursprünglichen; sie hat etwas Absichtliches, sie setzt die Möglichkeit voraus, daß ohne sie der Säumige nach Ablauf der Kretionsfrist doch irgendwie Erbe werden kann, und will diese Möglichkeit ausschließen. Bei der gesetzlich angeordneten *cretio* wird eine solche *exheredatio* überhaupt nicht vorgekommen sein. Es ist anzunehmen, dass, wenn die *cretio,* wie ursprünglich überhaupt, *sine exheredatione* vorgeschrieben war, der Berufene nach Ablauf der Frist zwar nicht mehr *cernendo,* wohl aber noch durch Besitzergreifung der Erbschaft und *usucapio heres* werden konnte. Daß der nach ihm Berufene durch bloße *cretio* habe die *usucapio* unterbrechen können, ist wohl kaum anzunehmen. Um die *pro herede usucapio* des vor ihm Berufenen zu verhindern, mußte er meines Erachtens mit der *hereditatis petitio* gegen ihn auftreten. Wurde die *usucapio pro herede* des vorher Berufenen vollendet, bevor die *hereditatis petitio* des andern gegen ihn bis zur Litiskontestation gebracht war, so war von diesem zu sagen: *usu hereditatem amisit.* Weil solches *usu hereditatem amittere* möglich war, fingen Testatoren an, die *cretio cum exheredatione* anzuordnen, um dem Substituten gegenüber eine *usucapio pro herede* des *institutus* unmöglich zu machen. In den bisher betrachteten Fällen fand also die *usucapio pro herede* auf Grund der Berufung zur Erbfolge durch Testament oder Gesetz statt. Wie aber war es, wenn gar kein zur Erbfolge Berufener vorhanden war? Sollte dann der Nachlaß erblos bleiben? Auch in diesem Falle wird man die *usucapio pro herede* zugelassen haben, welche hier ihre objektive Rechtfertigung nicht in einer Berufung zur Erbfolge, sondern darin hatte, daß überhaupt kein zur Erbfolge Berufener mehr da war. Zur *usucapio pro herede* war auch in diesem Falle nur fähig, wer überhaupt Erbfähigkeit besaß (l. 4 D. pro herede 41, 5: *Constat eum, qui testamenti factionem habet, pro herede usucapere posse).* Fraglich ist, warum ein *servus,* welcher ja *ex persona domini testamenti factio* hat, nicht *pro herede possidere,* also auch nicht *usucapere* kann (l. 4 § 4 D. de usucap. 41, 3). Ein *alienus servus heres institutus* kann nur *iussu domini* die Erbschaft antreten: auch später konnte er nur *iussu domini cernere hereditatem.*[1] In den *verba cretionis* mußte der Antretende wohl ausdrücklich den *iussus domini* erwähnen *(— eam hereditatem iussu domini mei adeo cernoque).* Eine solche ausdrückliche Bezugnahme auf den *iussus* des Herrn war bei dem *pro herede possidere,* ebenso wie später bei dem *pro herede gerere,* nicht denkbar. Wie daher später der *servus alienus heres institutus* nicht durch *pro herede gestio,* so konnte er früher nicht durch *pro herede usucapere* seinen Herrn zum *heres* machen. Was vom *servus,* galt auch von dem zum Erben eingesetzten Hauskinde eines andern. — Eine Inbesitznahme des ganzen Nachlasses war gewiß zur *pro herede usucapio* nicht erforderlich, aber andererseits wird auch nicht ein Besitz einer oder einzelner Erbschaftssachen die *usucapio hereditatis* als einer Einheit ermöglicht haben. Man erinnere sich hier der alten Bestimmung, wonach ein zur Verfügung von *multae* berechtigter Magistrat *multare* darf *dum minoris partis familiae taxat.* Eine die Hälfte der *familia* erreichende oder übersteigende Mult würde einer völligen Entziehung der *familia* gleich gekommen sein, wozu der Magistrat nicht berechtigt war. Dem entsprechend konnte ein Besitz des kleinern Teils der *familia pecuniaque* nicht als ein Besitz der *familia pecuniaque* angesehen werden, also nicht zur Usukapion derselben führen.

[1] Cic. ad Att. XIII, 46. 47. L. 1 C. Greg. de patr. pot. 13, 1. Gai. II, 189. 190 u. a. St.

Es ist dann ein Zeitpunkt gekommen, in welchem die *usucapio pro herede* als eine Ersitzung des Erbrechts, als ein Erwerb des hinterlassenen Vermögens als einer Einheit abgeschafft ist. Diese Änderung hängt zusammen mit der historischen Entwickelung des Vermögensbegriffs und der Entwickelung der Erfordernisse der *usucapio*. Die *familia pecuniaque* war ein Begriff, welcher der Periode der Naturalwirtschaft angehörte: Forderungen und Schulden bildeten keinen Bestandteil der *familia pecuniaque*, sondern hafteten nur an ihr. Als die industrielle und kommerzielle Thätigkeit der Römer sich steigerte, als die überseeischen Beziehungen derselben von größerer Bedeutung wurden, als Rom mit der Einführung der Silberwährung in das hellenische Geld- und Münzwesen eintrat, da wirkten diese Umstände auf eine Umbildung des Vermögensbegriffs der Römer ein. Der Gebrauchswert der Güter trat hinter dem Tauschwert zurück. Der naturalwirtschaftliche Unterschied zwischen den zur *familia* und den zur *pecunia* gehörigen Sachen, welcher auf dem verschiedenen Gebrauchswert der betreffenden Sachen für die Naturalwirtschaft beruhte, wurde nivelliert. Daß aber die Güter mehr und mehr nach Geld geschätzt werden, der Wert der Dinge vorzugsweise als Tauschwert erscheint, wandelt den Vermögensbegriff um. Forderungen und Schulden haften nicht mehr, lasten nicht mehr auf dem Vermögen, sie werden selbst als aktive und passive Bestandteile des Vermögens angesehen, das Vermögen ist nun eine Einheit von Rechten und Verpflichtungen, welche sich sämtlich auf Geld reduzieren, nötigenfalls in Geld ausdrücken lassen. Diese Einheit, welche nicht bloß auf körperlichen Sachen beruht, wie die alte *familia pecuniaque*, erscheint nicht als möglicher Gegenstand einer wirklichen *possessio*. Andererseits erlitt, wie früher gezeigt, der Begriff der *usucapio* eine Umbildung. Der alte *usus* war nicht identisch mit *possessio*. Die Ausbildung der durch die Interdikte geschützten *possessio* hatte aber einen umbildenden Einfluß auf das ältere Institut des *usus*, der *usucapio*. Die sich bildende Vorstellung, daß *„sine possessione usucapio contingere non potest"*, hatte ihre Rückwirkung auf die *usucapio pro herede*. Die ideelle Einheit des Forderungen und Schulden einschließenden Vermögens konnte nicht Objekt einer eigentlichen *possessio* sein, konnte also, da *sine possessione usucapio contingere non potest*, auch nicht ersessen werden. Was ersessen werden kann, sind nur die einzelnen in der Erbschaft enthaltenen Sachen. Die *pro herede gestio* trat jetzt an die Stelle der *usucapio pro herede*, natürlich nur in Fällen, in welchen diese die *cretio* hatte ersetzen können, also in den Fällen wirklicher Berufung zur *hereditas*. Was nun die Frage betrifft, wann jene Veränderung mit der *usucapio pro herede* eingetreten, so darf man sich durch Stellen, wie Cic. ad Att. I, 5, 6: *De Tadiana re mecum Tadius locutus est, te ita scripsisse, nihil esse iam, quod laboraretur, quoniam hereditas usucapta esset* u. s. w., pro Flacco 34, 85: *Tu, T. Vecti, si qua tibi in Africa venerit hereditas, usu amittes?* nicht zu der Annahme verleiten lassen, daß noch zu Ciceros Zeiten die *hereditas* als *universitas* Gegenstand der Usukapion gewesen sei. Da auch später bezüglich der einzelnen Erbschaftssachen die *usucapio*, auch wenn es sich um Grundstücke handelte, eine einjährige blieb, so konnten wenigstens Nichtjuristen von dem, welcher alle Erbschaftssachen in Besitz genommen und in einem Jahre ersessen hatte, wohl sagen, er habe die *hereditas* usukapiert. Sagt doch Seneca de ben. VI, 5 spottend: *iurisconsultorum istae acutae ineptiae sunt, qui hereditatem negant usucapi posse, sed ea, quae in hereditate sunt, tanquam quidquam aliud sit hereditas, quam ea, quae in hereditate sunt.* Einen Anhaltspunkt

für die Zeit jener Veränderung bietet die Vergleichung der beiden von Cic. de leg. II, 19 sqq. überlieferten Pontifikaledikte über die zur Prästation der *sacra* Verpflichteten.[1] Zur Zeit des den *antiqui* zugeschriebenen ältern Edikts bestand die *usucapio pro herede* noch als Ersitzung der *hereditas* als *universitas*, denn der, welcher *pro herede* usukapiert hatte, wird hier nicht besonders genannt, er ist eben unter der Kategorie derer, welche *hereditate adstringuntur*, begriffen. Nach dem jüngern Pontifikaledikt aber haftet *tertio loco, si nemo sit heres, is qui de bonis, quae eius fuerint cum moritur, usuceperit plurimum possidendo*, d. h. der, welcher von den Erbschaftssachen das meiste usukapiert hat. Das kann nur verstanden werden von der Usukapion einzelner Erbschaftssachen. Bedeutsam wäre es nun, die Zeiten ungefähr ermitteln zu können, denen diese beiden Festsetzungen des *ius pontificium* angehören. Leist[2] sagt, unter den *antiqui*, auf welche das ältere Edikt zurückgeführt werde, mache Cicero, neben ungenannten *ceteri*, insbesondere den Coruncanius namhaft, dem also vorzugsweise das alte Pontifikaledikt zuzuschreiben sei, während das neuere von P. Mucius Scaevola herrühre. Es ist indessen nicht richtig, daß Cicero den Coruncanius zu den *antiqui* rechnet, welche er als Urheber des ältern Pontifikaledikts dem Scaevola entgegensetzt. Vielmehr sagt er de leg. II, 21, 52: — *placuit P. Scaevolae et Ti. Coruncanio, pontificibus maximis, itemque ceteris, eos, qui tantundem caperent, quantum omnes heredes, sacris alligari*, er nennt also den Coruncanius neben dem Scaevola und den ungenannten *ceteri* als einen, welcher das Pontifikaledikt schon in der neuern Fassung kannte. Damit diese Stelle nicht als gegen ihn sprechend angesehen werde, sagt Leist: Indem Cicero in den citierten Worten das ganze *ius pontificium* mit dem Ausdruck *tantundem* zusammenfaßt, gebraucht er denselben offenbar in dem Sinne von „wenigstens ebensoviel"; darin liege dann mitbegriffen, daß in gewisser Rücksicht ein Plus erfordert werde. Indessen mit jenen Worten ist genau die zweite Klasse des jüngern Pontifikaledikts angegeben, während das ältere Pontifikaledikt von der *maior pars pecuniae* redet, welche der Betreffende empfangen bezw. welche ihm legiert sein müsse. Coruncanius kannte also nach Cicero die zweite Klasse des jüngern Edikts schon, und dasselbe rührte wohl, wenn auch noch nicht in allen seinen Klassen, von ihm her. Ist dem aber so, so können wir nicht mehr annehmen, wie es gewöhnlich geschieht, daß die Klasse des jüngern Pontifikaledikts *qui morte testamentove eius tantundem capiat quantum omnes heredes* infolge der Bestimmung der *lex Voconia*, daß keiner als Legat mehr empfangen dürfe, als alle Erben zusammen empfingen, entstanden sei. Vielmehr ist umgekehrt anzunehmen, daß die zweite Klasse des jüngern Pontifikaledikts das Vorbild der relativen Größenbestimmung der *lex Voconia* gewesen ist. Wie kam denn aber diese jüngere Festsetzung der *pontifices* zu jener relativen Größenbestimmung? Nach der ursprünglichen Auffassung der Römer haftete die Pflicht zur Prästation der hier in Frage stehenden *sacra* auf der *familia pecuniaque*, sie ging auf den über, welcher in die Einheit der *familia pecuniaque* eintrat. Wie daher das ältere Pontifikaledikt vor allem *hereditate* zu den *sacra* verpflichtet werden läßt, so heißt es auch vom jüngern: *Heredum causa iustissima est.* Nicht zum geringsten mit Rücksicht auf diese Pflicht des Erben

[1] Eine besondere Abhandlung darüber ist die von H. Burckhard, Zu Cic. de leg. II, cap. 19—21.

[2] Der röm. Erbrechtsbesitz in seiner ursprünglichen Gestalt S. 175 ff.

wurde durch die patricisch-pontifikale Jurisprudenz die *usucapio pro herede* geschaffen (Gai. II, 55: = *ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit).* Aber die *pontifices* in der Sorge für die gehörige Prästation der *sacra* suchten andere Verpflichtete herbeizuschaffen. Im Hinblick darauf, daß durch Legate und andere Vergabungen *mortis causa* den *heredes* zwar nicht die *familia,* die ihnen verbleiben mußte, wohl aber die *pecunia* (die zum Nachlaß gehörenden *res nec mancipi)* entzogen werden könnte, erstreckten sie jene Pflicht auch auf die, an welche die *pecunia* gelange. Sie stellten den neuen allgemeinen Gesichtspunkt auf, daß *iis essent ea (sc. sacra) adiuncta, ad quos eiusdem (sc. patrisfamilias) morte pecunia venerit.* Von diesem Gesichtspunkt sind schon die beiden anderen Klassen des ältern Pontifikaledikts zu verstehen: *aut si maiorem partem pecuniae capiat, aut si maior pars pecuniae legata est, si inde quippiam ceperit.* Auch hier ist wieder der alte Grundsatz befolgt, daß die *maior pars* dem ganzen gleichsteht. Aber wodurch unterscheiden sich die beiden Klassen, welche beide von der *maior pars pecuniae* reden? Wir wollen von der letzten ausgehen: der, welchem die *maior pars* der *pecunia* im Gegensatz der *familia* legiert ist, soll, auch wenn er nur etwas von dem Legierten wirklich empfangen, zur Prästation der *sacra* (mit)verpflichtet sein. Nach der zweiten Klasse soll, wer wirklich die *maior pars pecuniae* empfangen hat *(capiat),* für die *sacra* haften. Dabei ist wohl an verschiedene Fälle: an *mortis causa donationes* und andere *mortis causa capiones,* wie Empfang von *pecunia* zur Erfüllung der einer Erbeinsetzung beigefügten Bedingung, zu denken. Auch fällt wohl unter diese Klasse ein Kollegatar, dem an sich nur die *minor pars pecuniae* legiert ist, welcher aber durch Accrescenz des Teils eines ausfallenden Kollegatars nun reell die *maior pars pecuniae* empfängt. Es ist nun begreiflich, daß der, welcher wirklich die *maior pars pecuniae mortis causa* empfangen hat, bezüglich der Verpflichtung zur Tragung der *sacra* dem vorangestellt wird, welchem zwar die *maior pars pecuniae* legiert ist, der aber in Wirklichkeit nur etwas von dem Legierten empfangen hat. Zur Zeit, als Tiberius Coruncanius *pontifex maximus* war (500 a. u.), war Roms Suprematie über Italien schon vollendet, die Silberprägung war 485 oder 486 a. u. in Rom eingeführt, eine Umwandlung des Vermögensbegriffs war schon eingetreten, die *usucapio pro herede* als Ersitzung des Erbrechts beseitigt, der materielle Unterschied zwischen *res mancipi* und *nec mancipi,* zwischen den zur *familia* und den zur *pecunia* gehörigen Sachen in seinen wichtigsten Konsequenzen aufgehoben; namentlich war die Beschränkung der Legate auf die zur *pecunia* gehörigen Sachen beseitigt. Auf diese Änderungen nahm das wahrscheinlich von Tiberius Coruncanius ausgehende Pontifikaledikt Rücksicht. Da jetzt nicht bloß Sachen, welche zur *pecunia* im alten Sinne, sondern auch solche, welche zur *familia* im alten Sinne gehörten, legiert werden konnten, so wurde *secundo loco* der als zur Prästation der *sacra* verpflichtet bezeichnet, *qui morte testamentove eius (sc. patrisfamilias) tantundem capiat, quantum omnes heredes.* Diese relative Größenbestimmung mit Rücksicht auf das, was die Erben empfingen, wurde notwendig, weil jetzt den Erben nicht notwendig die *familia* im alten Sinne zu bleiben brauchte, sondern auch diese durch Legate angegriffen werden konnten, und ganz billig schien es, daß der, welcher *mortis causa:* durch Legat, *mortis causa donatio* oder sonstige *mortis causa capio* ebensoviel wirklich erhielt, als alle Erben zusammen, zur Prästation der *sacra* verpflichtet wurde. Die harte Heranziehung dessen, welchem die *maior pars pecuniae* legiert war, auch wenn er nur etwas erhielt, wurde nicht in ent-

sprechender Weise wiederholt. Wohl aber erschien eine besondere Bestimmung bezüglich des *pro herede* Usukapienten, der ja jetzt nicht mehr unter die Kategorie der *heredes* fiel, nötig. Nicht jeder, welcher nur irgend eine Sache *pro herede* usukapiert hatte, wurde herangezogen, sondern der, welcher das Meiste *(plurimum) pro herede* ersessen hatte. Bemerkenswert ist noch, daß, während die den beiden ersten Klassen Angehörigen wohl nebeneinander herangezogen werden, auf die dritte Klasse nur gegriffen wird, *si nemo sit heres.* — Viertens soll, wenn keiner da ist, *qui ullam rem ceperit,* d. h. der irgend eine Erbschaftssache, sei es durch irgend eine Vergabung von Todes wegen oder durch *usucapio pro herede,* bekommen, haften *de creditoribus eius qui plurimum servet.* Für die Haftung des hier Bezeichneten wird vorausgesetzt, daß der Nachlaß (weil insolvent) erblos ist, daß also weder ein Erbe noch irgend ein anderer da ist, der Sachen aus der Erbschaft empfangen hat. In solchem Falle soll von den Gläubigern des Verstorbenen der haften, welcher das Meiste rettet, zur Befriedigung seiner Forderung erhält. Huschke[1] sagt unrichtig: „Hatten die Gläubiger bloß ihre Forderung bezahlt erhalten, so konnten sie überhaupt nicht zu den *sacra* angehalten werden, die immer nur auf dem vom Vermögen Gewonnenen ruhten." Indessen das *servare* kann immer nur auf den bezogen werden, der etwas nicht verliert, nicht einbüßt, sondern das, was ihm gebührt, rettet, sich erhält. Der Gläubiger, welcher das Meiste rettet, soll für die *sacra* haften. Hier kann wohl nicht an eine Konkursordnung gedacht werden, bei welcher die Gläubiger, welche an dem Konkurs teilnehmen, gleichmäßig nach Verhältnis ihrer Forderungen befriedigt werden; es kann nicht etwa der, welcher, weil seine Forderung größer, als die der anderen, nach Verhältnis derselben mehr erhält, als einer bezeichnet werden, *qui plurimum servet.* Die Festsetzung dieser Klasse stammt also aus einer Zeit, in welcher die *bonorum venditio* noch nicht eingeführt war. Das frühere Verfahren bezüglich der Befriedigung der Gläubiger eines Insolventen liegt im Dunkeln. In dem spätern Konkursverfahren gab es einen Termin, nach welchem kein Gläubiger den anderen gegenüber das *Praevenire* spielen konnte: von dem Augenblick an, in welchem zufolge prätorischer *missio* die *bona* des Insolventen in Besitz genommen sind, darf keiner der Gläubiger seine Befriedigung mehr gesondert betreiben; wer *post bona possessa* Befriedigung seiner Forderung erhalten, kann *in portionem vocari* (l. 6 § 7, l. 24 D. quae in fraudem 42, 8). Ein solches Konkursverfahren im Sinne notwendig gleichmäßiger Befriedigung der Gläubiger scheint dem ältern Recht unbekannt gewesen zu sein. Nach der Zwölftafelgesetzgebung sollen die Gläubiger teilen *(partes secanto),* aber es wird sofort hinzugefügt: *si plus minusve secuerunt, se fraude esto,* d. h. wenn bei der Teilung der eine (verhältnismäßig) mehr als der andere erhalten hat, so soll ihm das unnachteilig sein, es kann sich keiner über ein solches ungleiches Resultat der Teilung beschweren. Danach ist einfach das Resultat daraus gezogen, daß die Forderungen der Gläubiger eines Insolventen miteinander kollidieren, und daß bei Kollision die Prävention entscheidet. Der Gläubiger, der verhältnismäßig das Meiste gerettet, soll nach unserem Pontifikaledikt zu den *sacra* herangezogen werden können. Keiner durfte aber mehr erhalten, als er zu fordern hatte, das Mehr würde von den anderen Gläubigern in Anspruch genommen werden können. Dem Einwand, daß, wer nur seine Forderung bezahlt erhalten, über-

[1] Über d. Recht des Nexum S. 91, A. 117.

haupt nicht zu den *sacra* habe angehalten werden können, kann durch den einfachen Hinweis darauf begegnet werden, daß, soweit ein Gläubiger verhältnismäßig mehr gerettet hat, als die übrigen, die himmlischen Gläubiger ihm vorgehen. Auch diese Klasse stellt sich als eine alte dar. Schwerlich wird sie erst von P. Mucius Scaevola, der gleichzeitig mit dem Prätor Rutilius, der die *bonorum venditio* eingeführt haben soll, lebte, in das Pontifikaledikt aufgenommen sein. Es bleibt noch die letzte Klasse: *Extrema illa persona est, ut, si qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit neminique eam solverit, proinde habeatur quasi eam pecuniam ceperit.* Auch diese Klasse wird aus der Zeit vor der Einführung der *bonorum venditio* und der Klagen des *bonorum emtor* gegen die Erbschaftsschuldner aufgestellt sein. War kein Nachfolger da, der gegen die Schuldner hätte klagen können, so hatten die Erbschaftsgläubiger kein Mittel, um die Erbschaftsschuldner zur Erfüllung anzuhalten; der Erbschaftsschuldner war dann also in der Lage, den Betrag seiner Schuld zu gewinnen. Hat er also niemandem bezahlt, weder einem Nachfolger des *mortuus* noch dessen Gläubigern, so soll er zur Prästation der auf der Erbschaft ruhenden *sacra* angehalten werden können, *quasi eam pecuniam ceperit.*

Wir sind also zu dem Resultat gekommen, daß die *usucapio pro herede* als Ersitzung des Erbrechts schon zur Zeit des Tiberius Coruncanius abgeschafft ist. Als Ersitzung der einzelnen Erbschaftssachen blieb sie bestehen. Als solche hatte sie nun vielfach keinen objektiven Rechtfertigungsgrund mehr. Warum man nicht überhaupt die *usucapio pro herede,* sofern sie ohne Rechtfertigungsgrund war, abschaffte, erklärt sich aus dem konservativen Sinne der Römer, der ein vorhandenes Institut nicht einfach beseitigt sehen wollte, solange dasselbe noch irgend einen Nutzen bringen konnte. Daß aber die *usucapio pro herede* auch in ihrer modifizierten Gestalt nicht ganz zwecklos war, soll jetzt gezeigt werden. Seitdem die *pro herede gestio* als Antretungsmodus zulässig geworden war, hatte die *cretio* mit der Frist, woran sie geknüpft war, für die Intestaterbfolge ihre Bedeutung verloren, denn da die *pro herede gestio* an keine Frist gebunden war, so konnte der durch das Gesetz berufene Erbe ruhig die Kretionsfrist verstreichen lassen und später durch *pro herede gestio* die Erbschaft antreten. Die Antretung durch *cretio* wurde also für den *ab intestato* Berufenen etwas rein Fakultatives. Bevor nun durch die Einführung des vom Prätor zu setzenden *spatium deliberandi* und die Einführung der *bonorum possessio* mit ihren Agnitionsfristen in anderer Weise für eine Beschleunigung der Antretung von seiten des Berufenen gesorgt war, hatte die *usucapio pro herede* immer noch den Nutzen, daß „sie dem zaudernden Delaten resp. Erben noch die Gefahr drohte, eine mehr oder weniger ausgeleerte Erbschaft zu bekommen".[1] Die weiteren Schicksale der *usucapio pro herede* gehören nicht mehr der Darstellung des *ius civile* an. Nur das muß noch gefragt werden, warum eine *usucapio pro herede* dem *necessarius heres* gegenüber nicht zugelassen war,[2] da sie ja doch zugelassen wurde bezüglich der *res hereditariae,* deren Besitz der Erbe noch nicht ergriffen hatte, auch wenn er schon angetreten hatte. Der Grund scheint mir folgender gewesen zu sein. Die alte *usucapio pro herede* als Ersitzung des Erbrechts war, wie wir gesehen, ein Ersatz für die Unterlassung der *cretio* des zur Erbfolge Berufenen. Der *necessarius heres* war *ipso iure* Erbe, er bedurfte der *cretio* nicht, um *heres* zu werden, und, wenn er Erbe geworden war, war

[1] Keller, Institutionen S. 251. [2] Gai. II, 50. III, 201.

kein anderer berufen, der durch *cretio* oder *usucapio pro herede* hätte Erbe werden können. Als die *usucapio pro herede* als Ersitzung des Erbrechts abgekommen und nur noch Ersitzung einzelner Erbschaftssachen geblieben war, da wäre nun allerdings dieselbe auch gegenüber dem *necessarius heres* denkbar gewesen, solange dieser noch nicht Besitz von den Erbschaftssachen ergriffen hatte. Und daß die Frage, ob nicht auch gegenüber einem *suus heres* usukapiert werden könne, aufgeworfen ist und Zweifel erregt hat, ersieht man aus der Fassung der l. 2 C. de usuc. pro herede 7, 29: *Nihil pro herede posse usucapi suis existentibus heredibus obtinuit* (vgl. Gai. III, 201: *nam necessario herede existente placuit nihil pro herede usucapi posse).* Aber beim Eintreten des *necessarius heres* war die Erbschaft keinen Moment verwaist, er war unmittelbarer Fortsetzer des Interessenkreises des *defunctus,* und so konnte man Möglichkeit eines *furtum* an den *res hereditariae* annehmen schon, bevor jener Besitz von denselben ergriffen hatte. Mit dieser Annahme war die Möglichkeit der *usucapio pro herede* hier ausgeschlossen. — Was die testamentarische Erbfolge angeht, so war, wenn der Testator nicht Antretung durch *cretio* vorgeschrieben hatte, auch Antretung durch *pro herede gestio* zulässig. Hatte er Antretung durch *cretio* vorgeschrieben, so kam es darauf an, ob er dieselbe *cum* oder *sine exheredatione* vorgeschrieben hatte. Erstern Falls war der Eingesetzte, wenn er die Kretionsfrist unbenutzt verstreichen ließ, ausgeschlossen: er konnte auch nicht mehr durch *pro herede gestio heres* werden. Im andern Fall konnte er durch *pro herede gestio* wenigstens zum Teil das, worauf er eingesetzt war, erwerben, während zum andern Teil der ihm Substituierte eintreten konnte. Nur darüber bestand unter den Juristen der Kaiserzeit eine Meinungsverschiedenheit, ob der *institutus* durch *pro herede gestio* während der Kretionsfrist sofort das Recht, durch *cretio* das Ganze zu erwerben, verliere, oder ob er während des Restes der Frist noch die *cretio* nachholen und das Ganze erwerben könne, so daß erst, wenn er nach abgelaufener Kretionsfrist noch eine *pro herede gestio* vornehme, er nur die Hälfte des ihm Zugedachten erwerbe, zur andern Hälfte der Substitut zugelassen werde. Für das Letztere sprach sich Sabinus aus. Auf Grund einer falschen Entzifferung des Textes von Gaius II, 178 hat man früher angenommen, daß in älterer Zeit der *institutus* durch *pro herede gestio* während der Frist sofort das Recht der *cretio* verloren habe, und dieser Satz später dahin gemildert sei, daß der Erbe während der Kretionsfrist die *cretio* habe nachholen können. Diese Auffassung muß auf Grund der von Studemund gegebenen Entzifferung des § 178 aufgegeben werden, sie ist auch innerlich unhaltbar. Dem Gange der geschichtlichen Entwickelung entspricht es, daß die Kraft der ursprünglich bedeutungslosen *pro herede gestio* allmählich steigt. Nach der ältern, noch von Sabinus vertretenen Anschauung hat *pro herede gestio* während der für die *cretio* gesetzten Frist gar keine Bedeutung, dem Delaten bleibt trotz der *pro herede gestio* die ganze Frist für die *cretio,* erst nach ohne *cernere* verstrichener Frist gewinnt die *pro herede gestio* des *institutus* die Bedeutung, daß der Substitut nur *in partem* zugelassen wird. Eine Verstärkung der Bedeutung der *pro herede gestio* liegt darin, daß sie, schon während der Kretionsfrist vorgenommen, die *cretio* unmöglich macht und den Substituten *in partem admittit.* Der letzte Schritt lag dann in der hier noch nicht in Betracht kommenden Bestimmung Mark Aurels. —

Neben der *cretio* und *pro herede gestio* kam noch eine dritte Art der Antretung der Erbschaft auf: die Antretung durch eine formlose ausdrückliche

Willenserklärung. Sie ist, wie insbesondere Leist[1] mit Recht angenommen hat, jünger, als die *pro herede gestio*, d. h. die Antretung nicht durch bloß wörtliche Willenserklärung, sondern durch Handlungen, in denen der Wille des Delaten, Erbe zu sein, schon eine gewisse Realisierung findet. Leist sagt zutreffend, es entspreche ganz dem Wesen des ältern römischen Rechts, daß man, wo die Antretung in der solennen Rechtsform der *cretio* nicht eintrat, nicht die *nuda voluntas suscipiendae hereditatis* für genügend angesehen habe, sondern zugleich den Anfang schon einer Realisierung des Antretungswillens für nötig erachtet habe. Während früher, können wir sagen, der Mangel der *cretio* noch durch *usucapio pro herede* ersetzt werden konnte, hat man später neben der *cretio* zunächst nur allmählich und schrittweise die Erklärung des Willens, Erbe zu sein, durch irgend welche faktische Ausführung dieses Willens als genügende Erbantretung zugelassen. Erst in der Kaiserzeit scheint man die Antretung durch bloße formlose Willenserklärung zugelassen zu haben. Sie wird aber wenig erwähnt: gewöhnlich werden nur *cretio* und *pro herede gestio* nebeneinander gestellt.[2] Von bedeutenden Juristen wird allerdings behauptet, es gebe einen Sprachgebrauch der Römer, nach welchem unter die *pro herede gestio* im Gegensatz zur *cretio* außer dem stillschweigenden auch der ausdrückliche formlose Erbschaftsantritt falle.[3] Man kann aber nur sagen, daß das *gerere pro herede* und die formlos ausgesprochene *nuda voluntas suscipiendae hereditatis* als unförmliche Erklärungen zusammen einen Gegensatz gegen das solenne *cernere* bilden. *Pro herede gerere* wird aber nur in dem Sinne einer Kundgebung des Erbewillens durch Handlungen gebraucht, und man kann nur sagen, daß im Laufe der Zeit eine Abschwächung dessen, was ursprünglich an reellem Handeln zum *pro herede gerere* verlangt wurde, eingetreten ist, daß man also, während ursprünglich vielleicht Ergreifung des Besitzes des größern Teils der Erbschaftssachen oder doch eines Teils derselben verlangt wurde, später solche Besitzergreifung nicht mehr verlangt, sondern auch in anderen Handlungen eine Bethätigung des Erbewillens gesehen hat. Wenn Julian nach l. 20 pr. D. de adq. vel om. h. 29, 2 sagte: *pro herede autem gerere non esse facti quam animi*, so will er nicht etwa sagen, daß die formlose wörtliche Erklärung dieses *animus* als *pro herede gerere* anzusehen sei, sondern, wie aus dem Folgenden: *nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres. ceterum si quid pietatis causa fecit, si quid custodiae causa fecit — — apparet non videri pro herede gessisse*, hervorgeht, daß in dem Thun sich der Erbewille und nicht irgend ein anderer Wille kundgeben müsse. Und aus l. 88 D. eod. tit. geht nur hervor, daß Paulus keine Besitzergreifung von Erbschaftssachen verlangt, sondern auch anderes faktisches Verhalten als Kundgebung des Erbewillens genügen läßt. L. 10 D. eod. tit. sagt auch nicht etwa, daß formlose ausdrückliche Erklärung des Erbewillens ein *pro herede gerere* sei, sondern, daß die Erklärung des *ex asse* Eingesetzten, er wolle einen Teil der Erbschaft haben, als ein *pro herede gerere* bezüglich des Ganzen der Erbschaft anzusehen sei. Gewiß erwirbt er dadurch, da ein teilweises Antreten nicht zulässig ist, die ganze Erbschaft. Ob Ulpians Motivierung dieses Satzes richtig sei, ist eine andere Frage: jedenfalls erklärt auch er nur, daß in der ausdrücklichen formlosen Erklärung ein *pro herede gerere*

[1] Die *bonorum possessio* II, 2, S. 120. [2] Vgl. die Stellen bei Leist, a. a. O. S. 76 ff.

[3] Vgl. Mayer, Lehre vom Erbrecht S. 341, A. 19. Arndts, Gesammelte civil. Schriften II, S. 9, A. 59. Leist, a. a. O. S. 76 f. Windscheid, Lehrb. d. Pandektenrechts III, 6. Aufl., S. 196, A. 7.

bezüglich dessen liegen könne, worauf sich diese Erklärung nicht bezog. Wenn ferner der Kaiser Diocletian in l. 12 C. de iure delib. 6, 30: *Puberem agnoscentem bonorum possessionem, postea quam ei fuit hereditas delata, pro herede gerere non ambigitur* in der Agnition der *bonorum possessio* von seiten dessen, dem *hereditas* deferiert ist, ein *pro herede gerere* sieht, so ist das nicht eine formlose Erklärung des Erbewillens, sondern darin, daß sich der Delat zum Prätor begiebt und sich die *bonorum possessio* erteilen läßt, ist eine Bethätigung des Erbewillens durch eine Handlung zu sehen. Constantin aber identifiziert in l. 1 C. Th. de legit. her. 5, 1 nicht etwa *aditio simplex* mit *pro herede gestio*, sondern er versteht unter der *aditio simplex* die nicht solenne Antretung, die, welche nicht *cretio* ist, und befaßt darunter die *pro herede gestio* und die formlose ausdrückliche Erklärung: *illico, ut sibi delatae portionis dies extiterit, aditione simplici, arrepto rerum quolibet corpore, vel animi destinatione patefacta, plenum dominium delatae sibi portionis consequantur).* In § 7 I. de hered. qual. et diff. 2, 19 wird zunächst gesagt: *Item extraneus heres — — aut pro herede gerendo vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri.* Wenn auf diese Unterscheidung von *pro herede gestio* und formloser ausdrücklicher Erklärung des Erbenwillens dann eine Erläuterung des *pro herede gerere* folgte, wonach dasselbe auch die formlose ausdrückliche Erklärung umfassen würde, so wäre das ein offensichtlicher Widerspruch. Wahrscheinlich ist aber die Stelle irgendwie verderbt, und es sollte nach der Erklärung des *pro herede gerere* noch einmal zusammenfassend gesagt werden, daß der Delat seinen Willen *quoquo modo, vel re vel verbis,* kundgeben könne. Will man das nicht annehmen, so kann jedenfalls die Ausdrucksweise, welche unter dem *pro herede gerere* auch die formlose ausdrückliche Erklärung befaßt, erst auf Rechnung der Institutionenverfasser gesetzt werden.

V. Wirkung des Erbschaftserwerbs.

A. Im allgemeinen.

§ 86. Das Erbewerden besteht, wie früher dargelegt, in dem Eintritt der betreffenden Personen in das Subjektive der *hereditas,* welche aber zugleich eine objektive Einheit, eine *universitas iuris* ist. Der nicht teilbare Eintritt in das Subjektive der *hereditas* bewirkt nicht notwendig von vornherein einen totalen Erwerb der *hereditas* als objektiver Einheit. Der *coheres* erwirbt zunächst nur eine Quote der objektiven *hereditas.* Was ist nun in der *hereditas* im einzelnen enthalten? Nicht alle vererblichen Vermögensrechte sind zugleich entstanden. Es gab eine Zeit, wo es neben dem Eigentumsrecht noch kein anderes dingliches Recht gab, in dieser Zeit bestand die (sächliche) *familia pecuniaque* nur aus körperlichen Sachen. Später sind als Bestandteile derselben neben die körperlichen Sachen *res incorporales* getreten, insbesondere für die hier in Frage stehende Zeit die Prädialservituten (da die Personalservituten als unvererbliche Rechte hier nicht in Betracht kommen). Die Prädialservituten waren unzertrennlich mit den Grundstücken verbunden, gewissermaßen Eigenschaften derselben, und gingen mit denselben auf die Erben über. Aber wie war es mit den Forderungen und Schulden? Sie wurden meines Erachtens in alter Zeit, insbesondere zur Zeit der XII Tafeln, noch nicht zu den objektiven Bestandteilen der *familia pecuniaque* gerechnet. Dies zeigt sich darin, daß das

familiae erciscundae iudicium sich nicht auf die Forderungen und Schulden mit bezog. Nach der ursprünglichen naturalwirtschaftlichen Auffassung bestand das Vermögen, die (sächliche) *familia pecuniaque,* aus lauter körperlichen Sachen, welche einen verschiedenartigen Gebrauchswert für das Hauswesen des römischen Bürgers hatten. Die Forderungen waren Accessorien dieses Vermögens, Schulden und *sacra* hafteten auf der *familia pecuniaque,* waren mit ihr verbunden, aber keine Bestandteile derselben. Es erklärt sich dies aus dem Begriff der Obligation, auf welchen in anderem Zusammenhange eingegangen ist. Klar ist diese Auffassung ausgesprochen in Ciceros Äußerungen über die Verpflichtung zur Prästation der *sacra,* de leg. II, 14, 48: — *ut ne morte patris familias sacrorum memoria occideret, iis essent ea adiuncta, ad quos eiusdem morte pecunia venerit.* 50: — *videtis igitur omnia pendere ex uno illo, quod pontifices cum pecunia sacra coniungi volunt.* Deutlich tritt dies Verhältnis der Schulden zur *familia pecuniaque* in dem Untergange der erstern infolge einer *capitis diminutio minima,* welche der Schuldner erleidet, zu Tage. Mit dem Austritt aus der bisherigen *familia* hört auch die sächliche *familia pecuniaque* des Schuldners auf, als die bisherige zu existieren, und, da sie nicht mehr existiert, gehen die auf ihr haftenden Schulden unter. Wären die Schulden als ein Bestandteil der *familia pecuniaque* angesehen, so müßten sie mit den Rechten des *capite diminutus* auf den neuen Gewalthaber, welcher *per universitatem* in diese Rechte eintritt, übergehen. Der Satz übrigens, daß, wer als *heres* in die Einheit der *familia pecuniaque* eintritt, auch in die an derselben haftenden Schulden eintritt, ist meines Erachtens so alt, als es Schulden giebt; die Schulden sind nie mit dem Tode des Schuldners untergegangen, denn die *familia pecuniaque,* an der sie haften, hört nicht, wie durch *capitis diminutio,* durch den Tod des Schuldners auf zu existieren, auf der fortdauernden *familia pecuniaque* haftend gehen sie auf den, welcher in die Einheit jener eintritt, mit derselben über. Es handelt sich hier um ein ganz strenges Rechtsprinzip, nicht etwa um eine Forderung der Äquität. Nach Pernice[1] und Birkmeyer[2] soll jene angebliche bloße Aquitätsforderung erst durch die XII Tafeln gesetzliche Fixierung erhalten haben. Es ist keineswegs überliefert, daß die XII Tafeln den Übergang der Schulden auf den Erben festgestellt haben: dieser ist einfach von ihnen vorausgesetzt. Überliefert ist nur, daß nach den XII Tafeln Forderungen und Schulden nach Verhältnis der Erbportionen unter den Miterben geteilt sein sollen.[3] Dies zeigt wohl, daß damals Forderungen und Schulden noch nicht als Bestandteile der Erbschaft angesehen wurden, nicht aber, daß durch die XII Tafeln der Übergang derselben auf die Erben besonders angeordnet wurde. — Später hat sich aber die Auffassung des Verhältnisses der Forderungen und Schulden zum Vermögen geändert. Es war das eine notwendige Folge der im § 85, S. 899 dargelegten Änderung des Vermögensbegriffs selbst. Seit dem Vorherrschen des Tauschwerts der Vermögensobjekte wurde das Vermögen als Einheit von Rechten und Pflichten angesehen, welche sich sämtlich auf Geld reduzieren ließen, auch Forderungen und Schulden galten seitdem als Bestandteile des Vermögens. Begreiflicherweise wirkte die alte Auffassung noch vielfach nach: Schulden werden noch häufig als ein auf dem Vermögen haftendes *onus* be-

[1] Labeo I, S. 383, Nr. 1. S. 331, Nr. 10.
[2] Über d. Vermögen im juristischen Sinne, nam. S. 140. S. 206, A. 522.
[3] L. 6 C. fam. ercisc. 3, 36. Andere Stellen bei Schöll, XII tab. relig. p. 132, n. 9.

zeichnet, ohne daß damit geleugnet werden soll, daß sie Bestandteile des Vermögens, der Erbschaft seien. Nur vorgefaßte Meinung kann aber verkennen, daß es auch Stellen giebt, in denen ganz deutlich die Zugehörigkeit der Schulden zur *hereditas* ausgesprochen wird. Es möge hier neben den von Windscheid[1] in Bezug genommenen Stellen z. B. auf solche Stellen verwiesen werden, aus welchen hervorgeht, daß die Abrechnung der Schulden innerhalb der *bona* vorgenommen wird. Vgl. l. 15 C. de legat. 6, 37: — *Quodsi deducto debito in relictis bonis superfluum est* u. s. w. § 3 I. quib. in caus. manum. 1, 6: — *saepe enim de facultatibus amplius, quam in his est, sperant* u. a. m.

Nach erfolgtem Erbschaftserwerb bildet die Erbschaft mit dem bisherigen Vermögen des Erben zwar ein Vermögen, da beide nun ein und dasselbe Subjekt haben, was sich praktisch darin bethätigt, daß der Erbe nötigenfalls mit seinem eigenen Vermögen für die Schulden des Erblassers, die eben seine eigenen geworden sind, haftet, sowie darin, daß die eigenen Gläubiger des Erben mit aus der Erbschaft befriedigt zu werden verlangen können; aber innerhalb des Gesamtvermögens des Erben bildet die Erbschaft immer noch einen selbständigen Bestandteil, eine *universitas iuris,* ein einheitliches, unkörperliches Rechtsobjekt, das Objekt des Erbrechts, wie das unwiderleglich aus der *intentio* der alten *hereditatis petitio („hereditatem meam esse")* hervorgeht. Besonders klar zeigt sich im prätorischen Recht, daß die Erbschaft immer noch eine *universitas iuris* innerhalb des Gesamtvermögens des Erben bildet, der Prätor kann Separation derselben vom eigenen Vermögen des Erben verfügen, also eine noch weiter gehende Selbständigmachung der Erbschaft, was nicht denkbar wäre, wenn durch den Erbschaftserwerb die Erbschaft alle Selbständigkeit auch als Bestandteil eingebüßt hätte; denn es ist keineswegs richtig, was Birkmeyer[2] behauptet, daß man sein eigenes Vermögen beliebig in mehrere selbständige Vermögenskomplexe spalten und jeden derselben als ein eigenes abgesondertes Vermögen behandeln könne, und daß sich das Recht vollkommen dem Willen, mehrere Vermögen in seinem Vermögen zu haben, füge.

B. Das Anwachsungsrecht.

§ 87. Bei dem Anwachsungsrecht muß man unterscheiden zwischen einem allgemeinen, wie es unter Miterben überhaupt stattfindet, und einem speziellen unter irgendwie besonders verbundenen Miterben. Das allgemeine Anwachsungsrecht unter Miterben kann nicht darauf gegründet werden, daß sämtliche zusammenberufene Erben in Beziehung auf die ganze Erbschaft *coniuncti* seien, daß also der Unterschied zwischen dem generellen und speziellen Accrescenzrecht nur aus dem Unterschiede zwischen genereller und spezieller *coniunctio* der Miterben folge. Setzt jemand mehrere zu Erben ein, ohne sie speziell zu verbinden, so werden sie demnächst berufen zu den bestimmten Quoten, zu welchen er sie eingesetzt hat, oder, wenn sie *sine parte* eingesetzt sind, zu den für sie zu ermittelnden Quoten. Wenn nun eine Quote vakant wird dadurch, daß der dazu Berufene sie nicht erwirbt, so erwerben die anderen Miterben dieselbe nicht etwa vermöge einer neuen Berufung,[3] oder vermöge einer bereits

[1] Lehrb. d. Pandektenrechts III[6], § 528, A. 4.
[2] A. a. O. S. 86.
[3] Krieg, Delation einer Erbschaft im Falle einer Totgeburt S. 14.

von Anfang auch zu diesem Teil geschehenen Mitberufung,[1] oder einer eventuellen Berufung,[2] oder weil die Ausmessung der Teile nicht als eine absolute, sondern als eine relative zu verstehen sei,[3] die Berufung also von vornherein auf einen unbestimmten Teil gehe. Vielmehr ist hier der Grund des Anwachsens der schon früher angegebene: alle Miterben treten in das Subjektive der *hereditas* ein, in Bezug worauf eine Teilung überhaupt nicht denkbar ist; ist nun eine Portion vakant, so erstreckt sich das Recht der anderen Miterben, welche ihre Anteile erworben haben, notwendig auf die vakant gewordene Portion. Das subjektive Moment der *hereditas* hält dieselbe auch objektiv zu einer Einheit zusammen: wer in das Subjektive der *hereditas* eingetreten ist, dessen Recht muß sich, auch wenn er nur zu einer Quote der objektiven *hereditas* berufen war, auf vakant gewordene Quoten derselben erstrecken. Es ist also der Satz: *partes solo concursu fiunt* für das allgemeine Accrescenzrecht unter Miterben nicht zutreffend, denn dieser setzt irgend welche Berufung der Miterben auch zu dem accrescierenden Teile voraus. Geschieht der Ausfall eines zu einem Teile Eingesetzten schon bei Lebzeiten des Erblassers, etwa weil die Einsetzung des Betreffenden ungültig ist, oder weil er schon bei Lebzeiten des Erblassers gestorben ist, so soll nach der Anschauung Einzelner von einem eigentlichen Anwachsungsrecht nicht die Rede sein können, weil nach dem Satze *„partes solo concursu fiunt"* die anderen Eingesetzten beim Tode des Erblassers sofort auch zu dieser Quote des Weggefallenen berufen würden. In Wahrheit sind aber die zur Succession gelangenden Miterben nur berufen zu der Quote, zu welcher sie eingesetzt sind, aber mit dem Erwerb accresciert ihnen sofort die vakante Portion. — Anders ist das Anwachsungsrecht zu begründen, wenn von mehreren *coniunctim* auf einen Erbteil oder auf die ganze Erbschaft *(tota hereditas)* Eingesetzten einer seinen Anteil nicht erwirbt. Hier ist von den mehreren *coniunctim* Instituierten jeder zu dem ganzen Erbteil, bezüglich welches sie konjungiert sind, berufen, und hier trifft der Satz zu: *concursu partes fieri,* wie er denn auch in den Quellen nur für den Fall solcher *coniunctio* erwähnt wird.[4] Erwirbt einer der *coniunctim* Instituierten den auf ihn fallenden Anteil nicht, fällt also der *concursus* fort, so erwirbt der mit ihm *coniunctim* Instituierte vermöge seiner Berufung zu dem ganzen Teil diesen ganzen Teil; es tritt in Wahrheit hier gar keine Vakanz des Erbteils ein. Die *coniunctio* kann nun aber noch eine verschiedenartige sein: es kann nur eine objektive sein, sofern beide auf denselben Teil eingesetzt sind *(re coniuncti)*, es kann aber auch eine Verbindung in demselben Satze sein *(re et verbis coniuncti)*. Hier fragt sich, ob mit dem *verbis coniungere* mehr als eine bloß äußerliche sprachliche Verbindung gemeint sei? Läge eine bloß sprachliche Verbindung vor, so wäre es in Wahrheit nur ein *celerius dicere,*[5] kein *coniungere.* Bei hinzukommendem *re coniungere* ist aber das *verbis coniungere* doch mehr; es fügt zu der objektiven Verbindung noch den *nominum complexus,*[6] das *quasi in unum corpus redigere,*[7] d. h. die Personenverbundenheit hinzu. Nach

[1] Windscheid, Pandekten III, § 603. [2] Dernburg, Pandekten III, § 91.

[3] Hoffmann, Krit. Studien S. 57. Ähnlich schon Fitting im Archiv f. civil. Pr. LVII, S. 149 ff.

[4] L. 80 D. de leg. III: *Coniunctim heredes institui aut coniunctim legari hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri.*

[5] L. 67 (66) D. de her. instit. 28, 5. [6] L. 142 D. de v. s. 50, 16.

[7] L. un. § 10 C. de cad. toll. 6, 51.

justinianischem Recht macht es allerdings nichts mehr aus, ob ein bloßes *re coniungere* bezüglich der betreffenden Miterben oder ein *re et verbis coniungere* vorliegt. Meines Erachtens ist das aber im alten, der *lex Iulia et Papia Poppaea* vorhergehenden Rechte nicht der Fall gewesen. Nach justinianischem Recht gehen überhaupt die auf einen accrescierenden Erbteil gelegten Vermächtnisse auf denjenigen, welchem der Erbteil accresciert, mit über. Aus einer in die Digesten aufgenommenen Stelle des Celsus, l. 29 §§ 1 u. 2 D. de leg. II, ersehen wir, daß dem nach altem Recht nicht so war: der, welchem der Anteil eines ausfallenden Miterben accrescierte, brauchte das Legat, welches diesem *nominatim* auferlegt war, nicht zu entrichten. Dieser Satz wird nicht gegolten haben, wenn er mit dem ausfallenden Miterben *re et verbis coniunctus* war, denn dann galt er gleichsam wie eine Person mit ihm und mußte auch die dem Ausfallenden *nominatim* auferlegten Legate, wie wenn sie ihm selbst auferlegt wären, entrichten. Diese Wirkung hatte damals die Personenverbundenheit, wie wir aus dem analogen Satze im Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen schließen können. — Bei der Intestaterbfolge kann ein der testamentarischen *coniunctio* mehrerer Miterben zu einem Erbteil ähnliches Verhältnis dadurch eintreten, daß mehrere Personen zu einem Stammteil berufen sind, und einer der zu demselben Stammteil Berufenen seinen Anteil nicht erwirbt; doch war dies erst nach prätorischem Recht denkbar, nicht nach Civilrecht; denn nach Civilrecht erwerben ja zu den *sui heredes* gehörige Enkel des Erblassers *ipso iure* sofort im Moment der Berufung, vor Eintretung der Berufung Weggefallene kommen überhaupt nicht in Betracht, von einem Accrescieren einer vakanten Portion kann hier also nicht die Rede sein.

C. Die *hereditatis petitio.*

§ 88. Es ist die Aufgabe erst der historischen Darstellung des Civilprozesses, die verschiedenen prozessualischen Gestalten der zur Geltendmachung des Erbrechts bestimmten *hereditatis petitio* darzulegen. Hier möge nur in großen Zügen darauf hingewiesen werden, welche Wandlungen bereits in republikanischer Zeit das materielle Recht der *hereditatis petitio* erfahren haben muß. In ihrer ältesten Gestalt, der der *legis actio sacramento in rem,*[1] diente die *hereditatis petitio* zur Austragung des Streits unter zwei Erbprätendenten: wer nicht selbst behauptete, Erbe zu sein, konnte nicht als Partei bei dieser Gestalt des Erbrechtsstreits auftreten. Einem der Streitenden wurden die *vindiciae,* d. h. der interimistische Besitz der Erbschaft für die Zeit der Dauer des Prozesses, erteilt, und dieser hatte dem Gegner *praedes litis vindiciarum* zu stellen, d. h. er hatte ihm durch *praedes* Sicherheit dafür zu verschaffen, daß er ihm im Fall seines Unterliegens die Erbschaft unversehrt herausgeben, also dieselbe inzwischen nicht ruinieren, vermindern, vernachlässigen, und daß er ihm den doppelten Wert der inzwischen bezogenen Früchte ersetzen werde. Neben dieses Verfahren trat das *in rem agere per sponsionem.*[2] Dasselbe ist wohl erst in einer Zeit aufgekommen, in welcher, unabhängig von einem bereits anhängigen Erbrechtsstreit, eine Erteilung der *bonorum possessio* durch den Magistrat möglich war. Gegen den, welchem die *bonorum possessio* erteilt war, hatte der nicht besitzende Erbprätendent als Kläger im Sponsions-

[1] Gai. IV, 17. [2] Gai. IV, 91. 93 f. Cic. in Verr. 1, 45. Vat. fr. § 336.

verfahren aufzutreten, und der *possessor* hatte ihm Sicherheit durch *stipulatio pro praede litis vindiciarum* zu stellen, welche Kaution keinen von dem der Verpflichtung der *praedes litis et vindiciarum* verschiedenen Inhalt gehabt haben wird.[1] Auch bei dieser Gestalt der *hereditatis petitio* war sie stets noch ein Streit zwischen zwei Erbprätendenten, denn wer sich *bonorum possessio* vom Prätor erteilen ließ, war Erbprätendent (l. 11 pr. D. de h. p. 5, 3). Auch hier gestaltet sich die Sache wesentlich anders seit dem Aufkommen der *formula petitoria* für den Erbrechtsstreit. Erst jetzt war die Zeit gekommen, in welcher die *hereditatis petitio* nicht mehr bloß zum Austrage des Streits zwischen zwei Erbprätendenten diente, sondern auch gegen den, welcher die Erbschaft oder auch nur irgend etwas zum Nachlaß Gehöriges *pro possessore* inne hatte, angestellt werden konnte. Beim Sakramentsprozeß und beim Verfahren *per sponsionem* war das Urteil der Richter oder des Richters immer nur auf die Sakraments- bezw. Sponsionssumme und *implicite* auf das Recht oder Nichtrecht an der *hereditas* gegangen. Nachträglich erst fand im Fall des Sieges des Klägers eine Abschätzung von *lis* und *vindiciae* zu Gelde statt. Bei dem Verfahren *per formulam petitoriam* dagegen hatte der *iudex,* falls er *secundum actorem* entscheiden mußte, zunächst durch einen *arbitratus* den Beklagten aufzufordern, dem seinem Inhalt nach festgestellten Anspruch des Klägers gerecht zu werden, und erst, falls dieses nicht geschah, denselben zu Geld abzuschätzen und den Beklagten auf die betreffende Geldsumme zu kondemnieren. Durch diese Gestaltung des Verfahrens nahm das *officium* des *iudex* bei der *hereditatis petitio,* ebenso wie bei der *rei vindicatio* (und vielleicht noch früher, als bei dieser), einen freieren Charakter an. Von jetzt an erstreckte sich dasselbe auch auf die Vorgänge vor der *litis contestatio,* erst jetzt war eine Unterscheidung in der Behandlung des *bonae* und *malae fidei possessor* möglich. Auch daß der, *qui dolo desiit possidere,* mit der *hereditatis petitio* belangt werden könne, kam jetzt auf.[2]

---

[1] Ps. Ascon. in Verr. II, 1, 45, § 114. Paul. sent. V, 9, § 2.

[2] Über die Formel der *hereditatis petitio* sind neuerdings von Lenel, Das ed. perp. S. 137, Anschauungen vorgetragen, welche meines Erachtens nicht gebilligt werden können. Lenel meint, die Formel müsse irgendwo und irgendwie auch die in der Person des Beklagten gesetzten Bedingungen der Zuständigkeit der Klage — ihre ausschließliche Richtung gegen den *pro herede* und *pro possessore possidens* — zum Ausdruck gebracht haben. Das soll sich zur Evidenz zunächst daraus ergeben, daß, wo die *hereditatis petitio* gegen Personen zugelassen werde, die nicht unter jene Begriffe fallen, es einer *utilis actio* bedürfe, welche von der *directa* scharf unterschieden werde. Dieses Argument hat schon Franz Schröder, Das Commodum bei der Erbschaftsklage S. 7 f., ausreichend entkräftet, indem er geltend macht, es sei umgekehrt zu sagen, daß der Besitz des Beklagten und sein Titel nur dann in der Formel zur Sprache kam, wenn einer jener Fälle einer *actio utilis* vorlag. Daß die *hereditatis petitio (vulgaris* oder *directa)* nur gegen den *pro herede* oder *pro possessore possidens* zulässig sei, war ein Satz des Civilrechts, den der *iudex* ohne einen Hinweis in der Formel darauf kennen mußte, wie er auch wissen mußte, daß die *rei vindicatio* gegen jeden zulässig sei, der die *facultas restituendi* habe. Sodann soll sich die Richtigkeit der Behauptung Lenels daraus ergeben, daß nach positivem Zeugnis in der Formel der gegen einen *defensor absentis* gerichteten *hereditatis petitio* der Name des Vertretenen vorkam. In diesem Falle kann aber der Name des Vertretenen in der Formel erscheinen, ohne daß der Lenelsche Zusatz darin aufgenommen werden müßte, etwa so: *Si paret L. Annii hereditatem q. d. a. ex iure Quiritium A^i A^i esse neque eam N^us N^us* (der *absens) A° A° arbitratu tuo restituet. quanti ea res erit, tantam pecuniam Titium* (den *defensor) A° A° condemnato, s. n. p. a.* Der Auftrag zum *arbitrium de restituendo* lautete, wie auch F. Schröder, a. a. O. S. 4 f., befriedigend gezeigt hat, auf *neque eam (sc. hereditatem) — restituet.* Das *officium* des *iudex* bei dem Erbrechtsstreit war nach dem Aufkommen der *formula petitoria* weit genug.

D. Erbgemeinschaft. *Actio familiae erciscundae.*

§ 89. Den mehreren Miterben gehört die objektive einheitliche *hereditas* gemeinschaftlich, die Miterben stehen in einer *communio* miteinander. Diese zwischen Miterben bestehende *communio* wird als *consortium*, die Miterben werden selbst als *consortes* bezeichnet.[1] Was ist der Grund dieser Bezeichnung? Die Alten[2] fassen *consortes* als solche auf, denen dieselbe *sors* zugefallen ist, wobei sie unter *sors* das *patrimonium* verstehen.[3] Dabei bleibt aber dunkel, weshalb das *patrimonium* als *sors* bezeichnet wird, wenn man nicht annehmen will, *sors* sei das dem Einzelnen zugeteilte Landlos und werde, als das Hauptstück, für Vermögen und so auch für Verlassenschaft gesetzt. Indessen jene Worterklärungen der alten Grammatiker dürften kaum richtig sein. In *sors* scheint der Begriff des Teilhabens zu liegen, *consortes* sind die, welche zusammen Teilhaber sind. Zugleich dürfte die durch *consortium* ausgedrückte Mitteilhaberschaft durch jenes Wort als eine nicht durch den Willen der Genossen begründete bezeichnet sein. Das *consortium* unter den Miterben war ein nicht von selbst sich auflösendes, die Miterben konnten dauernd in demselben verbleiben: starb einer der *consortes*, so traten dessen Erben an seiner Stelle in das *consortium* ein.[4] Namentlich in älterer Zeit scheint bei noch stärkerem, patriarchalischem Familiensinn und geringem Umfange der Erbschaft die *communio* unter *fratres consortes* dauernd fortgesetzt zu sein. Denkwürdige Beispiele solcher *familiä inercta* sind überliefert: so das der 16 Aelier, welche in demselben Hause wohnten,[5] ferner das der Söhne und Töchter des Appius Claudius Pulcher, welche nach dem Tode desselben gemeinsamen Hausstand führten.[6] Unlösbar aber war das *consortium* unter Miterben nicht: es konnte bezw. mußte durch Teilung aufgehoben werden, wenn einer der *consortes* die Teilung forderte. Zu diesem Behuf war jedem von ihnen die *actio familiae erciscundae* gegeben, Gaius in l. 1 D. fam. ercisc. 10, 2 sagt: *Haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum.* Was darüber in den XII Tafeln stand, ist nicht überliefert. Von Gell. I, 9, 12 und Serv. in Aen. VIII, 642 werden die Worte: *ercto non cito* citiert in einer Weise, daß man annehmen muß, sie seien einem Gesetz oder einer Formel entnommen.[7] Dem Legisaktionsformular für die *actio familiae erciscundae* können sie nicht entnommen sein, denn sie bedeuten, daß die Teilung nicht gefordert sei, die *communio* also noch fortbestehe. Ob sie den XII Tafeln entnommen seien, bezw. was für den Fall der nicht begehrten Teilung angeordnet war, steht dahin. Das Legisaktionsformular hat, wie wir aus Cic. de orat. I, 56, 237: *qui, quibus verbis erctum cieri oporteat, nesciat, idem herciscundae familiae causam agere non*

---

um trotz jener Fassung der Restitutionsklausel ihm die Befugnis zu geben, das *arbitrium de restituendo* nur auf das zu richten, was der Beklagte von der Erbschaft zur Zeit dieses Befehls besaß.

[1] Gell. I, 9, 12. Paul. Diac. p. 72, 8. p. 82, 16. L. 31 § 4 D. de excus. 27, 1.

[2] Varro, L. L. VI, 7, 65: *consortes, ad quos eadem sors.*

[3] Paul. Diac. 296, 7. Fest. 297[b], 8: *sors et patrimonium significat, unde consortes dicimus.*

[4] L. 78 D. de adquirend. her. 29, 2.

[5] Val. Max. IV, 4, 8. Plut. Aem. Paul. 5, 6. 28, 9. [6] Varro, R. R. III, 16, 2.

[7] Die Erklärung, welche ich beiläufig (Legisaktionen S. 143, A. 2) von *ercto non cito* gegeben habe, ist unhaltbar. Vgl. Pernice in d. Ztschr. der Savignystift. f. Rechtsgesch. III, S. 71 f.

possit entnehmen können, in solennen Worten das *erctum ciere* enthalten. Die Sprachkundigen haben noch nichts Überzeugendes über die Etymologie des Worts *ercisci* oder *hercisci* ermittelt. Weder kann als richtig angesehen werden, daß das *ciere* in *hercisci* stecke, noch kann in *erctum* der Begriff der Erbschaft stecken, so daß *hercisci* schon ohne den Zusatz von *familiam* die Erbschaft teilen bedeutete. *Ciere* bedeutet „in Bewegung setzen, anregen", hier also, da es nach Cicero *verbis* geschieht: begehren, beantragen. *Erctum* kann nicht als Supinum gefaßt werden, sondern nur als Akkusativ eines Neutrum. Es kann damit eine Handlung, ein Akt bezeichnet sein, wie *furtum* nicht bloß das Gestohlene, sondern auch das Stehlen, den Diebstahl bedeutet. Danach bedeutet *„erctum ciere"* wahrscheinlich: die Teilung begehren, beantragen, *erctum citum* die beantragte Teilung. — Kann nun auch von jedem einzelnen Miterben durch die Durchsetzung der *actio familiae erciscundae* die Auflösung des *consortium* bewirkt werden, so folgt daraus doch keineswegs, daß jeder Miterbe durch Veräußerung seiner Erbquote die Auflösung der Gemeinschaft bewirken könnte. Eine Erbquote kann wegen des Satzes *„semel heres, semper heres"* nicht, wie eine Miteigentumsquote, veräußert werden, und könnte sie es, so würde dadurch nicht das *consortium* aufgelöst werden, sondern der in die Erbquote Succedierende in das *consortium* eintreten.

Über das der *actio familiae erciscundae* mit der *communi dividundo* bezw. *finium regundorum* Gemeinsame ist an anderer Stelle gehandelt.

Zweiter Titel. Das Legat.

I. Begriff und Subjekte.

§ 90. Die XII Tafeln haben es besonders sanktioniert,[1] daß der Erblasser dem hauptsächlichen Inhalt des Testaments, der Erbeinsetzung, Nebenanordnungen mit rechtsverbindlicher Kraft hinzufügen, daß er *legare suae rei* könne. Der Name *legatum* hat sich nur für eine Art dieser Nebenanordnungen, das *legare suae rei super pecunia,* erhalten. In jeder Beziehung erweist sich das Legat als eine der Erbeinsetzung hinzugefügte Nebenanordnung im Testament. Mit der Erbeinsetzung gemeinsam ist ihr folgendes. Wie die Erbeinsetzung, ist es eine einseitige Verfügung des Testators; wie diese, auch eine letztwillige, welche nicht vor dem Tode des Testators wirksam werden soll und bis dahin widerruflich bleibt (l. 3 § 11, l. 4 D. de adim. leg. 34, 2). Auch in dem einer Person hinterlassenen Legat liegt eine Ehrung, ein *honor* von seiten des Testators, aber eine geringere, als wie sie in der Erbeinsetzung liegt. Mit der Erbeinsetzung gemeinsam ist ihm auch, daß es in befehlender Form, *legis modo, imperative,*[2] bezw. in lateinischer Sprache angeordnet werden muß. Bestimmte Wortformeln, *civilia verba,* waren für die Anordnung von Legaten hergebracht.[3] Das Legat ist nach der in l. 116 pr. D. de leg. I (30) gegebenen Definition eine *delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis fore, alicui quid collatum velit,* es ist eine Gabe des Testators aus der Erbschaft oder auf Kosten des bezw. eines eingesetzten Erben. Sofern aus der Erbschaft

---

[1] Ulp. fr. XI, 14. Gai. Inst. II, 224. pr. I. de l. Falcid. 2, 22. L. 53 pr. u. l. 120 D. de v. s. 50, 16. Rhet. ad Herenn. I, 13, 23. Cic. de invent. II, 50, 148.

[2] Ulp. XXIV, 1. XXV, 9. Gai. II, 281. [3] § 2 I. de leg. 2, 20. Ulp. XXV, 1.

bezw. auf Kosten eines eingesetzten Erben vom Testator gegeben wird, wird *ab herede* legiert; eine Ausdrucksweise, deren sich schon Cicero[1] (ohne Zweifel im Anschluß an die republikanischen Juristen) bedient. Seinem Begriff nach setzt das Legat die Einsetzung eines Erben im Testament voraus: dem Intestaterben kann es nicht auferlegt werden,[2] denn es ist eine bloße Nebenanordnung, kein selbständiges Rechtsgeschäft, was es müßte sein können, falls es einem Intestaterben auferlegt werden sollte; aber auch einem andern Legatar kann es nicht auferlegt werden,[3] denn es würde dann nicht eine Gabe auf Kosten der Erbschaft sein. Da es eine Gabe auf Kosten des Erben, *ab herede,* sein soll, so kann nicht *post mortem heredis* legiert werden, denn dann würde es auch äußerlich nicht eine Gabe auf Kosten des Erben, sondern des Erben des Erben sein. Wohl aber kann das Legat *in mortem heredis (cum heres morietur)* verstellt werden, denn solche Anordnung wird als ein auf die letzte Lebenszeit des Erben gestelltes Legat betrachtet.[4] — Die Abhängigkeit des Legats von der Erbeinsetzung sollte auch äußerlich in der Reihenfolge der Verfügungen hervortreten, ein vor der Erbeinsetzung angeordnetes Legat war unwirksam. Als eine *delibatio hereditatis* verleiht das Legat seinem ursprünglichen Begriff nach nicht etwa die Erbschaft selbst oder eine Quote derselben, sondern etwas Einzelnes aus der Erbschaft; was bei keinem Legat so deutlich, wie beim Vindikationslegat, hervortritt. Es wird daher von Gaius[5] auch bei der Darstellung der Weisen, *quemadmodum singulae res nobis adquirantur,* des *legatorum ius* wenigstens Erwähnung gethan, *quo et ipso singulas res adquirimus.*

Das Legat konnte nach altem Civilrecht nur im Testament angeordnet werden, nur also, wer *testamenti factio* hatte, konnte ein Legat anordnen, wie andererseits auch nur jemand, welcher *testamenti factionem cum testatore* hatte, mit einem Legat bedacht werden konnte.[6] Die Zeitpunkte, zu welchen die *testamenti factio* des Bedachten vorhanden sein mußte, sind dieselben, wie bei der Erbeinsetzung. Einer *persona incerta* konnte auch nicht gültig legiert werden.[7]

II. *Genera legatorum.*

§ 91. Der allgemeine Begriff des *legatum,* wie er von den klassischen Juristen definiert wird, ist wohl erst allmählich entstanden: es gab verschiedene *genera legatorum,* welche nicht gleichzeitig entstanden sein können. Von Kretschmar[8] ist die Meinung ausgesprochen, bei dem allgemeinen und abstrakten Charakter des Legats habe die Klagformel für dasselbe nicht ausschließlich bloß im Anschluß an eine der allgemeinen Kategorieen der *legis actio* komponiert werden können — dies würde *implicite* eine unzulässige Beschränkung der durch das Gesetz selbst dem römischen Bürger gewährleisteten Testierfreiheit gewesen sein —, vielmehr habe es sich von selbst ergeben, daß verschiedene Klag- und somit auch verschiedene Anordnungsformeln im Anschluß an die verschiedenen allgemeinen *modi agendi* komponiert worden seien, die nun für für jeden damals überhaupt denkbarerweise *lege agendo* verfolgbaren Legats-

[1] Cic. pro Cluent. 12. ad Att. XIII, 46. [2] Gai. II, 270. Ulp. XXIV, 21.
[3] Gai. II, 271. Ulp. XXIV, 20.
[4] Gai. II, 232. Ulp. XXIV, 16. Paul. III, 6, § 5 u. 6. § 35 I. de legat. 2, 20.
[5] Gai. II, 97. [6] Gai. II, 218. § 24 I. de leg. 2, 20. [7] Gai. II, 238.
[8] Die Natur des Prälegats S. 112.

anspruch gepaßt hätten. Meines Erachtens ist der allgemeine Legatsbegriff überhaupt erst aus den allmählich historisch entstandenen *genera legatorum* abstrahiert worden. Der Gedanke, daß im Anschluß an die verschiedenen allgemeinen *modi lege agendi* nun auch verschiedene Anordnungsformeln des Legats zu komponieren seien, lag der alten Pontifikaljurisprudenz fern. Gewiß ist die Anordnungsformel eines Legats, ebenso wie die Formel der Mancipationen, Stipulationen u. s. w., nicht dem Laien überlassen und einfach im gemeinen Leben entstanden: der römische rechtsgeschäftliche Verkehr, insbesondere der vermittelst der formellen Rechtsgeschäfte, stand unter der strengen Zucht der Jurisprudenz. Meines Erachtens liegt darin keine richtige Auffassung des Gesetzes der Korrespondenz der Form, wie es Ihering genannt hat, daß man annimmt, die Juristen seien im allgemeinen von den vorhandenen Formeln der materiellen *legis actiones* ausgegangen und hätten ihnen entsprechend die Formeln der die Rechte begründenden formellen Geschäfte gebildet. Im allgemeinen sind nicht die Klagformeln, sondern die Rechtsgeschäfte als das *prius* zu denken, wenn dadurch auch nicht ausgeschlossen ist, daß im einzelnen Falle einmal ein Rechtsgeschäft einer vorhandenen Klagformel angepaßt ist. Die Hauptfiguren des *sacramento agere:* die *legis actio sacramento in rem* und die *in personam* sind offenbar dem Gegensatze der absoluten, dinglichen Rechte und der Obligation angepaßt, welche Rechte doch bestimmte Rechtsgeschäfte als ihre Entstehungsgründe voraussetzten. So darf man sich auch die Geschichte der *genera legatorum* nicht so konstruieren, daß man die Juristen von den Formeln der *legis actiones* ausgehen und danach die Anordnungsformeln der Legate komponieren läßt.

Meines Erachtens ist das sogenannte *legatum per vindicationem* das älteste und ursprünglich wohl einzige, denn dieses allein enthält eine unmittelbare Gabe des Testators aus dem Nachlaß, eine *delibatio hereditatis;* bei seiner Anordnung allein kommt auch das Wort *lego* vor, von welchem das ganze Institut den Namen erhalten hat. Ein Legat nicht durch unmittelbare Gabe aus dem Nachlaß, sondern durch Begründung einer Obligation des Erben ist schon etwas Künstlicheres. Die ursprünglich wohl allein zulässige Formel für die Anordnung des *legatum per vindicationem* waren die Worte *do lego (Titio hominem Stichum do lego).* Danach wird dieses *genus legati* von den römischen Juristen auch als *do lego legatum* bezeichnet *(do lego legare).*[1] Erst als spätern Ursprungs kann die Zulässigkeit des Gebrauchs auch nur eines jener Worte, *do* oder *lego,* sowie der Gebrauch der Worte *sumito* oder *sibi habeto* oder *capito*[2] für die Anordnung des Vindikationslegats angesehen werden, wie denn auch die bei der Erwähnung dieser letzteren Worte von Gaius hinzugefügte Bemerkung *„ut magis visum est"* darauf hindeutet, daß es bei Zulassung derselben nicht ohne Meinungsverschiedenheit abgegangen ist. Man hat gemeint, jene Formel des Vindikationslegats stehe im Widerspruch damit, daß die Verfügungen des Testaments, insbesondere auch die Legate, *legis modo i. e. imperative* gefaßt sein müßten. Dieses Erfordernis faßt man aber zu eng auf, wenn man es dahin versteht, daß der Testator sich dabei stets des Imperativs habe bedienen müssen:[3] es soll damit nur der Gegensatz zu den *precativa verba* der *fideicommissa* ausgedrückt sein. Jene Formel des Vindikationslegats genügt dem Erfordernis des *legis*

[1] Fr. Vat. 47, 57, 75, 83 u. a. St.
[2] Gai. II, 193. Ulp. XXIV, 3.
[3] Ihering, Geist II, 2², S. 588.

modo relinquere dadurch, daß dabei *directo iure relinquitur*. Daß in den Worten *do lego* die Handlung des Testators, nicht die in der Person des Legatars zu erzielende Wirkung allein ausgedrückt wird, entspricht doch meines Erachtens dem Wesen der Sache, denn jene Handlung ist das für den Bestand des Legats Wesentlichste, die beabsichtigte Wirkung Hervorbringende, und die beabsichtigte Wirkung ist in dem Worte *do*, welches in technisch-juristischem Sinne zu nehmen, genügend angedeutet. Die später zulässig gewordenen Ausdrücke: *sumito, sibi habeto, capito,* welche nicht die Handlung des Testators, sondern die beabsichtigte Wirkung in der Person des Legatars bezeichnen sollen, sind demgemäß auch im Imperativ gefaßt. Unter dem *capere* ist kein gewöhnliches *accipere* zu verstehen, sondern es gilt hier auch das Wort der l. 71 pr. D. de verb. signif. 50, 16: — *Capere cum effectu accipitur;* ebenso unter dem *sibi habere* kein bloßes *tenere,* sondern das *habere* des Eigentümers, *nam et eum habere dicimus, qui rei dominus est* u. s. w. (l. 38 § 9 D. de verb. obl. 45, 1). Das *legatum per vindicationem* ist, wie es jene Anordnungsformeln und diese Bezeichnung schon genügend andeuten, auf unmittelbare Begründung dinglichen Rechts, und zwar civiler Rechte, vor allem also quiritischen Eigentums gerichtet. Es mußten daher die legierten Sachen sowohl zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses als auch zur Zeit des Todes des Testators, also zu der Zeit, wo das Testament in Wirksamkeit treten sollte, im quiritischen Eigentum des Testators stehen; bei legierten fungiblen Sachen aber ließ man es genügen, daß sie zur Zeit des Todes des Testators in dessen quiritischem Eigentum standen.[1] Unter dieser Voraussetzung ging das Eigentum des legierten Objekts im Moment des Erbschaftsantritts unmittelbar auf den Legatar über, so daß er dasselbe sofort mit der zur Geltendmachung des quiritischen Eigentums bestimmten Klage, der *rei vindicatio,* geltend machen konnte.[2] Auch eine civilrechtliche Servitut konnte durch *legatum per vindicationem* bestellt oder auch bei Vermachung der Sache selbst vermittelst *deductio* für den Erben bestellt werden;[3] solchenfalls entstand im Moment des Erbschaftsantritts in der Person des Legatars bezw. bei der *deductio* in der Person des Erben das durch *confessoria actio* geltend zu machende civilrechtliche Servitutrecht.

Auch dadurch, daß dem Erben vom Testator die Verpflichtung zu einer Leistung an den Legatar auferlegt wurde, konnte ein Legat errichtet werden. Aus den von Gaius und Ulpian[4] angeführten für die Anordnung des sogenannten *legatum per damnationem* zulässigen Formeln *(heres meus — dare damnas esto, dato, facito, heredem meum dare iubeo)* ist zu ersehen, daß dieses *genus legati* eine Geschichte durchgemacht hat. Die ursprünglich allein zulässige Anordnungsformel war wohl: *dare damnas esto,* denn danach ist dieses Legat *legatum per damnationem* oder *damnas esto legatum* benannt. Es entsprach nach der ursprünglichen Auffassung nicht dem Wesen des Verhältnisses des Testators zum Erben, daß durch den erstern dem letztern ein einfaches *dare oportere,* wie es aus der *sponsio* entsprang, auferlegt würde. Testator und Erbe standen sich nicht in dem Verhältnis der Gleichheit, wie zwei Vertragschließende, einander gegenüber. Der Ausdruck *damnare,* sagt Huschke,[5] deutet auf eine höhere Gewalt dessen, der sich hier dem Schuldner verpflichtet. Gewiß trifft das auf das Verhältnis des Testators zum Erben, welchen er zum Universalsuccessor in

[1] Gai. II, 196. Ulp. XXIV, 7. [2] Gai. II, 194. [3] Fr. Vat. l. l.
[4] Gai. II, 201. Ulp. XXIV, 4. [5] Über d. Recht des Nexum S. 51.

seine *familia pecuniaque* ernennt, zu; durch seine einseitige Anordnung konnte der Testator dem eingesetzten Erben die strenge Verpflichtung des *damnas esse* auferlegen, welche demnächst vom Legatar durch *legis actio per manus iniectionem* geltend gemacht werden konnte. Seinem Inhalte nach war aber das alte durch *manus iniectio* geltend zu machende *damnas esto legatum* weit beschränkter, als das spätere Damnationslegat. Das spätere Recht enthält noch eine Spur, welche auf jenen ursprünglichen Inhaltsumfang schließen läßt. Der durch Damnationslegat verpflichtete Erbe kann von seiner Verpflichtung durch *solutio per aes et libram* nur befreit werden, wenn die Verpflichtung auf etwas geht, *quod pondere numero constat, et ita si certum sit* (Gai. III, 175). Es scheint bezüglich der *solutio per aes et libram* nur von einigen angenommen zu sein, daß sie auch auf das, *quod mensura constat,* anwendbar sei. Die durch Damnationslegat aufzuerlegende Verpflichtung mußte ursprünglich wohl auf eine bestimmte Summe Erzgeldes *(aeris)* gehen, denn nur solche konnte ursprünglich durch *legis actio per manus iniectionem* geltend gemacht werden. Schrittweise wird dann der Inhalt erweitert sein; auch Damnationslegate auf Leistung anderer Fungibilien, solcher wenigstens, *quae numero* und *pondere constant,* wird man als solche, welche durch *manus iniectio* geltend gemacht werden könnten, angesehen haben. Aber dabei blieb man nicht stehen: die weiteren für die Anordnung eines Damnationslegats zulässigen Formeln: *dato, facito, heredem dare iubeo* zeigen, daß man jede Verpflichtung zu einem *dare,* ja schließlich auch (was aber wohl erst in der Kaiserzeit geschehen ist, denn selbst Gaius erwähnt davon nichts) zu einem *facere* als zulässigen Inhalt eines Damnationslegats ansah. Mit der *legis actio per manus iniectionem* kann ein Damnationslegat solchen Inhalts nie geltend gemacht sein. Zu den Zeiten des Formularprozesses besteht für die Fälle des Damnationslegats, welche auf *dare* eines *certum* gehen, also auch auf *dare* einer bestimmten körperlichen Sache,[1] eine *actio quae infitiando crescit in duplum,* über deren Formel an dieser Stelle nicht gehandelt werden kann. Jedenfalls muß sie aber, da die Anweisung an den *iudex,* auf das Doppelte zu verurteilen, genügend motiviert sein mußte, in der *intentio* eine Erwähnung des auf ein *certum* gehenden Damnationslegats enthalten haben. Der Legatar konnte aber *etiam ex legati causa,* je nachdem das Legat auf eine bestimmte Geldsumme oder *dare* eines anderen *certum* lautete, die *certi condictio* oder die *condictio triticaria* anstellen,[2] in deren Formel die *causa legati* nicht angegeben zu sein brauchte. Daß Damnationslegate auf ein bloßes *incertum* zugelassen wurden, gehört gewiß der republikanischen Zeit noch nicht an. — Die Wirkung des Damnationslegats war dem Gesagten nach nur eine obligatorische: beim Antritt der Erbschaft ging das dem Legatar zugedachte Objekt nicht ohne weiteres in das Eigentum des Legatars über. Infolgedavon war aber das Damnationslegat nicht bloß auf eigene Sachen des Testators anwendbar, der Testator konnte auch fremde Sachen in dieser Weise legieren,[3] mit der Wirkung, daß der onerierte Erbe verpflichtet war, die Sache vom Eigentümer zu kaufen und sie dem Legatar zu Eigentum zu übertragen, oder

[1] Daß eine Klage mit Litiscrescenz nicht bloß dann zulässig war, wenn *certa pecunia,* sondern auch wenn sonst eine *certa quantitas* oder *species* vermacht war, nehmen Huschke u. a. mit Recht an. Vgl. nur Arndts in Glücks Kommentar XLVI, S. 24, A. 54. Gai. II. 282. IV, 9. § 7 I. de obl. quae quasi ex c. 3, 27. L. 71 §§ 2 u. 3 D. de leg. I. L. 61 i. f. D. ad leg. Falcid. 35, 2.

[2] L. 9 § 1 D. de r. cr. 12, 1. Gai. II, 204. [3] Gai. II, 202.

demselben die *aestimatio* der Sache zu leisten. Gerade, weil das Damnationslegat auch auf fremde Sachen gerichtet werden konnte, wurde es als das *optimo iure relinquere* angesehen.

Als ein drittes *genus legati* wird von Gaius und Ulpian das *legatum sinendi modo relictum* genannt; es wurde nach ihnen angeordnet in der Formel: *Heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibique habere* (Gai. II, 209 und Ulpian XXIV, 5). Der Gegensatz zwischen diesem Legat und dem *per damnationem* in seiner schließlichen Ausdehnung ist nicht so bedeutend, daß sich nicht die Frage erheben könnte, warum man gerade dieses Legat als eine Hauptart und nicht ebensogut auch das Legat: *heres damnas esto non petere* und hundert andere als Hauptarten unterschieden habe. Es war indessen der Gegensatz zwischen dem *legatum per damnationem* und dem *sinendi modo relictum* ursprünglich wohl größer. Beiden gemeinsam ist die Formel *damnas esto,* und da diese nur von dem *per damnationem* auf das *sinendi modo relictum* übertragen sein kann, so erweist sich schon dadurch das letztere als das jüngere. Das *legatum sinendi modo relictum* ist wohl in der Zeit aufgekommen, als das Damnationslegat noch nicht auf Leistung eines *incertum* bezw. ein *facere* gestellt werden konnte. In jener Zeit verpflichtete das Damnationslegat immer zur Verschaffung quiritischen Eigentums; hatte der verpflichtete Erbe dem Legatar kein quiritisches Eigentum übertragen, so hatte er eben seiner Verpflichtung noch nicht völlig genügt, wenn auch der Mangel durch Usukapion von seiten des Legatars gehoben werden konnte. Das *legatum sinendi modo* nach seinem ursprünglichen Sinne verpflichtete den Erben nur zu dulden, zu leiden, daß der Legatar sich die Sache mit Aneignungsabsicht hinnehme, nicht aber dazu, dem Legatar quiritisches Eigentum zu übertragen: der Testator konnte daher sehr wohl Sachen, welche er nur *in bonis* hatte, in dieser Weise legieren. Und gerade deshalb, weil der Erbe nur zum *pati, legatarium rem sumere sibique habere* verpflichtet wurde, konnten *sinendi modo* zwar wohl auch Sachen des Erben, nicht aber fremde Sachen legiert werden,[1] denn jenes *pati* hatte wohl bezüglich eigener Sachen des Erben, nicht bezüglich fremder Sachen einen Sinn. Wäre, wie eine spätere Auslegung annahm, der Erbe durch dieses *genus legati* auch zum *mancipare* bezw. *in iure cedere* ververpflichtet worden, so hätte die Beschränkung desselben auf eigene Sachen des Testators und des Erben keinen innern Grund gehabt. Das *legatum sinendi modo* eignete sich aber auch dazu, um andere Vermögensvorteile, als körperliche Sachen, zuzuwenden: auch *ea, quae in iure consistunt,*[2] konnten so legiert werden, also vor allem Servituten, und zwar nicht civilrechtliche Bestellung, sondern thatsächliche (unter prätorischem Schutz stehende) Ausübung des Servitutsinhalts, auch dem Civilrecht noch unbekannte Servituten, wie die *habitatio.*[3] Auch andere *incerta,* wie die *liberatio* von einer Schuld, werden als Inhalt eines *legatum sinendi modo* erwähnt.[4] Solange also das Damnationslegat, welches zu positivem *dare* verpflichtete, beschränkteren Inhalts war, nahm das nur zu einem *sinere,* einem *pati* obligierende *legatum sinendi modi* mannigfachen obligatorischen Inhalt in sich auf, welcher sich für ein Damnationslegat nicht eignete. — Was die Vermachung körperlicher Sachen durch dieses *genus legati*

[1] Gai. II, 210. [2] Paul. sent. III, 6, § 11.
[3] L. 14 u. 15 pr. D. de usu et usufr. leg. 33, 2.
[4] Paul. cit. L. 16 u. 18 D. de lib. leg. 34, 3.

betrifft, so ist noch zu bemerken, daß die betreffende Sache, wenn auch nicht zur Zeit der Testamentserrichtung, doch zur Zeit des Todes des Testators in seinem oder seines Erben Eigentum gestanden haben mußte; war die Sache erst nach dem Tode des Testators in das Eigentum des Erben gekommen, so war vor dem Sct. Neronianum nach der vorherrschenden Ansicht das Legat ungültig;[1] die Frage der Gültigkeit oder Ungültigkeit des Legats soll spätestens nach dem Moment des Todes des Testators, wo das Legat unwiderruflich wird und anfällt, entschieden werden. Die aus dem *legatum sinendi modo* entspringende Klage war die *actio ex testamento* mit der *intentio: quidquid heredem ex testamento dare facere oportet.*

Als viertes *genus legati* wird von Gaius und Ulpian[2] genannt das *per praeceptionem,* und als Anordnungsformel einzig erwähnt: *L. Titius hominem Stichum* (Ulpian *illam rem) praecipito.* Danach ist dieses *genus legati* das *per praeceptionem* genannt; die Sabinianer begründen ihre Ansicht über die Bedeutung dieses Legats aus dem Wort *praecipere,* und auch die Proculianer gehen bei ihrer Deduktion von dem Wort aus, indem sie die Silbe *prae* für überflüssig erklären. In späteren Quellen finden wir mit *praecipito* noch andere Worte verbunden, nämlich *sumito tibique habeto* oder *tibi habeto,* wie auch die unter den im Einsiedler Codex erhaltenen *Excerpta Probiana* befindlichen *Notae P. S. T. Q. H.* bedeuten: *praecipito sumito tibique habeto.* Die Zulassung dieser Formeln kann erst in der römischen Kaiserzeit nach Auftauchung der Ansicht der Proculianer über das Präzeptionslegat erfolgt sein. Die Kontroverse der Sabinianer und Proculianer ging dahin, daß nach den ersteren *per praeceptionem* nur einem der auf eine Quote eingesetzten Miterben, nach den letzteren dagegen auch einem *extraneus* legiert werden konnte.[3] Die Proculianer hielten ein Legat mit dem Wort *praecipito* für gleichbedeutend mit einem mit dem Wort *capito* angeordneten und sahen also, vorausgesetzt, daß die Sache zu den betreffenden Zeitpunkten im quiritischen Eigentum des Testators stand, ein solches Legat einfach als ein Vindikationslegat an. Solange das Vindikationslegat nur mit der Formel *do lego* angeordnet werden konnte, kann die Meinung der Proculianer noch nicht aufgetaucht sein, ein mit dem Wort *praecipito* angeordnetes Legat kann damals von niemand wie ein Vindikationslegat behandelt sein. Aber gegen Ende der Republik stand der rechtsgeschäftliche Verkehr, stand insbesondere die Abfassung der Testamente nicht mehr so unter der strengen Kontrolle der Juristen, wie in älterer Zeit. Es kamen häufig Fälle vor, daß die Laien die für die verschiedenen *genera legatorum* bestimmten Formeln verwechselten oder andere wählten. So wurde man dahin gebracht, für die Anordnung des Vindikationslegats die Formeln *capito, sumito* u. s. w. zuzulassen. Damit waren dann das Vindikations- und das Präzeptionslegat in der Anordnungsformel einander bedeutend näher gerückt, und es konnte jene Kontroverse zwischen den Rechtsschulen sich erheben. Es scheint nicht zweifelhaft, daß die Sabinianer hier am Alten festgehalten haben. Man hat gesagt, die Prälegate seien älter, als das Präzeptionslegat. Von den beiden Hauptgenera der Legate, dem *do lego*-Legat und dem *damnas esto*-Legat, ist das erstere, was den Belasteten anlangt, an sich impersonell *(Titio hominem Stichum do lego):* aus der Erbschaft wird gegeben, und zwar, da die Sache, falls sie nicht unmittelbar ins Eigentum des Legatars übergegangen wäre, im Miteigentum aller Erben *pro portionibus here-*

[1] Gai. II, 212. [2] Gai. II, 216. Ulp. XXIV, 6. [3] Gai. II, 217. 221.

ditariis gestanden haben würde, auf Kosten aller Erben. Nur künstlich kann beim Vindikationslegat nur einer der Erben oneriert werden, was aber gewiß erst später aufgekommen ist. Bei dem Damnationslegat dagegen muß der Erbe, welcher *damnas* sein soll, speziell bezeichnet werden. Sehr wohl wird es möglich gewesen sein, einem Miterben ein Damnationslegat zu Gunsten eines andern Miterben aufzuerlegen, ebenso wie zu Gunsten eines *extraneus*, aber ein solches Legat war gewöhnliches Legat, kein Prälegat. Nicht dagegen halte ich es für möglich, daß einem Miterben eine Sache des Erblassers *per vindicationem* legiert wurde. Beide Verfügungen: die Erbeinsetzung zu einer Quote und das Legat der ganzen Sache würden in einem formalen Widerspruch miteinander gestanden haben: nach der Erbeinsetzung zu einer Quote soll das Recht des Eingesetzten an der objektiven *hereditas* und folglich an der einzelnen Erbschaftssache nur zu der bezeichneten Quote bestehen, nach dem Legat soll er das solidarische Eigentum daran haben. Was schon durch die Erbeinsetzung in des Betreffenden Teileigentum (und möglicherweise durch Accrescenz in sein Volleigentum) gekommen sein würde, das kann nicht erst vermöge des von der Beerbung abhängigen Legats in sein Volleigentum kommen. Es greift hier der Satz ein: *Heredi a semet ipso legari non potest*[1] oder *heredi a semet ipso inutiliter legatur.*[2] Diese Fassungen des Satzes deuten gar nicht auf die Möglichkeit hin, daß das einem Teilerben hinterlassene Legat zu den Teilen der Miterben gültig und wirksam sei. Nach ihnen ist es undenkbar, unmöglich, daß jemand zugleich belasteter Erbe und Legatar sein könne. Erst in einer dritten Fassung: *non consistit legatum heredi relictum pro parte eius hereditaria* kommt der Gedanke zum Ausdruck, daß ein solches Legat zu den Teilen der übrigen Miterben gültig sei. Diese Fassung der Regel und der darin zum Ausdruck gelangende Gedanke sind aber jüngern Datums. Die Zeit näher anzugeben, wann das *legatum per praeceptionem* aufgekommen ist, scheint nicht möglich. Keine Spur, überhaupt kein irgend zwingender Grund liegt vor, es in sehr alte Zeit zu verlegen, wozu Kretschmar geneigt ist, welcher meint, es könnte sehr wohl schon in dem alten Testament *calatis comitiis* vorgekommen sein.[3] Fraglich ist, ob man überhaupt die Präzeptionsanordnung ursprünglich als ein Legat aufgefaßt habe. Kommen doch im *iudicium familiae erciscundae* auch andere nicht vom Testator angeordnete *praeceptiones* vor.[4] So soll der miterbende Haussohn des Testators, für welchen der Testator mit der *actio quod iussu* oder *de in rem verso* oder *de peculio* haftete, den betreffenden Schuldbetrag im *iudicium familiae erciscundae — praecipere.* Ebenso soll der zum Miterben eingesetzte *filiusfamilias* in jenem *iudicium* die für seine Frau seinem Vater bestellte *dos praecipere,* sowie wenn die *dos per praeceptionem legata fuisset* u. a. F. m. Nur zu Gunsten eines Miterben konnte die *praeceptio* angeordnet und nur mit der *actio familiae erciscundae* geltend gemacht werden; eine besondere Klage zur Geltendmachung derselben, wie bei den anderen *genera legatorum,* gab es nicht. Auch gewährte die *praeceptio relicta* dem begünstigten Miterben nicht etwa ohne weiteres im Moment des Erbschaftsantritts das Alleineigentum der betreffenden Sache, sondern nur einen Anspruch obligatorischer Natur; er hatte Anspruch darauf, daß im *familiae*

[1] Ulp. XXIV, 22. L. 116 § 1 D. de leg. I (30).
[2] L. 18, l. 34 § 11 D. de leg. I (30). Fr. Vat. § 87. L. 34 § 1 D. de leg. II (31).
[3] Die Natur des Prälegats S. 104. [4] L. 20 § 1 ff., l. 51 pr. D. fam. ercisc. 10, 2.

ercisciundae iudicium vom Erbteilungsrichter diese Sache ihm ausschließlich adjudiziert werde (ohne Entschädigung der anderen). Nur solche Sachen konnten *per praeceptionem* legiert werden, welche im Eigentum des Erblassers standen. Die Frage, ob auch solche Sachen, welche nur *in bonis* des Testators standen, Gegenstand des Präzeptionslegats sein konnten, ist wohl zu bejahen; jedenfalls nahmen die Proculianer an, daß solche Sache dem begünstigten Miterben *officio iudicis familiae ercisciundae* zuzuweisen sei, und es ist nicht abzusehen, warum die Sabinianer in diesem Punkte von ihnen abgewichen sein sollten. Konnte doch nach der Meinung der Sabinianer auch eine einem Gläubiger des Testators *fiduciae causa* mancipierte Sache *per praeceptionem* mit der Wirkung legiert werden, daß die Miterben *officio iudicis familiae ercisciundae* gezwungen werden konnten, dieselbe vom Gläubiger einzulösen, damit sie jener präzipieren könne.[1] Nach Digestenstellen[2] kann auch (unter der Voraussetzung natürlich, daß körperliche Erbschaftssachen vorhanden sind, und also die *actio familiae ercisciundae* Platz greifen kann) einem Miterben ein *nomen per praeceptionem* legiert werden, so daß die Miterben *officio iudicis* angehalten werden können, ihm zu ihren Erbteilen die *actiones* zu cedieren; ebenso Befreiung von einer Schuld, so daß *officio iudicis* den Miterben auferlegt werden kann, ihre Teilforderungen gegen den begünstigten Miterben nicht geltend zu machen.

III. Vom Inhalt der Legate. Einzelne Legate.

§ 92. Solange es nur die angegebenen vier *genera legatorum* gab, konnte nur ein Gegenstand, welcher in eines jener *genera* eingekleidet werden konnte, zum Inhalt eines Legats gemacht werden, und es mußte, je nach dem betreffenden Objekt, die dafür passende Legatsart beobachtet werden, sonst war das Legat ungültig. Unsere Betrachtung des möglichen Inhalts der einzelnen *genera* hat uns aber gezeigt, daß, seitdem neben den beiden älteren Formen des *do lego* und des *damnas esto legatum* die beiden jüngeren des *sinendi modo relictum* und des *per praeceptionem* aufgekommen waren, der mögliche Inhalt eines Legats (dinglicher und obligatorischer Natur) ein sehr umfassender war. Für die rechtsgeschichtliche Betrachtung hat es nur Interesse, auf einzelne Legate, sofern ihr Inhalt im römischen Leben eine Rolle spielte, etwas näher einzugehen. Namentlich kam es vor, daß ein Testator durch eine Kollektivbezeichnung eine Mehrheit von Sachen legierte. Solchenfalls lag nur ein einziges Legatsgeschäft vor, wenn auch dadurch an jeder zu dem Kollektivum gehörigen Sache ein besonderes Recht des Legatars begründet wurde (l. 2. 6. D. de leg. II [31]). Von diesen Kollektivvermächtnissen ist zunächst die *penus legata*[3] zu nennen. In republikanischer Zeit muß die *penus* häufig legiert sein, denn die republikanischen Juristen beschäftigen sich angelegentlich mit dem Begriff. Nach Quintus Mucius, welchem Sabinus und die späteren Juristen folgten, wurde unter *penus* der Vorrat an Nahrungsmitteln, Eß- und Trinkwaren verstanden, welcher zum Gebrauch des Hauses, der *familia* im engern Sinne, also des *paterfamilias*, der Frau, der Kinder des *paterfamilias* und der in ihrer Umgebung befindlichen Sklaven, welche nicht zur Arbeit außer dem Hause be-

[1] Gai. II, 220. [2] L. 4 pr., l. 42 D. eod. tit.

[3] Vgl. Gell. IV, 1, § 17 ff. Dig. 33, 9 de penu legata. Mommsen, *Ad capita duo Gelliana animadversiones*, in den *Symbola Bethmanno-Hollwegio oblata. Berolini 1868.*

stimmt waren, sowie der zum Dienst des Herrn bestimmten Lasttiere, vorzugsweise im Hause (namentlich in der *cella penuaria* und dem *promtuarium*) aufbewahrt wurde. An Meinungsverschiedenheiten über den Umfang der *penus legata* hat es nicht gefehlt. So rechneten einige Holz und Kohlen, welche zur Anfertigung der Speisen notwendig seien, zur *penus*, während andere nach dem Vorgange des Q. Mucius es leugneten. Auch Weihrauch und Wachslichter, sofern sie zum Hausgebrauch dienten, rechnete schon S. Aelius zur *penus*, während Q. Mucius und Ofilius sie nicht dazu rechneten. Pflegte der Testator, welcher die *penus* legiert hatte, von seinem Vorrat zu verkaufen, so galt das zum Verkauf Bestimmte nicht zur *penus legata* gehörig, sondern nur das für den Hausgebrauch *(ad usus domus)* Abgesonderte; hatte aber keine Sonderung stattgefunden, so wurde das zum Gebrauch des Hauses für ein Jahr Erforderliche als zur *penus legata* gehörig angesehen. Das Legat von Lebensmitteln kam auch in beschränkterer Weise vor: so wurde jemand namentlich wohl der Weinvorrat des Testators vermacht. Zum Wein gehörig wurde dann alles angesehen, was *pro hominum affectione et usu* zum Wein gerechnet wurde. Ja auch auf die Gepflogenheit des betreffenden Hausvaters wurde gesehen, und auch Essig, den *vini numero paterfamilias habuit*, wurde als Wein angesehen.

Besondere Hervorhebung verdient dann die *supellex legata*. Nicht minder wie die Feststellung des Begriffs der *penus*, hat auch die des Begriffs der *supellex* schon die republikanischen Juristen beschäftigt. *Supellex* ist nach der Auffassung derselben das zum gewöhnlichen, täglichen Gebrauch des *paterfamilias* (und seiner Angehörigen) bestimmte Hausgerät, welches weder zum verarbeiteten Silber oder Gold noch zu der Kleidung gehört.[1] Überhaupt Kunstsachen, welche mehr dem Luxusbedürfnis, der Ergötzlichkeit dienen, werden nicht zur *supellex* gerechnet. Die Auffassung, welche Sachen zur *supellex* zu rechnen seien, hat sich nach den Anschauungen der Zeiten geändert. Das Legat der *supellex* ist alt, denn der Umfang desselben ist ursprünglich festgesetzt mit Rücksicht auf die Bedürfnisse einer einfachen Zeit, welche noch kein silbernes Hausgerät zuließ (l. 3 § 5 D. de sup. leg. 33, 10: — *secundum saeculi severitatem nondum admittentis supellectilem argenteam).* Celsus aber sagt treffend in l. 7 § 1 D. eod. tit.: *nec mirum est moribus civitatis et usu rerum appellationem eius mutatam esse: nam fictili aut lignea aut vitrea aut aerea denique supellectili utebantur, nunc ex ebore atque testudine et argento — — supellectili utuntur.* Heute komme es mehr auf die *species*, die Art und Bestimmung, als auf den Stoff für die Beantwortung der Frage an, ob eine Sache zur *supellex* gehöre. Dem Gesagten nach ist es begreiflich, daß wieder besondere Legate des *aureum argenteum* (der Gold- und Silbersachen), des Schmucks *(ornamenta)*, der Toilettegegenstände *(mundus)*, der Kleidung, der Statuen u. s. w. vorkamen,[2] denn diese Dinge gehören nicht zur *supellex* und sind, den Lebensanschauungen der Römer entsprechend, auch unter sich verschiedene Begriffe. — Nicht selten kam es auch vor, daß außer einem Grundstück das *instrumentum* desselben oder der *fundus instructus* legiert wurde. Zwischen beiden Legaten, dem des *fundus* und des *instrumentum*, und dem des *fundus instructus* machte man aber einen bedeutsamen Unterschied. *Instrumentum fundi*[3] ist der *apparatus rerum diutius mansarum*, ohne welchen die Bewirt-

[1] L. 1 D. de supellectile legata 33, 10. L. 6, l. 7 § 1, l. 11 D. eod. tit.
[2] Dig. 34, 2: de auro argento mundo ornamentis etc. legatis.
[3] L. 12 pr. D. de instructo 33, 7.

schaftung des Guts nicht betrieben, kein Ertrag aus demselben gezogen werden kann; es gehören dazu die Sachen, welche *fructus quaerendi cogendi conservandi gratia* angeschafft sind.[1] Es ist also das ordentliche Gutsinventar, welches für das Gut selbst bestimmt ist, also als Pertinenz desselben aufgefaßt werden kann. Das Legat des *fundus instructus*[2] dagegen ist nach Sabinus *uberius*, und Ulpian bemerkt dazu: *quam sententiam cottidie increscere et invalescere videmus.* Zum *fundus instructus* gehört außer jenem *instrumentum* alles, was der *paterfamilias* auf dem Grundstück zu seiner eigenen bessern Ausrüstung und zu seinem Gebrauch hat, also nicht bloß die *supellex*, sondern auch Gold- und Silbergeräte, Kleider, Weine u. s. w., welche er zu seinem Gebrauch auf dem Grundstück hat; kurz sein *proprium instrumentum.* Was er aber nicht zu seinem Gebrauch, sondern, um es sicher aufzubewahren, auf dem Grundstück hat, gehört nicht zum *fundus instructus.* — Der Begriff des *instrumentum* hat bei Legaten noch eine weitere Verwendung gefunden, und zwar sowohl in dem Sinne einer Zubehör, als dem einer Ausrüstung, Einrichtung von Personen. In ersterer Beziehung wird neben dem Legat des *instrumentum fundi* ein Legat des *instrumentum domus*[3] erwähnt, und dabei unter dem *instrumentum* das verstanden, was *tempestatis arcendae aut incendii causa* angeschafft ist, also was sich *ad tutelam domus*, auf den Schutz des Hauses gegen Unwetter, Feuer oder dgl. bezieht, nicht dagegen, was *voluptatis causa paratur*, welches letztere vielmehr unter den Begriff des *ornamentum domus* fällt. In der zweiten Beziehung wird das Legat des *instrumentum* irgend eines Gewerbetreibenden, der zur Betreibung irgend eines Geschäfts, eines Gewerbes, welches allerdings an ein Lokal, eine *taberna* u. dgl. geknüpft sein kann, erforderlichen Einrichtung erwähnt, z. B. des *instrumentum cauponae*, des *i. pictoris*, des *i. piscatorium*, des *i. balneatorium*, des *i. lanionis*, des *i. pistorium*, des *i. medici*[4] u. s. w. Auch eine *universitas iuris*, z. B. ein *peculium*,[5] bildete häufig den Inhalt eines Vermächtnisses, es wurde aber dadurch nicht etwa eine Universalsuccession begründet. — Wurde ein Kollektivganzes oder eine *universitas* lediglich als *accessio*, als Beigabe einer andern Sache als des Hauptgegenstandes des Legats, vermacht, so galt, wenn das Legat des Hauptgegenstandes etwa durch Veräußerung des Testators aufgehoben wurde, auch die *accessio* als nicht vermacht. Anders ist es, wenn die beigegebene Kollektiveinheit oder Rechtsgesamtheit als selbständig legiert angesehen werden kann; denn dann liegen zwei Legate vor, von denen das eine vom andern unabhängig ist.[6]

Es kann auch der Gegenstand des Legats so angeordnet sein, daß es noch einer Wahl oder Determinierung zur genauern Bestimmung des Gegenstandes oder Inhalts des Legats bedarf. Es kann alternativ dieser oder jener Gegenstand bezeichnet, es können auch generell eine bezw. mehrere Sachen einer in der Erbschaft enthaltenen Sachenkategorie bezeichnet sein. Dabei machte es aber einen wesentlichen Unterschied aus, ob das betreffende Legat ein Vindikations- oder ein Damnationslegat war, ob es also auf unmittelbare Begründung dinglichen Rechts oder nur auf Begründung einer Obligation des Erben zu einer Leistung gerichtet war. Waren *per vindicationem* alternativ einzelne speziell bezeichnete Sachen bezw. etwa ein bestimmtes Grundstück oder der Nießbrauch

[1] L. 8 pr. D. eod. tit. [2] L. 12 § 27 ff. D. eod. tit. [3] L. 12 § 16 ff. D. eod. tit.
[4] L. 13, l. 17, l. 18 pr. § 1 u. 10 D. eod. tit.
[5] Tit. D. de peculio legato XXXIII, 8. [6] L. 1—4 D. eod. tit.

daran legiert, so stand notwendig dem Legatar das Wahlrecht zu: nach Antretung der Erbschaft war der Erwerb des Eigentums an der betreffenden Sache für ihn abhängig von der Erklärung, daß er diese wähle; vor der Erklärung der Wahl war also *in pendenti,* ob er das Eigentum an dieser oder jener der vom Testator bezeichneten Sachen, bezw. ob er das Eigentum oder den *ususfructus* habe. Ebenso war es, wenn *per vindicationem* generell eine von in der Erbschaft enthaltenen Sachen des Testators, z. B. einer seiner Sklaven legiert war: gab nach erfolgtem Erbschaftsantritt der Legatar die Erklärung der Wahl in Bezug auf einen bestimmten Sklaven ab, so war damit entschieden, daß er das Eigentum an diesem erworben habe. Immerhin besteht zwischen beiden Fällen der Unterschied, daß, wenn einer der Sklaven des Testators *per vindicationem* legiert wird, nur ein Legat vorliegt, welches bezüglich seines Gegenstandes durch die Legatsanordnung selbst noch nicht genügend determiniert ist, sondern erst durch die Wahl des Legatars determiniert wird; wenn aber der *Stichus* oder der *Eros per vindicationem* legiert wird, so liegen zwei Legatsanordnungen vor, von denen die eine möglicherweise pure, die andere bedingt sein kann, Legatsanordnungen, von denen, weil sie alternativ verbunden sind, nur eine durch die Wahl des Legatars wirksam wird *(duo legata sunt, sed unico contentus esse debet).*[1] Es giebt aber Stellen, welche Einheit des alternativen Legats annehmen, nämlich l. 27 D. de leg. II und l. 25 pr. D. quando dies leg. 36, 2. Pescatore[2] will diese auf alternative Damnationslegate beziehen. Unzweifelhaft ist ja, daß durch ein Damnationslegat mit alternativer Bezeichnung der Leistungen oder mit genereller Bezeichnung des Leistungsinhalts nur eine Obligation auf diese oder jene Leistung oder auf den generell bestimmten Leistungsinhalt begründet wird. Aber von den oben citierten Stellen wird man die l. 25 pr. D. quando dies 36, 2 nach dem ganzen Verlauf derselben nur von einem Vindikationslegat verstehen können. Meines Erachtens wollen jene Stellen, wenn sie das alternative Vindikationslegat als *unum legatum* bezeichnen, nur sagen, daß der Wirksamkeit nach nur ein Legat vorliegt, und daher auch nur von einer *cessio diei* die Rede sein kann. Auf das alternative und generelle Damnationslegat braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden. Die Wahl steht dabei an sich dem onerierten Erben zu, kann aber ausdrücklich auch dem Legatar eingeräumt werden.

Als eine besondere Figur ist aber noch das *legatum optionis* oder *electionis* hervorzuheben. Bei dem alternativen Legat oder dem generellen Legat gehört die Wahl nicht zu dem eigentlichen Inhalt des Legats, sie ist nur eine Voraussetzung der Geltendmachung des Rechts. Anders ist es beim *legatum optionis.*[3] Hat der Testator angeordnet: *hominem optato elegito,* so ist die Verleihung des Wahlrechts der eigentliche Inhalt des Legats, wie denn auch die *optio data* als Inhalt solchen Legats bezeichnet wird. Daraus, daß die Wahlbefugnis gerade den Inhalt des *legatum optionis* bildet, ergeben sich die eigentümlichen für dasselbe geltenden Sätze. Da das Recht des Aussuchens, nicht das durch Aussuchen zu erwerbende Recht im Vordergrunde steht, das Recht des Aussuchens aber an die Person des Legatars gebunden ist, so transmittiert der Legatar hier das Vermachte nur dann auf seinen Erben,

[1] L. 8 § 1 D. de leg. II (31). L. 34 § 14 D. de leg. I (30).
[2] Die sogenannte alternative Obligation S. 97, A. 9.
[3] Ulp. fr. XXIV, 14. § 23 I. de leg. 2, 20. Tit. D. de opt. vel electione legata 33, 5.

wenn er selbst bei seinen Lebzeiten gewählt hat. Da aber das Recht der *optio legata*, wie jedes vermachte Recht, erst bei Antritt der Erbschaft erworben werden kann, so muß der Legatar hier den Antritt der Erbschaft erleben, vorher kann er nicht *optare*. Danach ist der Ausspruch Justinians[1] begreiflich, daß *optionis legatum — habebat in se condicionem*. Der Begünstigte selbst soll wählen: will oder kann er nicht selbst wählen, so ist nichts vermacht. Ist einem Haussohn oder einem Sklaven eine *optio* legiert, so müssen diese wohl selbst die *optio* vornehmen, wenn sie dieselbe auch nur *iussu patris* bezw. *domini* vornehmen können (l. 10 D. de leg. I [30]). Durch das *optare* erst erwarb der Legatar das Eigentum der gewählten Sache, welche also bis dahin im Eigentum des Erben stand, der aber nur widerruflich über dieselbe verfügen konnte, d. h. so, daß mit dem Erwerb des Legatars die vom Erben inzwischen übertragenen oder bestellten Rechte aufhörten; nur die Wirkung der Freilassung eines Sklaven, welcher von der *optio* betroffen werden konnte, war bis zu dem Moment, wo es sich entschieden, daß er nicht optiert werde, suspendiert (l. 14 D. de opt. 43, 5). — Es ist gesagt worden,[2] das *ius civile* kenne für die Vornahme der *optio* keine zeitliche Grenze. Meines Erachtens geht diese Behauptung zu weit. Richtig ist wohl nur, daß, wenn der Testator für die *optio* keine zeitliche Grenze gesteckt hatte, es civilrechtlich dafür keine gab, was dann den Prätor veranlassen konnte, dem Honorierten eine solche durch Dekret zu setzen. Wie aber der Testator für die *cretio* eine Frist setzen konnte, so konnte er eine solche auch für die *optio* bei einer *optio legata* setzen. Einen äußern Beleg für diese Annahme finde ich in l. 28 pr. D. de v. s. 50, 16: *Qui occasione adquirendi non utitur, non intellegitur alienare: veluti qui hereditatem omittit aut optionem intra certum tempus datum non amplectitur.* Nach der Ausdrucksweise der Stelle ist das Subjekt des *dare optionem* und der Festsetzung der Frist für die *optio* ganz dasselbe, also der Testator; man kann hier nicht an eine vom Prätor gesetzte Frist denken. Das durch die *optio* gegebene Wahlrecht bezog sich gewöhnlich auf Sklaven des Erblassers, konnte aber auch andere Sachen betreffen, es bezog sich immer auf eigene Sachen des Testators, deren Kreis von ihm bei Anordnung der *optio* gezogen wurde. Aus dem bezeichneten Kreise konnte der Honorierte jede beliebige Sache wählen, auch die beste,[3] während bei dem generellen Legat, z. B. eines *homo*, der wahlberechtigte Legatar nicht das beste Stück und der wahlberechtigte Erbe nicht das schlechteste Stück wählen durfte.[4] Wenn der, welchem *optio* legiert ist, in der irrtümlichen Annahme, es sei ihm eine bestimmte Sache legiert, diese vindiziert, so hat er damit sein Wahlrecht nicht konsumiert. Anders verhält sich das bei dem alternativen Legat (und auch wohl dem gewöhnlichen generellen Legat) nach l. 19 D. de leg. II (31): *Si is, cui legatus sit Stichus aut Pamphilus, cum Stichum sibi legatum putaret, vindicaverit, amplius mutandae vindicationis ius non habet: tanquam si damnatus heres alterutrum det Stichum dederit, cum ignoret sibi permissum vel Pamphilum dare, nihil repetere possit.* Der Grund des Unterschieds liegt wohl darin, daß bei dem *legatum optionis* das Wahlrecht selbst den unmittelbaren Inhalt des Vermächtnisses bildet, welches durch einen ausdrücklichen Willensakt ausgeübt werden muß, was im Fall jenes Irrtums nicht geschehen ist, während beim alternativen (und generellen) Legat die Wahl stillschweigend geschehen kann. Um sein Wahlrecht

---

[1] § 23 I. cit. [2] Bernstein, Zur Lehre vom *legatum optionis* S. 28.
[3] L. 2 pr. D. eod. tit. [4] L. 37 pr., l. 110 D. de leg. I (30).

ausüben zu können, kann der wahlberechtigte Legatar vermöge der *actio ad exhibendum* Vorlage der Sachen, aus denen er eine oder mehrere auswählen darf, verlangen.[1] Er darf auch die Sachen zum Zweck der Auswahl prüfen, also z. B. die verschiedenen Weine, aus welchen er wählen darf, kosten: in dem Recht der *optio* ist das Recht der *degustatio* enthalten.[2] Durch einmalige Ausübung wird das Wahlrecht konsumiert,[3] doch findet solche Konsumtion nicht statt, wenn dem Wahlberechtigten, ohne daß er Kenntnis davon hatte, nicht alle Sachen, aus denen er wählen durfte, sei es infolge eines *dolus* des Erben oder infolge zufälliger Umstände, vorlagen.[4] Auch wenn die Wahl auf einen Gegenstand, der in Wahrheit gar nicht zum Kreise der Wahlobjekte gehört, gefallen ist, wird das Wahlrecht nicht konsumiert.[5] Läßt aber der Optionsberechtigte absichtlich gewisse Gegenstände, von denen er weiß, daß sie gewählt werden könnten, bei seiner Option unberücksichtigt, so liegt darin eine Konsumierung des Wahlrechts. Wie aber steht es im Fall bloßer Repudiation eines wahlfähigen Objekts ohne gleichzeitige positive Ausübung des Wahlrechts? Eine Entscheidung dieser Frage findet sich für das gewöhnliche generelle Legat in l. 18 D. de opt. 33, 5: *Homine legato Neratius ait nihil agi repudiato Pamphilo itaque eum ipsum eligi posse.* Die Entscheidung erklärt sich so. Die Repudiation hat keine selbständige Bedeutung, trotz derselben hat der repudiierte Gegenstand die Eigenschaften, zufolge deren er als der zur Erfüllung dienen sollende bestimmt werden kann, der repudiierte Pamphilus fällt immer noch unter den Gattungsbegriff *homo.* In gleicher Weise muß beim *legatum optionis* entschieden werden, wenn auch die Begründung der Entscheidung sich nach der besondern Natur dieses Legats gestalten wird. Der einzelne wahlfähige Gegenstand kann von der Wirkung desselben, soweit der Wille des Legatars dafür in Betracht kommt, nur durch die gültige positive Wahl eines andern wahlfähigen Gegenstandes und die darin liegende Konsumtion des Wahlrechts frei werden: solange nicht positiv in gültiger Weise optiert ist, unterliegen noch alle nach Absicht des Testators wahlfähigen Objekte der möglichen Wirkung des Optionslegats, der Repudiation kann eine selbständige Bedeutung nicht zukommen. Noch einleuchtender wird dies durch eine Betrachtung des Optionsakts. Man hat wohl nicht mit Unrecht angenommen,[6] daß die *optio* durch *certa verba,* also durch einen mündlichen Formalakt geschehen mußte. Die l. 20 D. de opt. 33, 5 läßt das *optare* durch ein *dicere* geschehen, und bezeichnet zugleich den Akt als eine *testatio,* wonach es nicht unwahrscheinlich ist, daß jenes *dicere* vor Zeugen geschehen mußte. Auch daß die *servi optio* in l. 37 D. de reg. iur. 50, 17 zu den *actus legitimi* gezählt wird, läßt dieselbe als einen formellen Akt erscheinen, wie die anderen *actus legitimi,* wenngleich die Notwendigkeit einer formellen Erklärung für die *optio* noch nicht erklärt, warum sie zu den *actus* gehört, *qui in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem.* Die Erklärung dafür liegt meines Erachtens darin, daß nur eine kategorische, von nichts abhängig gemachte Erklärung dem Willen des Testators entspricht: eine bedingte oder in ihrer Wirksamkeit hinausgeschobene Wahl ist kein die Sache sofort klarstellender Akt.

Nach unserer bisherigen Darlegung hat sich nicht bloß ein Unterschied in

---

[1] L. 3 § 6, l. 12 § 2 D. ad exhib. 10, 4. L. 8 § 3 D. de opt. leg. 33, 5.
[2] L. 5 pr. D. de leg. I (30). [3] Vgl. namentl. l. 20 D. eod. tit.
[4] L. 4 u. 5 D. eod. tit. [5] L. 2 §§ 2 u. 3 D. eod. tit. [6] Bernstein, a. a. O. S. 24.

einzelnen Beziehungen, sondern in dem ganzen Begriff zwischen dem *legatum optionis* und dem gewöhnlichen generellen Legat herausgestellt. Man hat behauptet, das *legatum optionis* sei das ältere Institut, das generelle Legat das jüngere.[1] Indessen da beide ihrem Begriffe nach ganz verschieden sind und nicht anzunehmen ist, daß das eine sich aus dem andern entwickelt habe, also nicht notwendig ein successives Verhältnis zwischen beiden besteht, so scheinen mir genauere Anhaltspunkte für die Beantwortung der Frage zu fehlen, ob das eine älter als das andere sei.

IV. Nebenbestimmungen. Substitutionen. Accrescenzrecht.

§ 93. Wie Erbeinsetzungen, so konnten auch Legate gewiß schon früh unter Suspensivbedingungen angeordnet werden. Der richtigen Ansicht nach war ein Vindikationslegat auch *ex die* möglich, unzweifelhafte Quellenaussprüche bestätigen es,[2] und es ist kein Grund für die Annahme vorhanden, daß die Möglichkeit eines solchen Vindikationslegats *ex die* erst später aufgekommen sei. Was die Resolutivbedingung und die zielsetzende Befristung anlangt, so galt wohl von jeher für den *ususfructus* etwas Besonderes. Dieser ist an sich ein zeitlich begrenztes Recht, mit dem Tode des Usufruktuars erreicht es sein Ende, der Anfangs- und Endtermin erscheint also nur als eine nähere Begrenzung seines Inhalts, und so wird wohl stets gegolten haben: *posse — usufructum ex die legari vel in diem constat.*[3] Anders stand es in Bezug auf die an sich nicht zeitlich begrenzten dinglichen Rechte, das Eigentum und die Prädialservituten. sie können nicht *ad diem* bestellt werden, auch nicht durch Legat. Überhaupt aber sind Legate mit einem *dies ad quem* oder einer Resolutivbedingung nicht möglich.[4] Ob dieser Satz bis zu Justinian hin bestanden oder etwa schon in der Kaiserzeit praktisch beseitigt sei, ist nicht an dieser Stelle zu prüfen. Auch hier ist anzunehmen, daß der hinzugefügte *dies ad quem* bezw. die Resolutivbedingung gestrichen, und das Legat aufrecht erhalten wurde.[5] Ob man nach prätorischem Recht dem Willen des Testators doch Geltung verschaffen konnte, steht nicht hier in Frage.

Da ein Legat unter einer Bedingung angeordnet werden konnte, so waren auch Substitutionen bei Legaten zulässig, ebenso wie bei Erbeinsetzungen *(Ut heredibus substitui potest, ita etiam legatariis);*[6] und zwar sowohl für den Fall, daß der, welchem an erster Stelle legiert war, das Legat nicht erwerben könne, welchen Falls die Substitution mit dem Anfall des Legats an den zunächst Honorierten hinfällig wurde,[7] als auch für den Fall, daß der zunächst Honorierte das Legat ablehnen werde,[8] welchen Falles es ja als von ihm nicht er-

---

[1] Bernstein, a. a. O. S. 10. Dernburg, Pandekten III², S. 278 f.

[2] L. 1 § 2 D. quib. mod. 7, 4. L. 9 § 2 D. usufruct. quemadm. cav. 7, 9. L. 72 § 5 D. de cond. 35, 1. Arndts, Pandekt. § 560, A. 3.

[3] L. un. § 3 D. quando dies usufr. 7, 3. Fr. Vat. § 48. Es kann auch beim Legat einer Sache der *ususfructus* durch *deductio* nur *ad tempus* vorbehalten werden. Fr. Vat. § 50 i. f.

[4] L. 55 D. de leg. I. L. 44 § 1 D. de O. et A. 44, 7. L. 26 C. de leg. 6, 37. Hermann, Krit. Studien S. 138 f.

[5] Czyhlarz, Z. Lehre von d. Resol. b. S. 18 f., S. 82 f. Hofmann, a. a. O. S. 140 f.

[6] L. 50 pr. D. de leg. II (31).

[7] L. 77 § 13 D. eod. tit. L. 3 § 1 D. de adim. leg. 34, 4.

[8] L. 6 C. de legatis 6, 37.

worben betrachtet wurde. — Auch ein Anwachsen vakanter Legatsanteile kommt bei Legaten vor, doch kann man hier nicht, wie bei der Erbfolge, zwischen einem allgemeinen und einem speziellen Anwachsungsrecht unterscheiden, da das erstere in dem Wesen der Universalsuccession begründet ist. Das Anwachsungsrecht bei Legaten beruhte immer darauf, daß den mehreren Personen dasselbe Objekt legiert war, so daß hier wieder der Satz zutraf: *concursu partem faciunt.* Infolge ihres *concursus* bekam jeder von ihnen nur einen Anteil an dem Legierten; fiel aber einer von ihnen, ohne erworben zu haben, fort, so bekam der Übrigbleibende, welcher nur infolge der Konkurrenz des andern auf einen Anteil beschränkt war, zufolge des Willens des Testierers das Ganze.[1] Der Sprachgebrauch der Quellen ist hier übrigens gewöhnlich folgender. Es wird hier nicht zwischen *re coniungere* und *verbis coniungere* unterschieden, sondern zwischen *coniunctim* und *disiunctim eandem rem legare. Coniunctim legare* ist ein Vermachen derselben Sache in verbundener Rede, *disiunctim legare* ein Vermachen derselben Sache in verschiedenen Sätzen.[2] Beim Vindikationslegat macht es keinen Unterschied, ob dieselbe Sache Mehreren *coniunctim* oder *disiunctim* legiert war: fiel einer von ihnen, ohne seinen Anteil erworben zu haben, weg, so accrescierte dessen Anteil dem Kollegatar.[3] Anders wurde es vielleicht schon, seit auch einem Legatar ein *onus* durch ein Fideikommiß auferlegt werden konnte, denn seit dieser Zeit wird wohl, wenn *disiunctim* legiert war, die *portio* des Ausfallenden ohne das darauf gelegte *onus,* wenn aber *coniunctim* legiert war, also auch die Personen der Kollegatare gleichsam zu einer Einheit verbunden waren, mit dem daraufgelegten *onus* accresciert sein. Beim Damnationslegat gab es kein Anwachsungsrecht. Die *damnatio partes facit,* wie es Vat. Fr. § 85 heißt, also nicht erst der *concursus.* Wird ein Erbe durch *damnatio* verpflichtet, zweien Legataren dasselbe zu leisten, so macht es einen Unterschied, ob *coniunctim* oder *disiunctim* legiert ist:[4] im erstern Fall wird jedem Legatar ein Teil geschuldet, und der Teil des ausfallenden Kollegatars verbleibt dem Erben, im zweiten Fall wird jedem das Ganze geschuldet, so daß der Erbe dem einen die Sache, dem andern die *aestimatio* leisten muß. Für das Anwachsungsrecht bietet sich keine Anwendung. Der Grund davon scheint mir darin zu liegen, daß ein *concursu partem facere* in Bezug auf obligatorische Leistungen nicht denkbar ist. Denken ließe sich, daß jeder der Honorierten Korrealgläubiger werde, welchen Falles aber der eine durch Forderung der ganzen Leistung auch das Recht des andern konsumieren könnte, was dem Willen des Testierers wohl nicht entsprechen würde. Eigentümlichkeiten hat das Anwachsungsrecht in dem Falle, daß mehreren Personen an derselben Sache, *coniunctim* oder *disiunctim,* ein Nießbrauchsrecht vermacht ist. Es tritt hier nicht bloß dann ein, wenn einer Kollegatare vor dem Erwerb des Nießbrauchsrechts weggefallen ist, sondern auch, wenn er den bereits erworbenen Nießbrauch wieder verliert.[5] Eine andere Eigentümlichkeit ist, daß demjenigen, der seine *pars ususfructus* bereits verloren hat, dennoch die *pars* des Kollegatars, die dieser später verliert, accrescieren kann. Zur Motivierung der ersten Eigentümlichkeit bemerkten Celsus und Julian, daß *ususfructus quotidie constituitur et legatur, non, ut proprietas, eo solo tempore, quo*

[1] § 8 I. de leg. 2, 20.
[2] Gai. II, 199. 205. Ulp. XXIV, 12. 13. § 8 I. cit. L. 1 § 3 D. de usufr. accr. 7, 2.
[3] Gai. II, 199. 223. Ulp. XXIV, 12. [4] Gai. II, 205. Ulp. XXIV, 13.
[5] L. 1 § 3 D. de usufr. adcr. 7, 3. Fr. Vat. 77.

vindicatur.[1] Zur Begründung der andern Eigentümlichkeit wird darauf Bezug genommen, daß der *ususfructus non portioni, sed personae*[2] anwachse. Sind diese Begründungen auch nicht sofort durchsichtig, so werden sie meines Erachtens Licht empfangen, wenn man berücksichtigt, daß der *ususfructus* ein *ius personae cohaerens* ist. Weil er nicht vererblich ist, so gilt beim Legat eines *ususfructus* als Termin des Anfalls, mit welchem sonst die Vererblichkeit des Legats beginnt, nicht, wie in der Regel, die Todeszeit des Erblassers, sondern die *cessio diei* fällt hier mit dem Erwerb des legierten *ususfructus*, also regelmäßig dem Erbschaftsantritt, zusammen: *nam cum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem eius cedere dixerit.*[3] Diese höchst persönliche Natur des Legats eines Nießbrauchs macht sich auch geltend, wenn zwei Personen der Nießbrauch an derselben Sache legiert ist. Jedem von ihnen ist der Nießbrauch an der ganzen Sache legiert, und auch hier bewirkt der *concursus* eine Teilung, aber doch in anderer Weise, als bei einer mehreren zusammen legierten Sache, d. h. dem mehreren zusammen legierten Eigentum. Während hier durch den Erwerb des Legats von seiten aller Honorierten die Teilung definitiv wird, ist es dort anders. Da nämlich, wie der *ususfructus* überhaupt, so auch der Anteil des einzelnen Legatars am *ususfructus* unvererblich ist, so kann das Legat zu Gunsten der Honorierten noch fortwirken über den Moment des Erwerbes hinaus: verliert einer seinen Anteil, so kann dieser immer noch dem andern anwachsen *(cum primum — non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum)*, der Verlust von seiten des einen Honorierten soll also nicht dem Proprietar, sondern den anderen Honorierten zu gute kommen. Jedem ist persönlich der *ususfructus* an der ganzen Sache legiert, so daß das Recht am Anteil des andern nur durch dessen Recht, solange es dauert, suspendiert ist; und die der Person zugedachte Begünstigung sich nach dem Wegfall des Rechts des andern an dessen Anteil noch geltend machen kann, selbst wenn der erste sein Anteilsrecht schon verloren hat. Doch geht dies nicht so weit, daß er vermöge dieses Accrescierens auch seinen eigenen frühern, verlorenen Anteil wieder erwerben könnte, dieser wird vielmehr nun zu der Proprietät zurückkehren *(placet enim nobis, ei, qui amittit usumfructum, ex eo, quod amittit, nihil accrescere).*[4]

V. *Catoniana regula. Ademtio* und *translatio legati.*

§ 94. Auf eine dogmatische Entwickelung der Gründe, aus denen ein Legat von Anfang an ungültig errichtet sein kann, soll hier nicht eingetreten werden. Nur der Sinn und die Begrenzung der *Catoniana regula*, welche noch immer Gegenstand der Diskussion sind, müssen hier dargelegt werden. Die Regel lautet nach Celsus in l. 1 pr. D. de regula Catoniana 34, 7: *Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere.* Die in den Quellen erwähnten Anwendungsfälle der *regula Catoniana* beziehen sich sämtlich auf den Inhalt des Legats, also auf Mängel, welche der Wirkungskraft des Legats entgegenstehen, worauf auch der Ausdruck: *quod — inutile foret* hindeutet, und zwar solche Mängel, welche vor dem Tode des Erblassers, also dem Momente, wo regelmäßig die Wirkungskraft der

[1] L. 1 § 3 D. de usufr. adcr. 7, 2.

[2] L. 14 § 1 D. de exv. r. i. 44, 2. L. 33 § 1 D. de usufr. 7, 1. L. 10 D. de usufr. adcr. 7, 2.

[3] L. 3 D. quando dies 36, 2. [4] L. 3 § 2 D. quib. mod. 7, 4.

Legate beginnt, wenn auch noch nicht ihr Ziel erreicht, noch wieder beseitigt sein können. So soll das Legat einer im Eigentum des Bedachten stehenden Sache nicht dadurch wirksam werden, daß der Legatar die Sache vor dem Tode des Testators veräußert hat.[1] Das Legat an eine der Gewalt des zum Erben Eingesetzten unterworfene Person, einen Sklaven oder Haussohn desselben, wird dadurch nicht wirksam, daß der Gewaltunterworfene vor dem Tode des Testators freigelassen oder emancipiert wird.[2] Auch das Legat an einen eigenen Sklaven des Testators ohne Freilassung desselben wird dadurch nicht wirksam, daß der Sklave später vor dem Tode des Testators die Freiheit erlangt.[3] Nirgends wird eine Anwendung der *Catoniana regula* auf Mängel erwähnt, welche den Errichtungswillen selbst ausschließen;[4] solche Mängel, wie das Fehlen der *testamenti factio* in der Person des Testators, machen das Legat nicht zum *inutile*, sondern zum *non datum* und vernichten auch die bedingten Legate, auf welche, wie wir sehen werden, die *Catoniana regula* sich nicht bezieht. Es giebt aber auch einen absolut untauglichen Inhalt eines Legats, welcher dasselbe nicht infolge einer Anwendung der *Catoniana regula*, sondern deshalb dauernd ungültig macht, weil auf einen Wegfall des Mangels und ein Tauglichwerden des Inhalts nicht gerechnet werden kann.[5] Als ein Legat solches Inhalts ist gewiß das einer *res extra commercium* anzusehen, welches daher auch als bedingtes dauernd ungültig sein würde, selbst wenn beim Eintritt der Bedingung die Sache nicht mehr *res extra commercium* wäre.

Daß die *Catoniana regula* auf das bezeichnete Gebiet beschränkt war, davon wird vielleicht noch besser überzeugen der ihr zu Grunde liegende Gedanke. Es ist namentlich von Vangerow[6] verteidigt worden, daß die *regula*

[1] L. 41 § 2 D. de legat. I. § 10 I. de leg. 2, 20.

[2] Gai. II, 244. § 32 I. de leg. 2, 20 L. 90 (89) D. de her. inst. 28, 5.

[3] Gültig ist es nur, wenn *cum libertate* legiert ist. L. 90 (89) de her. inst. 28, 5.

[4] Karlowa, Das Rechtsgeschäft S. 128 ff.

[5] Bezüglich des Legats, welches dem zum Erben Eingesetzten zu Gunsten einer in seiner *potestas* stehenden Person auferlegt war, bestanden Meinungsverschiedenheiten unter den römischen Juristen darüber, welcher Art die Mangelhaftigkeit desselben sei (Gai. II, 244). Nach Servius war es, unbedingt oder bedingt angeordnet, nicht ungültig, und kam zur Ausführung, wenn zur Zeit des Todes des Testators oder zur Zeit des Eintritts der Bedingung der Bedachte aus der Gewalt des Erben ausgeschieden war, und wurde nur als unausführbar hinfällig, wenn der Bedachte zu jenen Zeitpunkten noch in der Gewalt des Testators stand. Nach den Sabinianern fiel ein solches Legat, wenn unbedingt angeordnet, unter die *Catoniana*, wurde also von ihnen als *inutile* angesehen; wurde dagegen als bedingtes, wenn zur Zeit des Eintritts der Bedingung der Bedachte aus der Gewalt des Erben ausgeschieden war, als gültig betrachtet. Die Proculianer dagegen betrachteten ein solches Legat als absolut untauglichen Inhalts, also auch als bedingtes als absolut ungültig, weil man dem unter seiner *potestas* Befindlichen ebensowenig *sub condicione* als *pure* etwas schulden könne. Dagegen steht es nach Gai. II, 245 fest *(constat)*, daß dem in der Gewalt eines andern Befindlichen zu Gunsten des Gewalthabers gültig ein Legat auferlegt werden könne, und daß solches nur als unausführbar dadurch hinfällig werde, daß der Legatar durch den Beschwerten die betreffende Erbschaft erwerbe, während es zur Ausführung komme, wenn der zum Erben Eingesetzte manumittiert oder emancipiert oder an einen anderen veräußert sei, so daß er nun selbst die Erbschaft erwerbe oder der, an welchen er veräußert sei, durch ihn. Weshalb werden die in §§ 244 und 245 behandelten Fälle so verschieden beurteilt? Das dem Gewaltunterworfenen zu Gunsten des Gewalthabers auferlegte Legat wird deshalb als gültig betrachtet, weil der Legatar eine selbständige Persönlichkeit ist; dagegen das dem Gewalthaber zu Gunsten der gewaltunterworfenen Person auferlegte wird von den Juristen, mit Ausnahme des Servius, als nichtig oder doch *inutile* angesehen, weil der Legatar keine selbständige Vermögensrechtsfähigkeit hat und in diesem Fall der Gewalthaber nicht durch ihn erwerben kann.

[6] Lehrbuch d. Pandekten II[7], § 540 sub III, S. 508 ff.

Catoniana nichts weiter als eine reine Anwendung der allgemeinen Rechtsregel: *quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit* auf Vermächtnisse sei. Vangerow verhehlt sich das gegen seine Auffassung sprechende Bedenken nicht, welches daraus zu entnehmen ist, daß eine bloße Anwendung einer anerkannten allgemeinen Regel in den Augen der Römer den Rang einer selbständigen, mit dem Namen ihres Urhebers benannten Regel erhalten habe. Dieses Bedenken glaubt Vangerow durch die allgemeine Annahme beseitigen zu können, daß, während bei anderweiten Dispositionen es sich überall von selbst verstanden habe, in welchem Moment das *„initium"* anzunehmen sei, dies bei Legaten problematisch habe erscheinen können, insofern man nicht ohne Schein habe sagen können, das Legat beginne erst vom Augenblicke des Todes des Erblassers. Bei Legaten habe es also eines erläuternden Zusatzes in betreff des *initium* bedurft, und dazu habe in sehr passender Weise die von Cato vorgeschlagene Fassung der Regel gedient. Vangerow hat nun aber keineswegs in überzeugender Weise zu zeigen vermocht, daß für Erbeinsetzungen nicht, wohl aber für Legate ein Zweifel, in welchem Moment das *initium* anzunehmen sei, habe bestehen können. Kein römischer Jurist wird bezweifelt haben, daß das *initium* des Legatsgeschäfts auch der Moment der Testamentserrichtung sei. Meines Erachtens bezieht sich der Satz: *Quod ab initio vitiosum est* etc. nur auf Mängel, welche volle Nullität des Errichtungswillens bewirken, den Errichtungswillen rechtlich ganz ausschließen: so verstanden, bezieht er sich auf Erbeinsetzungen wie Vermächtnisse, auf unbedingte wie bedingte Erbeinsetzungen und Vermächtnisse. Dagegen bezieht er sich nicht auf Mängel des Inhalts der Disposition, welche dieselbe nur wirkungslos, nur *inutilis* machen. Solche Mängel hat die *Catoniana* vor Augen. Ich bin jetzt der Ansicht, daß der ihr zu Grunde liegende Gedanke ein nur das Testament im Auge habender war. Die alten Römer waren durchdrungen von dem Gedanken, dem unser Schiller in den Worten Ausdruck giebt:

„Rasch tritt der Tod den Menschen an,
Es ist ihm keine Frist gegeben,
Er stürzt ihn mitten in der Bahn,
Er reißt ihn fort vom vollen Leben."

Es soll daher nach ihrer Anschauung ein gewissenhafter *paterfamilias* keinen Tag vorübergehen lassen, ohne durch ein Testament sein Haus für seinen Todesfall zu bestellen, und das Testament soll er in der Erwägung errichten, daß sein Tod rasch auf diese Errichtung folgen könne. Dem Inhalte nach soll er es daher so einrichten, daß es in Beziehung darauf, falls er sofort nach der Errichtung sterben würde, gültig wäre. Er soll keine dem Inhalte nach jetzt an einem Mangel leidende Legate anordnen, in dem Gedanken, daß der Mangel vor seinem Tode noch wieder wegfallen könne. Er würde dadurch in einen Widerspruch mit sich selbst geraten, denn er errichtet doch sein Testament in dem Gedanken, daß der Tod ihn in nächster Zeit schon ereilen könne. In den Bereich dieses Gedankens fällt aber nur der Inhalt der Legate, nicht die Fähigkeit des Vermögensinhabers, zu testieren u. s. w., denn nur der Inhalt des Legats hängt vom Willen des Testierers ab und kann von ihm fehlerlos eingerichtet werden, indem er über die einschlagenden Verhältnisse sich gehörig unterrichtet. — Die *Catoniana* bezieht sich nicht auf bedingte Legate, denn bei diesen würde, wenn der Testator sofort stürbe, durch den eigenen Willen desselben der Anfall an die Begünstigten noch hinausgeschoben sein; es genügt

also, wenn der der Wirksamkeit des Legats entgegenstehende Mangel bis zum Eintritt der Bedingung hinweggefallen ist. Ferner findet sie keine Anwendung auf Legate, welche nicht im Moment des Todes, sondern erst im Moment des Erbschaftsantritts dem Bedachten anfallen: auch wenn ihrem Inhalt einer der bezeichneten Mängel anklebt, sind sie nicht ungültig, weil sie, wenn auch der Testator sofort nach der Errichtung des Testaments stürbe, auch bei völliger Tadellosigkeit des Inhalts nicht sofort in Wirksamkeit treten würden. —

Warum aber bezieht sich die *Catoniana regula* nur auf Legate, nicht auf Erbeinsetzungen, da doch der ihr zu Grunde liegende Gedanke ebensowohl auf Erbeinsetzungen wie auf Legate zu passen scheint? Die Erklärung liegt darin, daß die Erbeinsetzung immer denselben Inhalt hat, nämlich die Bestimmung einer Universalsuccession in das zu hinterlassende Vermögen; liegt aber bezüglich dieser ein Mangel vor, so entspringt daraus entweder ein bloßes Anfechtungsrecht, was hier nicht in Betracht kommt, oder er schließt einen tauglichen Errichtungswillen aus, so daß die Einsetzung nichtig ist, einerlei, ob sie eine unbedingte oder eine bedingte ist. Um so auffälliger, sagt Brinz[1] mit Recht, ist das *placet Catonis regulam ad conditionales institutiones non pertinere* (l. 4 D. de r. C. 34, 7), denn dies lautet so, als ob die puren *institutiones* unter die Regel fielen, was natürlich nicht gemeint sein kann. Es bleibt der Verdacht, daß irgend eine vielleicht durch Abschreiberversehen entstandene Verderbnis vorliegt und Ulpian etwa nur schrieb: *Catonis regulam ad conditionalia* (nämlich *legata*) *non pertinere.*

Von den Aufhebungsgründen der Legate mögen hier nur die *ademtio* und *translatio legati* erwähnt werden. Die *heredis institutio* bildet die Grundlage des Testaments: einmal angeordnet, kann sie in demselben nicht widerrufen werden, der Testator würde damit dem Testament die Grundlage entziehen, *hereditas semel data adimi non potest.*[2] Anders ist es mit den Nebenverfügungen im Testament: Legaten und Freilassungen. Sie konnten in demselben Testament durch eine entgegengesetzte Verfügung aufgehoben werden *(ademtio).* Bei ihnen entschied (und ursprünglich wohl ausnahmslos) die *novissima scriptura (Nihil prohibet, priorem scripturam posteriore corrigere, commutare, rescindere).*[3] Nach altem Civilrecht konnte aber die *ademtio* des Legats sowie der *libertas* nicht formlos geschehen, sie mußte *eodem modo* geschehen, wie die Anordnung des Legats oder der *libertas.*[4] Das Vindikationslegat mußte also in einer seiner Errichtungsformel, das Damnationslegat in einer der seinigen entsprechenden Form wieder aufgehoben werden *(neque do neque lego — heres meus ne damnas esto dare* bezw. *ne dato).* Ließ das Legat irgend eine Teilung zu, so konnte die *ademtio* eine nur teilweise sein.[5] Nach dem Prinzip, daß die *novissima voluntas* entscheidet,

[1] Lehrb. d. Pandekten III, 1[2], S. 431.

[2] L. 1 § 4 D. de his quae in testamento 28, 4.

[3] L. 3 § 8 D. de adimendis 34, 4. pr. I. de ademptione legator. 2, 21. L. 12 § 3 D. de leg. I u. a. St.

[4] Ulp. XXIV, 29. II, 12.

[5] Vgl. z. B. l. 1 u. 2 D. de adimendis 34, 4. In betreff der Frage, wie zu entscheiden, wenn die *ademptio* es nicht erkennen läßt, auf welches von mehreren Legaten sie sich beziehe, besteht bekanntlich ein Widerspruch zwischen l. 3 § 7 D. de adimend. 34, 4 u. l. 10 (11) D. de reb. dub. 34, 5. Nach der ersten Stelle soll, wenn der Teststor zweien, welche den Namen Titius führen, *separatim* legiert und dann einem das Legat wieder entzogen hat, falls nicht ersichtlich ist, welchem der beiden er es entzogen habe, beiden das Legat geschuldet werden, da die *ademptio* unverständlich sei. Die zweite Stelle entscheidet für den-

konnte auch ein Legat in demselben Testament zurückgenommen, ein anderes an die Stelle gesetzt werden, was man *translatio legati* nannte. Nach l. 6 pr. D. de adimend. vel transfer. leg. 34, 4 konnte die *translatio quatuor modis* geschehen: es konnte an die Stelle des bisherigen Legatars ein anderer oder an die Stelle des bisherigen Belasteten ein anderer Belasteter gesetzt werden, oder es konnte der vermachte Gegenstand geändert oder an Stelle des unbedingten Legats ein bedingtes gesetzt werden. In solcher *translatio* war zweierlei miteinander verbunden: eine stillschweigende *ademtio* des bisherigen Legats und Anordnung eines neuen Legats. Dennoch wurde die *translatio* wohl als ein Rechtsgeschäft angesehen, denn die *ademtio*, als ein für sich bestehendes Rechtsgeschäft gedacht, hätte ja in einer der Anordnung entsprechenden Form geschehen müssen oder hätte höchstens eine *exceptio doli* hervorbringen können. Wenn aber auch die *translatio* als ein Rechtsgeschäft angesehen wurde, so waren doch die Wirkungen desselben unabhängig voneinander, insbesondere konnte die Wirkung der Aufhebung des bisherigen Legats erreicht werden, ohne daß das neue Legat zustande kam.[1] Die Absicht des Testators, durch die Anordnung des neuen Legats das alte aufzuheben, mußte vorliegen, sonst wurde Anordnung eines neuen Legats neben dem alten angenommen.[2]

VI. *Cessio diei.* Erwerb des Legierten.

§ 95. Um die römischen Grundsätze über den Erwerb des Legats von seiten des Bedachten zu verstehen, muß man daran festhalten, daß das Legat eine Gabe des Erblassers aus der Erbschaft, auf Kosten des Erben ist; das Legat ist also, wie die Erbeinsetzung, eine letztwillige Disposition, aber sie ist eine Gabe, welche das Erbewerden des Beschwerten voraussetzt. Infolgedavon verteilen sich die Wirkungen des Legatswillens des Erblassers auf verschiedene Momente, und zwar regelmäßig den des Todes des Testators und den des Erbschaftsantritts. Mit dem Moment des Todes wird das Legat, wie das Testament überhaupt, unwiderruflich, es ist jetzt *suprema voluntas* geworden und kann nicht mehr durch ein neues Testament aufgehoben werden. Damit sind nun die Personen des Bedachten und Beschwerten unverrückbar festgesetzt, es bestimmt sich also nach diesem Moment auch der Erwerb des Gewalthabers des Be-

selben Fall, *ademptionem in utrumque valere.* Den Widerspruch beseitigen zu wollen, scheint mir vergebliches Bemühen. Ulpian geht in der letzten Stelle von einer ganz andern Anschauung aus und kommt von dieser zu einer entgegengesetzten Entscheidung. Er sieht in der *ademptio* einen *contrarius actus*, wodurch die Verpflichtung des Erben zur Entrichtung des Legats aufgehoben wird. Es schwebte ihm nun der Gedanke vor, welchem Arrianus nach l. 47 D. de obl. et act. 44, 7 Ausdruck gab: *multum interesse, quaeras, an aliquis obligetur an aliquis liberetur: ubi de obligando quaerimus, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum: ubi de liberando, ex diverso, ut facilior sis ad liberationem.* Danach entschied Ulpian für den Fall, daß es zweifelhaft war, welches von beiden Legaten aufgehoben sein sollte, nicht, daß der Erbe verpflichtet sein solle, beide zu entrichten, sondern daß er von beiden befreit sein solle. Für diese Auffassung seiner Entscheidung spricht, daß er für den Fall, daß es zweifelhaft ist, welchem von zwei Gleichnamigen legiert oder die *libertas* gegeben sei, in einem Falle also, wo es sich um Beschwerung des Erben handelt, für keinen von beiden Legat oder *libertas* zustande kommen läßt, und die *ademptio* dazu in Gegensatz bringt *(et verius est in his omnibus etiam legata et libertates impediri, ademptionem autem in utrumque valere).*

[1] L. 20 D. de adim. vel transfer. leg. 34, 4. L. 34 pr. D. de leg. I (30).

[2] Vgl. z. B. l. 44 § 1 D. de leg. II (31).

dachten, und das unverrückbar gewordene Legatsgeschäft ist jetzt in das Stadium gelangt, daß es vererbt werden kann. Es handelt sich also noch nicht um eine Vererbung des vermachten Rechts, welches noch nicht entstanden ist, sondern um eine Vererbung des unverrückbar gewordenen Legatsgeschäfts. Das ist die Bedeutung des *„dies legati cedit"*. Der Bedachte muß den Moment des Todes des Erblassers, in welchem die Bedenkung erst unverrückbar geworden ist, erleben, um das Legatsgeschäft auf seine Erben vererben zu können. Seitdem eine *obligatio (quasi ex contractu)* zwischen Erben und Legatar auf Realisierung des Legats angenommen wurde, ging auch diese in ihrer ersten Entstehung auf den Moment der *cessio diei* zurück. Auch dann ist das Legatsgeschäft mit dem Tode des Testators vererblich, wenn etwa der beschwerte Erbe selbst nur bedingt eingesetzt, und die Bedingung noch nicht eingetreten ist. Von der Regel, daß die *cessio diei* mit dem Tode des Erblassers eintritt, giebt es Ausnahmen. So tritt, wenn das vermachte Recht selbst ein an die Person seines ersten Inhabers gebundenes, kein vererbliches ist, die *cessio diei* erst mit dem Erbschaftsantritt ein, oder, genauer gesagt, es giebt hier keine von dem Erwerb des vermachten Rechts verschiedene *cessio diei*, denn es hat keinen Sinn, das Rechtsgeschäft sich vererben zu lassen, wenn das durch dasselbe zu begründende Recht kein vererbliches ist (l. 3 D: *nam cum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem eius cedere dixerit*). Ist ferner das Legat ein bedingtes, und die Bedingung beim Tode des Testators noch nicht eingetreten, so findet die *cessio diei* erst beim Eintritt der Bedingung statt, welchen also der Bedachte erleben muß, um das Legat auf seine Erben transmittieren zu können. — Noch einen andern Fall giebt es, in welchem die römischen Juristen, um eine Anwendung der *regula Catoniana*, welche ihnen hier unbillig schien, zu vermeiden, die *cessio diei* bis zum Antritt der Erbschaft hinausgeschoben haben. War einem im Testament Freigelassenen oder dem einem andern legierten Sklaven ein Legat hinterlassen, so würde, wenn die *cessio diei* des dem Sklaven hinterlassenen Legats beim Tode des Testators stattgefunden hätte, dasselbe *inutile* gewesen sein, da einem eigenen Sklaven nichts *sine libertate* vermacht werden konnte, der Legatar aber beim Tode des Erblassers noch Erbschaftssklave gewesen sein würde. Da die *libertas* des im Testament freigelassenen Sklaven und ebenso der Erwerb des legierten Sklaven erst mit dem Antritt der Erbschaft von seiten des eingesetzten Erben eintrat, so schien es billig, hier die *cessio diei* des dem Sklaven hinterlassenen Legats auf den Moment des Erbschaftsantritts hinauszuschieben, um so der Anwendung der *Catoniana regula* aus dem Wege zu gehen (l. 8 D. quando dies 36, 2: *Nam cum libertas non prius competat quam adita hereditate, aequissimum visum est nec legati diem ante cedere: alioquin inutile fieret legatum, si dies eius cessisset antequam libertas competeret*). Nicht unwahrscheinlich ist aber, daß man in alter Zeit die *aequitas* hier noch nicht hat walten lassen, soondern streng an den gewöhnlichen Grundsätzen der *cessio diei* festgehalten und die *Catoniana* zur Anwendung gebracht hat.

Wir haben noch zu fragen, wie beim Antritt der Erbschaft der Erwerb des Legierten sich vollzog. Die von Gaius II § 195 berichtete Meinungsverschiedenheit zwischen den Sabinianern und Prokulianern über den Erwerb des Vindikationslegats bestand darin, daß nach der Annahme der erstern die legierte Sache sofort mit dem Antritt der Erbschaft in das Eigentum des Legatars fiel, so jedoch, daß im Fall nachträglicher Repudiation die Sache als nicht legiert, also vom Moment des Erbschaftsantritts schon im Eigentum des

Erben stehend angesehen wurde, nach der Anschauung der Prokulianer aber die legierte Sache zunächst als weder im Eigentum des Erben noch des Legatars stehend betrachtet, und nicht anders als dem Legatar gehörend angesehen wurde, als wenn er erklärt hatte, daß er das Legat annehme. Man würde die Meinung der Prokulianer unrichtig verstehen, wenn man annähme, daß sie beim Legat ebenso, wie bei der Erbfolge; zwischen Delation und Acquisition unterschieden und die Annahme des Legats in derselben Weise aufgefaßt hätten, wie die Antretung der Erbschaft. Die Antretung der Erbschaft ist eine für das Erbewerden des Delaten mitwirkende, die Erbenstellung mitbegründende Thatsache. Die Rückziehung, welche infolge der Antretung der Erbschaft von seiten des Berufenen eintritt, hat nicht darin ihren Grund, daß die Antretung der Erbschaft nur eine entscheidende Thatsache wäre. Sie erklärt sich daraus, daß die *hereditas* in ihrer Subjektivität mit dem Tode des Erblassers beginnt, und der Berufene durch die Antretung in das Subjektive der *hereditas* eintritt, so daß er durch die *hereditas*[1] alle vom Erblasser hinterlassenen Sachen und Verpflichtungen und alle für die *hereditas* inzwischen begründeten Verpflichtungen in sich vereinigt, wie wenn er sie vom Moment des Todes bezw. dem ihrer Entstehung schon gehabt hätte. Nirgends aber zeigt sich eine Rückziehung des Erbewerdens, wo es sich um den von der *hereditas* noch zu unterscheidenden *heres* handelt. Ein Erbschaftssklav stipuliert ungültig einen *ususfructus*, weil die *hereditas (iacens)* eines solchen nicht fähig ist, und nach Antritt des Erben wird dessen Erbesein hier nicht etwa zurückgezogen, so daß der *ususfructus* als für ihn stipuliert gelten könnte. Stipulationen für den *heres futurus* waren nach der Meinung des Proculus, Papinianus, Paulus ungültig. Cassius freilich wollte sie in Anwendung der Rückziehung der Erbenstellung (nach angetretener Erbschaft) für gültig erklären, aber mit dieser Begründung ist er nicht durchgedrungen; denn wenn Modestinus nach l. 35 D. de stip. serv. 45, 3 sagt: *Servus hereditarius et heredi futuro et hereditati recte stipulatur*, so erklärt er die Stipulation für den *heres futurus* nicht in Anwendung der Rückziehung der Erbenstellung für gültig, sondern er thut das, wie aus der Nebeneinanderstellung *et heredi futuro et hereditati* hervorgeht, in Anwendung der von Javolenus in l. 22 D. de usurp. 41, 3 ausgesprochenen Anschauung: *Heres et hereditas tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur.* Er sieht es also, wenn der *servus hereditarius* dem *heres futurus* stipuliert hat, so an, als wenn er *hereditati* stipuliert habe, was durchaus zulässig war. Für den Erwerb des Vindikationslegats aber ist die Erklärung des Legatars keine mitwirkende, sondern eine nur entscheidende Thatsache, welche auf den Moment des Erbschaftsantritts zurückbezogen wird. Beide Juristenschulen nahmen Erwerb des Legats *ipso iure* mit Antretung der Erbschaft an, aber dieser Erwerb war abhängig nach der Ansicht der Sabinianer davon, daß der Legatar das Legat nicht ausschlug, nach der Ansicht der Prokulianer davon, daß er das Legat annahm. Bis zur erfolgten Entscheidung lag ein Zustand der Pendenz vor. Die Prokulianer ließen nun die einfache, logische Konsequenz der Pendenz walten: solange es ungewiß war, ob Annahme oder Ausschlagung des Legats erfolgen werde, sahen sie weder den Legatar noch den Erben, also nie-

[1] L. 1 § 6 D. de iniur. 47, 10: — *magis hereditati et sic heredi per hereditatem acquiri.* pr. I. de stip. serv. 3, 17: *quod servus hereditarius stipulatur, acquirit hereditati, ac per hoc etiam heredi postea facto acquiritur.*

mand als Eigentümer der legierten Sache an. Die Sabinianer dagegen behandelten, wie es bei Pendenzverhältnissen aus praktischen Gründen wohl geschieht, eine der Alternativen als die prävalierende und sahen vorläufig den Legatar als Eigentümer an. Beide aber, Prokulianer wie Sabinianer, nahmen Rückziehung der Repudiation an und sahen im Fall derselben den Erben nicht erst vom Moment der Repudiation, sondern schon vom Moment der Erbschaftsantretung als Eigentümer der Sache an, wie auch beide im Fall der Annahme bezw. Nichtrepudiation den Legatar vom Moment des Erbschaftsantritts als Eigentümer ansahen. Wir wissen nicht, wie die republikanischen Juristen den Zwischenzustand bis zur erfolgten Annahme oder Repudiation des Legats ansahen. Das aber dürfen wir annehmen, daß die Juristenschulen der Kaiserzeit das, worin sie einig waren, schon von den republikanischen Juristen überkommen haben: den Satz also, daß der Erwerb des Legats zwar irgendwie abhängig sei vom Willen des Legatars, dieser Wille jedoch nur eine entscheidende Bedeutung habe, dieser Wille also zurückgezogen werde auf den Moment des Erbschaftsantritts, in welchem für den Fall der Annahme oder Nichtrepudiation von seiten des Legatars der Erwerb der legierten Sache *ipso iure* anzunehmen sei.

Fragen wir noch, von welchem Moment an Annahme oder Ausschlagung des Legats bindend geschehen könne, so treffen wir da auf die Ansicht Windscheids,[1] daß von dem Moment des Anfalls, der *cessio diei* an diese Erklärung bindend geschehen könne. Die l. 45 § 1 D. de leg. II: — *ante conditionem vel diem certum repudiare non possumus: nam nec pertinet ad nos, antequam dies veniet vel conditio existat* glaubt Windscheid mit der Bemerkung beseitigen zu können, daß sich in der Auffassung, das befristete Recht existiere noch gar nicht, eine frühere Entwickelungsphase des römischen Rechts darstelle.[2] Ob dies in Bezug auf die Auffassung des befristeten Rechts zutreffe, kann man hier völlig dahingestellt sein lassen. In der citierten Stelle spricht sich aber die allgemeine Auffassung aus, daß eine Repudiation des Legats nicht möglich sei, bevor es *pertinet ad nos*. Daß aber mit diesem *pertinere ad nos* der Erwerb des vermachten Rechts gemeint sei, zeigt das Folgende, wonach mit dem Eintritt der Bedingung das *pertinere ad nos* stattfinden soll. Recht deutlich wird das *res pertinet* und *dies legati cedit* in l. 21 pr. D. quando dies 36, 2 unterschieden. Die Annahme des Legats ist die Erklärung des *velle rem legatam ad se pertinere*, (Gai. II, 195), lautet also auf die Gegenwart, nicht auf ein künftiges *pertinere*. Diese Erklärung kann frühestens unmittelbar nach Antretung der Erbschaft erfolgen (vgl. l. 65 (64) D. de furtis 47, 2: — *si adita hereditate Seius legatum ad se pertinere voluerit*). Da bei bedingten Legaten der Eigentumserwerb erst mit dem Eintritt der Bedingung stattfindet, so kann bei ihnen auch Annahme oder Repudiation nicht vor diesem Zeitpunkt geschehen.

Es bleibt noch die Art zu betrachten, in welcher der Eigentumserwerb beim Vindikationslegat mit Antretung der Erbschaft vor sich geht. Es wird gesagt, der Übergang des Eigentums finde unmittelbar vom Erblasser, nicht etwa durch den Erben hindurch statt. Das soll nicht bloß besagen, daß der Erwerb unmittelbar durch das Legat, nicht etwa erst durch eine Eigentums-

[1] Lehrbuch d. Pandektenrs. I, § 96, A. 5. III, § 643, A. 4.

[2] Für die oben entwickelte Ansicht Scheurl, Beiträge II, S. 38 ff. Brinz, Pandekten 2. Aufl., III, S. 416, A. 52. Pescatore, Alternative Oblig. S. 109, A. 15.

übertragung des Erben stattfinde, sondern daß der Erwerb nicht durch die Person des Erben hindurch stattfinden solle. Es giebt Stellen, welche sagen, daß das Eigentum der legierten Sache *recta via* aus der Erbschaft auf den Legatar übergehe, so daß der Erbe nie Eigentümer derselben gewesen sei.[1] Es ist mir indessen zweifelhaft, ob das die allgemeine Anschauung der römischen Juristen gewesen sei. Es giebt von Sabinianern herrührende Stellen, nach welchen Servitutrechte, die zwischen eigenen Sachen des Erben und der legierten Sache bestanden, durch Antretung der Erbschaft *confusione* untergegangen sind.[2] Diesen Stellen gegenüber weiß man sich nur so zu helfen, daß man sie von Damnationslegaten versteht, für welche Annahme sich kein ausreichender Anhalt in ihnen bietet. Wahrscheinlicher ist es, daß es eine Partei der römischen Juristen gab, welche beim Vindikationslegat den Erwerb der legierten Sache durch die Person des Erben hindurch stattfinden ließ, wofür sich ja anführen ließ, daß der Erwerb des Legats den Antritt der Erbschaft voraussetze, infolgedessen zunächst der Erbe vermittelst der Erbschaft und unmittelbar darauf durch die Person des Erben hindurch der Legatar das Eigentum der Sache erwerbe. Von solcher Auffassung aus mußte man den Untergang jener Servituten durch *confusio* annehmen. Die erste Auffassung führt die unmittelbare Wirkung des Vindikationslegats konsequenter durch, die zweite betont mehr die Abhängigkeit auch dieses Legats von der Erbfolge. Welche die ältere sei, steht dahin.

Wann der obligatorische Anspruch des Legatars gegen die Erbschaft bezw. den belasteten Erben auf Entrichtung des Legats, welcher *quasi ex contractu* hergeleitet wurde, aufgekommen sei, ist fraglich. Ursprünglich ist er nicht, ursprünglich wird man mit dem aus dem speziellen *genus legati* entspringenden Rechtsmittel auszukommen gesucht haben. Jener allgemeine, obligatorische Legatsanspruch setzt schon eine gewisse Abstraktion vor den *genera legatorum* voraus. Dennoch mag er schon in republikanischer Zeit aufgekommen sein;[3] ob freilich die *cautio legatorum servandorum causa*, welche sicher schon Ofilius[4] kennt, ihn notwendig voraussetze, kann in Frage gestellt werden. Wie aller *stipulationes cautionales*, war es deren Zweck, eine *nova actio* zu schaffen, sie könnte auf Grund des praktischen Bedürfnisses durch den Prätor geschaffen sein, bevor die Jurisprudenz jene *obligatio quasi ex contractu* konstruiert und aus derselben eine *actio ex testamento* hergeleitet hatte.[5] Wo später die *actio ex testamento* eingriff, konnte früher zuweilen die *actio de dolo* helfen.[6]

VII. Beschränkungen des Maßes der Legate *(lex Furia, Voconia, Falcidia).*

§ 96. Als Veranlassung der Bestimmung der *lex Furia* über die Größe der Legate giebt Gai. II, 224 an, es habe ehemals den Testatoren freigestanden,

[1] L. 80 D. de leg. II (31). L. 65 (64) D. de furtis 47, 2.

[2] L. 70 § 1, l. 84 § 4, l. 116 § 4 D. de leg. I (30).

[3] Salkowski (Fortsetz. von Glücks Pandekten Bd. XLIX, S. 44) nimmt an, daß das Aufkommen der hier in Frage stehenden Obligation mit der Anerkennung der Fideikommisse in einem gewissen Zusammenhang stehe.

[4] L. 1 § 15 D. ut legatorum 36, 3.

[5] Vgl. auch Kretschmar, Natur des Prälegats S. 116 f.

[6] L. 7 § 5 D. de dolo 4, 3.

das ganze Vermögen durch Legate und Freiheitserteilungen zu erschöpfen und dem Erben nur das *inane nomen heredis* zu belassen; das scheine die Zwölftafelgesetzgebung in den bekannten Worten *„uti legassit — ita ius esto“* gestattet zu haben. Mit diesem Bericht ist nun Gaius soweit jedenfalls im Recht, als es in der der *lex Furia* unmittelbar vorhergehenden Zeit allerdings den Testatoren möglich war, durch Anordnung von *legata* und *libertates* das ganze Vermögen zu erschöpfen. Eine andere Frage ist aber, ob diese Freiheit auf die Zwölftafelgesetzgebung gestützt werden konnte. In dieser Beziehung drückt sich auch Gaius nicht ganz so bestimmt aus, er sagt: *idque lex XII tabularum permittere videbatur.* Doch mag seine Auffassung der betreffenden Zwölftafelworte die allgemeine der Juristen seiner Zeit und auch schon älterer gewesen sein. Allerdings war die Testierfreiheit des römischen Bürgers, was die Erbeinsetzungen anlangt, durch die XII Tafeln noch nicht beschränkt. Schon früher aber ist eingehend gezeigt worden, daß seine Befugnis, Legate anzuordnen, sich nur auf die *pecunia* im Gegensatz der *familia* bezog, von der *familia* nicht legiert werden konnte. Nur durch testamentarische Freilassungen konnte die *familia* auf Kosten der zu Erben Eingesetzten geschmälert werden. Als aber mit der Umbildung des Vermögensbegriffs der alte naturalwirtschaftliche Unterschied zwischen *familia* und *pecunia, res mancipi* und *nec mancipi* größtenteils beseitigt und mehr nur formell noch beibehalten wurde, fiel auch die Beschränkung der Legierfreiheit auf die *pecunia* im alten Sinne fort; es konnte jetzt jede im quiritischen Eigentum des Testators stehende Sache legiert werden. Diese Veränderung in der Befugnis des Testators, zu legieren, mag etwa gegen Ende des 5. bezw. Anfang des 6. Jahrhunderts der Stadt vor sich gegangen sein. Mit dieser neu eingetretenen Legierbefugnis scheint Mißbrauch getrieben zu sein, es müssen häufig Fälle vorgekommen sein, wie Gaius sie schildert: Fälle, in denen ein übermäßig mit Legaten beschwerter *heres* die Erbschaft ausschlug, infolgewovon dann auch die Legate hinfällig wurden. Dagegen schritt zuerst ein die *lex Furia testamentaria* oder *de testamentis,* ein vor die *lex Voconia* fallendes Plebiscit (571 a. u.?), von einem Q. Furius durchgebracht. Ob dieselbe außer der auf die Legate bezüglichen Bestimmung noch andere auf Testamente bezügliche enthalten habe, wie es die Bezeichnung als *de testamentis* oder *testamentaria* vermuten lassen könnte, wissen wir nicht. Das Gesetz bezog sich nicht bloß auf Italien, sondern auch auf die Provinzen (Gai. IV, 109). Der Inhalt der auf die Legate bezüglichen Bestimmung wird übereinstimmend angegeben von Varro Lib. 3 de vita populi Romani: *plebisque scito cautum, ne quis legaret causave mortis donaret supra asses mille.* Gai. II, 225: *Itaque lata est lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est.* IV, 23: *Sed aliae leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus iniectionem, sed puram, id est non pro iudicato: veluti lex (Furia) testamentaria adversus eum qui legatorum nomine mortisve causa plus M assibus cepisset, cum ea lege non esset exceptus, ut ei plus capere liceret.* Ulp. I, 2: — *qualis est lex Furia testamentaria, quae plus quam mille assium legatum mortisve causa prohibet capere, praeter exceptas personas, et adversus eum qui plus ceperit quadrupli poenam constituit.* Was die Summe betrifft, welche das Legat nicht übersteigen sollte, so waren wohl 1000 schwere *asses* gemeint. In den Gesetzen der damaligen Zeit waren die Summen noch häufig in *aes grave* angesetzt, und daß das auch bei unserer *lex Furia* der Fall war, zeigen die Worte Varros de l. l. 9, 83: — *mille aeris legasse.* Die dem Testator bis dahin zustehende

Legierfreiheit war aber insofern geschont, als ein jenes Maß übersteigendes Legat nicht etwa für nichtig erklärt war. Das Gesetz war vielmehr eine *lex minus quam perfecta*, das *capere plus quam mille aeris legatorum nomine mortisve causa* war verboten und mit der Strafe des Vierfachen des zu viel Empfangenen bedroht. Dieser Strafanspruch gegen den Legatar, welcher eine größere Summe angenommen hatte, stand doch wohl dem eingesetzten Erben zu, welcher das Legat zu entrichten gehabt hatte, und konnte mit *legis actio per manus iniectionem* geltend gemacht werden. Warum diese *legis actio* die Worte *pro iudicato* enthielt, während sie dem Gesetz nach eine *pura* hätte sein müssen, führt Gaius (IV, 24) als auffällig an, ohne daß er es uns erklärt und wir es zu erklären wüßten. Von dem Gesetz gab es aber Ausnahmen. Mit Legaten wurden ja vorzugsweise bedacht Personen, welche zwar nicht zur *familia* des Testators gehörten und daher auch nicht im Testament zu Erben eingesetzt zu werden pflegten, aber doch mit ihm durch die Bande der Blutsverwandtschaft näher oder entfernter verknüpft waren. Es beginnen jetzt die Zeiten, wo durch Gesetzgebung und Edikt den Kognaten gewisse Vorzüge und Rechte verliehen werden. Daß jemand seinen Kognaten Liberalitäten erwiese, wollte man nicht verhindern. Schon von den Schenkungsbeschränkungen der etwas ältern *lex Cincia* waren sie ausgenommen. So nahm auch die *lex Furia* sie von ihrer Legatsbeschränkung aus, aber sie zog die Grenze der ausgenommenen Kognaten etwas weiter, sie nahm nicht fünf, sondern sechs Grade aus und aus dem siebenten noch eine Person, den *ex sobrino natus* (Fr. Vat. 301. Ulp. XXVIII, 7), und, darin mit der *Cincia* übereinstimmend, alle Personen, welche in *potestas, manus, mancipium* jener Kognaten standen, oder in deren *potestas, manus, mancipium* jene Kognaten standen. — Die *lex Furia* hat bezüglich dieser ihrer Bestimmungen nicht lange in Geltung gestanden. Ein Grund, sie abzuschaffen, lag in ihrer eigenen Unzweckmäßigkeit. Sie erreichten ihren Zweck nicht, denn der Testator konnte, auch wenn er nicht über 1000 *asses* legierte, dadurch, daß er die entsprechende Anzahl von Legaten anordnete, doch die größte Erbschaft erschöpfen. So schlug denn die *lex Voconia* einen andern Weg ein. Die *lex Voconia* hat zwei verschiedene Bestimmungen über Legate enthalten: eine sich an das Verbot der Einsetzung von Frauen in dem Testament eines in der ersten Vermögensklasse Censierten anschließende, welche nur die Legate an Frauen betraf, und eine auf Legate überhaupt bezügliche. Daß die *lex* eine nur auf Legate an Frauen bezügliche Bestimmung enthielt, darauf deuten die Worte Ciceros (de Rep. III, 10) hin: *alia nunc Manilius iura dicat esse de mulierum legatis et hereditatibus, alia solitus sit adolescens dicere nondum Voconia lege lata, rel.* Auf eine von der auf Legate überhaupt sich beziehenden verschiedene Bestimmung führt auch die Stelle Ciceros in Verr. I, c. 43: *Quid si plus legarit, quam ad heredem heredesve perveniat, quod per legem Voconiam ei, qui census non sit, licet: cur hoc, cum in eodem genere sit, non caves?* Versteht man diese Äußerung von der auf Legate überhaupt sich beziehenden Bestimmung der *lex Voconia*, so gerät man in Widerspruch namentlich mit Gai. II, 226, wonach das Gesetz bestimmt hat, *ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret quam heredes caperent.* Hier ist nichts von dem Erfordernis des Censiertseins des Testators erwähnt, und dieses Schweigen kann nicht aus einem Übersehen erklärt werden, denn bei der Angabe der ersten Bestimmung der *lex Voconia*, wonach Frauen von einem, der 100 000 *asses* im Vermögen hatte, nicht eingesetzt werden konnten, vergißt Gaius keineswegs das Erfordernis des Censiertseins

des Testators zu erwähnen. Auch der sonstige Inhalt der Bestimmung, welche in der Stelle Ciceros in Verr. I, c. 43, und der, welche in Gai. II, 226 angegeben wird, stimmt durchaus nicht ganz miteinander überein. Die Stelle Ciceros handelt von der auf Legate an Frauen bezüglichen Bestimmung der *Voconia*, wie er denn ja auch in der ganzen Erörterung, in deren Zusammenhang dieselbe vorkommt, nur von testamentarischen Hinterlassungen zu Gunsten von Frauen handelt. Diese Bestimmung betraf nur Legate zu Gunsten von Frauen in dem Testament jemandes, welcher in der ersten Vermögensklasse censiert war. Sie schloß sich an das Verbot der Erbeinsetzung von Frauen an. Ein solcher Testator sollte einer Frau zwar ein Legat hinterlassen können, aber doch keines, welches mehr betrug, als die Erben zusammen empfingen. Das Verbot eines größern Legats richtete sich an den Testator, und die Übertretung desselben wird das Legat, soweit es ein größeres war, nichtig gemacht haben *(quod, si plus legarit, quam ad heredem heredesve perveniat, quod per legem Voconiam ei, qui census non sit, licet, rel.)*. Die Gaiusstelle betrifft Legate überhaupt, zu Gunsten von Männern oder von Frauen, betrifft ferner alle Testamente, nicht bloß die Testamente von den der ersten Censusklasse Angehörigen, betrifft die Testamente Censierter und nicht Censierter. Endlich richtet sich das Verbot, welches die Stelle vor Augen hat, nicht an den Testator, sondern an die Legatare, es lautet dahin: *ne cui — plus capere liceret quam heredes caperent.* Ebenso, wie die *lex Furia*, ist die *lex Voconia* bezüglich dieser Bestimmung keine *perfecta*, sie erklärt das dem Verbot zuwiderlaufende Legat nicht für nichtig. Aber andererseits wird hier keine der der *lex Furia* entsprechende *poena*, die den mehr annehmenden Legatar treffen soll, erwähnt. Welches soll denn die Folge der Übertretung des Verbots sein? In diesem Zusammenhange wird der Ausspruch des Plinius Panegyr. c. 42 verständlich: *Locupletabant et fiscum et aerarium non tam Voconiae et Iuliae leges, quam maiestatis singulare et unicum crimen eorum, qui crimine vacarunt.* Was jemand über das Maß dessen, was ihm *capere licebat*, hinaus empfing, fiel als *caducum* an das Ärar. Das Maß dessen, was nach der zweiten Bestimmung unserer *lex* einer Frau von einem in der ersten Klasse Censierten legiert werden konnte, und das Maß dessen, was nach der dritten Bestimmung derselben jemand überhaupt als Legat empfangen konnte, war in derselben Weise bestimmt. Es durfte nicht mehr betragen, als der Erbe empfing oder alle Erben zusammen empfingen. Es konnte also, wenn nur ein Erbe eingesetzt war, höchstens die Hälfte der Erbschaft betragen.[1] Daß jene relative Größenbestimmung der Legate nicht aus der *lex Voconia* in die jüngere Pontifikalordnung über die Prästation der *sacra* übergegangen ist, sondern daß vielmehr diese das Vorbild der *lex Voconia* gewesen ist, wurde früher zu zeigen versucht. Die Bestimmungen der *lex Voconia* über die Größe der Legate sind dann aber wohl die Veranlassung zur Ausbildung eines eigentümlichen Instituts, nämlich der *par-*

[1] Diese Konsequenz der zweiten Bestimmung der *lex Voconia* ist in Quinctil. declam. N. 264 zum Inhalt derselben gemacht: „*Ne liceat mulieri nisi dimidiam partem bonorum dare*," „*Ne plus liceat quam dimidiam partem bonorum mulieri relinquere*," und außerdem ist fälschlich von dem Deklamator das *partem bonorum dare, partem bonorum relinquere*, welches nur vom Legat verstanden werden durfte, auf Erbeinsetzung bezogen. Zu diesem Mißverständnis ist er wohl durch das *legatum partitionis* verleitet, welches ermöglichte, der nicht einsetzungsfähigen Frau den Betrag einer Quote der Erbschaft, jedoch nicht über die Hälfte, zuzuwenden. Neuerlich hat auf die Stelle unzulässige Behauptungen gestützt Franz Kahn, Zur Gesch. des römischen Frauen-Erbrechts S. 35 ff.

titio legata oder des *legatum partitionis,* geworden. Als eine verhältnismäßig späte Schöpfung erweist sich dieses Legat dadurch, daß es einen Inhalt hat, der dem ursprünglichen Wesen des Legats nicht recht angemessen ist. Es „ist (sagt KELLER[1] mit Recht) ein sonderbares Mittelding zwischen Erbeinsetzung und Legat. Der Bedachte wird nicht, gleich einem Erben, *successor per universitatem,* und bekommt doch nicht, gleich einem Legatar, eine *pars quanta,* sondern, wie ein Erbe, eine *pars quota* der Erbschaft". So zeigt es sich als durch die Bestimmungen der *lex Voconia* hervorgerufen. Zum Erben einsetzen konnte ein in der ersten Klasse Censierter eine Frau nicht in seinem Testament, doch ihr durch Legat soviel zuwenden, als die Erben zusammen empfingen. Um nicht ausrechnen zu müssen, ob das Legat etwa zu groß sei, war es das bequemste, der betreffenden Frau eine Quote der Erbschaft zu legieren, welche die des Erben oder die der Erben zusammen nicht überstieg. So kam man wohl auf den Gedanken, Legate zuzulassen, nach welchen der eingesetzte Erbe mit der zu begünstigenden Frau die Erbschaft teilen sollte. Fast alle Stellen[2] über die *partitio legata,* welche den Legatar nennen, bezeichnen als solchen eine Frau. Doch war es auf sie nicht beschränkt. Wenn dem Erben das *partiri* mit einem andern auferlegt war, so war er ursprünglich höchstens verpflichtet, dem andern die Hälfte der Erbschaft herauszugeben;[3] es wäre nach altrömischer Auffassung schon kein *partiri* mehr, wenn er verpflichtet würde, eine größere Quote, als die Hälfte, herauszugeben; was über die Hälfte hinausgeht, kommt schon dem Ganzen gleich. Auch würde durch das Legat einer größern Quote die *lex Voconia* übertreten sein. Wohl aber konnte die Herausgabe einer kleinern Quote aufgegeben werden. Das *legatum partitionis* hatte keine unmittelbare dingliche Wirkung, es legte dem Erben nur eine Obligation auf, dem Legatar die betreffende Quote herauszugeben. Seitdem die *lex Voconia* außer Übung gekommen bezw. durch die *lex Falcidia* beseitigt war, konnte durch *legatum partitionis* übrigens dem Legatar auch eine größere Quote, als die Hälfte, zugewandt werden. Aus diesem Legat stand nach Antritt der Erbschaft dem *legatarius partiarius* gegen den Erben ein Forderungsrecht auf Vornahme der Teilung zu. Ausgeführt wurde die Teilung wohl regelmäßig durch eine Auktion, und der Erlös derselben nach dem bestimmten Quotenverhältnis unter Erben und *legatarius partiarius* verteilt. Doch reichte eine solche Auktion zur vollständigen Auseinandersetzung nicht aus: zur vollständigen Realisierung des Legats wurden daher *stipulationes partis et pro parte* unter ihnen abgeschlossen zu dem Zwecke, daß das aus der Erbenstellung sich er-

[1] Grundriß z. Vorlesungen über römische Rechtsgeschichte S. 114.

[2] Cic. p. Cluent. 7; p. Caec. 4; de Leg. II, 19. 20. Gai. II, 254. 257. Ulp. XXIV, 25. XXV, 15. L. 23, l. 26 § 2, l. 104 § 7 D. de leg. I, l. 8 § 5, l. 9 D. de leg. II, l. 29 § 1 D. de leg. III. L. 164 § 1 D. de v. s. 50, 16. Plutarch in Cat. min. 11.

[3] Nach Ulp. XXIV, 25 ist, wenn es schlechthin heißt: *Heres meus cum Titio hereditatem meam partitor, dividito,* die Hälfte der *bona* vermacht: eine andere Quote muß ausdrücklich genannt sein, und auch bei Cic. de leg. II, 20. 21 ist unter *partitio* schlechthin Teilung zur Hälfte verstanden. Das spricht auch geradezu aus l. 164 § 1 D. de verb. s. 50, 16: — *sed si non fuerit portio adiecta, dimidia pars debetur.* Sollte der *legatarius partiarius* die Hälfte der Erbschaft vom Erben erhalten, so konnte er nach der neuern Pontifikalordnung über die Prästation der *sacra* zu der Prästation herangezogen werden. Wollte der Testator ihn davon befreien, so mußte er bei der Anordnung der *partitio* im Testament von der dem Legatar herauszugebenden Quote eine bestimmte kleine Summe abziehen, so daß er nicht ganz so viel, als der Erbe, erhalten sollte. Cic. de leg. II, 20. 21.

gebende *lucrum* und *damnum* nach dem vom Testator angeordneten Quotenverhältnis unter ihnen gemeinschaftlich gemacht werde. Die Sabinianer und Prokulianer stritten später darüber, ob bei solcher *partitio legata* der Erbe nur verpflichtet sei, den betreffenden Wertanteil oder die Anteile an den Sachen selbst dem Legatar zu leisten. Der gewöhnliche praktische Realisierungsmodus eines solchen Legats sprach für die erstere Ansicht, die der Sabinianer; aber es war doch theoretisch wohl die Ansicht der Prokulianer, wonach die *partes rerum* zu leisten waren, die dem ursprünglichen Wesen dieses Legats und der Auffassung der republikanischen Juristen entsprechende.

Auch durch die *lex Voconia* war dem Übelstande nicht abgeholfen, daß die Erbschaft zu sehr durch Legate erschöpft werden konnte. Nach ihr mußte dem Erben zwar immer etwas verbleiben. Wenn der Testator aber sehr viele Legate von geringfügigem Betrage anordnete, so konnte, da allen Erben zusammen nicht mehr zu verbleiben brauchte, als ein Legatar empfing, das den Erben Belassene so unbedeutend sein, daß es sich für sie nicht verlohnte, die Erbschaft anzutreten. Gründlich wurde diesem Übelstande erst abgeholfen durch die *lex Falcidia*, ein im Jahre 714 durch den Tribunen P. Falcidius durchgebrachtes Plebiscit.[1] Zwei Kapitel desselben sind uns aus dem *liber singularis* des Paulus *ad legem Falcidiam* in l. 1 pr. D. ad leg. Falcid. 35, 2 erhalten. In dem ersten derselben wird die Legierfreiheit des *civis Romanus* nach Maßgabe dieses Gesetzes *(ut hac lege sequenti licebit)* anerkannt. Im zweiten Kapitel ist die Beschränkung hinzugefügt, daß *ius potestasque* des *legare* nur soweit reiche, daß die Erben nicht weniger als ein Viertel der Erbschaft durch das Testament empfangen müßten *(dum ita detur legatum, ne minus quam partem quartam heredidatis eo testamento heredes capiant)*. Möglich ist, daß zu dem Erlaß dieses Gesetzes der Wunsch beigetragen hat, ein während des Jahres 714 unter dem Triumvirat erlassenes Edikt, von dem, was man aus einem Testament erhalten hätte, einen Teil zu den Kosten des Krieges gegen Sextus Pompeius herzugeben,[2] zu unterstützen: dadurch, daß man durch die *lex Falcidia* das Ausschlagen testamentarischer Erbschaften zu verhüten suchte, sollte wohl die Steuer gegen diese Gefahr gesichert werden. Auch abgesehen von der Erbschaftssteuer, welche bald darauf dauernd eingeführt wurde, bestand ein allgemeines Interesse daran, daß die Absicht der Testatoren, aus letztem Willen beerbt zu werden, erreicht und nicht durch übermäßige Anordnung von Legaten von ihnen selbst vereitelt werde. Daher ist die Vorschrift der *lex Falcidia* eine absolute, ihre Anwendung kann auch durch ein Verbot des Testators selbst nicht ausgeschlossen werden.[3] Was die Folge der Übertretung des Gesetzes anlangt, so ist davon auszugehen, daß das Gesetz das *ius* und die *potestas* jedes römischen Bürgers, Legate anzuordnen, nur mit der Maßgabe anerkennt, daß sie drei Viertel der Erbschaft nicht übersteigen, dem Erben ein Viertel belassen werde. Die Legate, welche darüber hinausgehen, sind insoweit rechtlos angeordnet, ohne gesetzlich anerkannte *ius potestasque* dazu, sie sind also soweit nichtig. Dadurch unterscheidet sich die *lex Falcidia* wesentlich von der *Furia* und *Voconia*, auch von der letztern, soweit sie nicht die Legate eines in der ersten Klasse Censierten zu Gunsten von Frauen betraf. Diese hatten die *ius potestasque* des Testators in Bezug auf Legatsanordnungen

[1] Gai. II, 227. Ulp. XXIV, 32. Dio Cass. 48, 33 u. a. St.
[2] Appian B. C. 5, 67. Rudorff in d. Ztschr. f. gesch. Rechtswissensch. XII, S. 386 f.
[3] L. 25 §§ 1 u. 8, l. 27 D. ad leg. F. 35, 2. L. 11 C. eod. tit. 6, 50.

nicht beschränkt, sondern nur dem *capere* der Legatare eine Grenze gesetzt, bei deren Überschreitung den Legatar eine Strafe oder die Kaducität des ihm zu viel Hinterlassenen traf. Ein solcher direkter, positiver Eingriff in die Dispositionsfähigkeit des *civis Romanus* in Bezug auf das Seinige, wie ihn die *lex Falcidia* wagt, trägt die Zeichen der Zeit an sich, in welcher jene republikanische Freiheit der Unterwerfung unter das kaiserliche *imperium* entgegenging. Man darf diese Beschränkung nicht auf gleiche Linie stellen mit der alten, ursprünglichen, wonach nur von der *pecunia,* nicht von der *familia* legiert werden durfte: diese hatte ihren Grund in der konzentrierten Einheit der *familia* im engern Sinne, über welche nur als Einheit letztwillig disponiert werden konnte, von welcher nichts Einzelnes losgelöst werden konnte. Vielleicht ist die Befugnis Legate anzuordnen, überhaupt nicht so alt, als die, sich durch Testament einen Erben zu ernennen. Die ausdrückliche Bestimmung der XII Tafeln, daß von der *pecunia* legiert werden könne, war schon Anerkennung einer besondern, sich nicht von selbst verstehenden Befugnis. Anders stand es, als mit der Änderung des Vermögensbegriffs die Befugnis, zu legieren, sich erweitert und auf das ganze Vermögen ausgedehnt hatte. Jetzt erschien eine gesetzliche Beschränkung dieses *ius potestasque legandi,* welches die Späteren irrtümlich in diesem Umfange auf die XII Tafeln zurückführten, als ein Eingriff in die Privatrechtsfähigkeit des römischen Bürgers, welchen die Gesetzgebung erst in der Zeit des unmittelbar dem Principat des Augustus vorausgehenden Triumvirats wagte, nachdem sie aber doch zunächst feierlich dieses Recht, zu legieren, im allgemeinen anerkannt hatte. Besonders ist dann noch in dem uns erhaltenen kleinen Stück der *lex Falcidia* ausgesprochen, daß jeder Legatar das ihm rechtsgültig Hinterlassene *sine fraude sua capere* könne, daß dieses *capere* nicht etwa einer *poena,* wie nach der *lex Furia,* oder der Kaducität, wie nach der *lex Voconia* ausgesetzt sei, und der Erbe soll insoweit zur Entrichtung der Legate verpflichtet sein. Die *lex Falcidia* erreichte ihren Zweck und ist in dauernder Geltung geblieben. Wie ihr einfacher Inhalt die Grundlage „einer durch Interpretation auf das Feinste ausgeführten und juristisch verarbeiteten Lehre" geworden ist, das im einzelnen darzulegen, ist zwar von höchstem dogmatischen Interesse, erscheint aber nicht als die Aufgabe unserer allgemeinen rechtsgeschichtlichen Darlegung.

Dritter Titel. Die mortis causa donatio.

§ 97. Die *mortis causa donatio* ist ein altes Geschäft. Die *lex Furia testamentaria* (etwa vom Jahre 571 a. u.) erstreckte sich nicht bloß auf Legate, sondern verbot *„plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere".* Früher ist sodann gezeigt, daß die Bestimmung der *lex Voconia, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret quam heredes caperent* nicht das Vorbild der jüngern Pontifikalordnung über die *sacra privata* wurde, sondern diese älter und bereits dem Tiberius Coruncanius bekannt war, vielleicht von ihm herrührte. Diese jüngere Pontifikalordnung führt nun unter den Klassen derer, *qui adstringantur sacris,* auch den an, *qui morte testamentove eius tantundem capiat, quantum omnes heredes.* Es scheint aber, daß wir die *mortis causa donatio* in noch älterer Zeit erwähnt finden. Nach der zweiten Klasse der ältern Pontifikalordnung nämlich soll jemand zur Prästation der *sacra* verpflichtet sein, *si maiorem partem pecuniae capiat,* wobei an *morte capere* zu denken ist. Daß darunter haupt-

sächlich das Empfangen durch *mortis causa donatio* zu verstehen sei, ist früher dargelegt worden. So müssen denn *mortis causa donationes* schon früh Sitte bei den Römern geworden sein. Das ist begreiflich: sie ermöglichten dem römischen Bürger Vergabungen von Todes wegen aus seinem Vermögen, auch wenn er kein Testament machen wollte oder doch noch kein Testament gemacht hatte bezw. keines mehr machen konnte. Auch muß das *mortis causa donare* zur Zeit der *lex Furia* schon, ebenso wie das Legieren, in einem bedenklichen Maße geschehen sein, da jene *lex*, ebenso wie die spätere *Voconia*, für das *morte capere* dieselben Grenzen setzte, wie für das *legatorum nomine capere*. Die *mortis causa donatio* kommt später in verschiedenartigen Gestaltungen vor, und es ist die Frage, von welchen Anfängen aus sie sich entwickelt habe. Noch später scheint es am häufigsten gewesen zu sein, einem andern eine Schenkung von Todes wegen zu machen, wenn einem eine unmittelbare Todesgefahr bevorstand, in dem Gedanken, daß die Schenkung, falls man die Gefahr überleben würde, hinfällig sein sollte. Auf diesen Fall der *mortis causa donatio* beziehen sich so viele Quellenäußerungen,[1] daß man annehmen darf, er war noch später der häufigere, und man hat wohl nicht mit Unrecht angenommen, daß er der ursprüngliche war, von welchem die Ausbildung des Instituts ausgegangen ist.[2] Naturgemäß kam man aber von diesem Fall zu einer Erweiterung des Anwendungsgebiets. Hatte man ursprünglich nur im Fall eines *praesens periculum*, eines *imminens periculum mortis causa* geschenkt, so kam man zunächst dazu, auch bei einem *futurum periculum* zu schenken. Wer kann aber die Gefahren, welche in Zukunft das Leben bedrohen werden, voraussehen? Durch diese Erwägung geleitet, konnte von jemand im bloßen Hinblick auf die Vergänglichkeit des Lebens eine *mortis causa donatio* vorgenommen werden, *extra suspicionem ullius periculi a sano et in bona valetudine posito et cui ex humana sorte mortis cogitatio est.*[3] Dieser letzte Fall der *mortis causa donatio* scheint aber der seltenere geblieben zu sein. —

Auch was die Art der Abhängigkeit der durch *mortis causa donatio* gemachten Vermögenszuwendung vom Tode des Schenkers anlangt, sind verschiedene Weisen derselben in den Quellen erwähnt, und auch nach dieser Richtung kommt in Frage, welches die ursprüngliche Weise derselben sei, und welche Weise der Abhängigkeit anzunehmen sei, wenn einfach etwas *mortis causa* geschenkt ist. Die aus den Erörterungen der Juristen am deutlichsten erkennbaren Weisen sind, daß die Sache (denn an solche ist zunächst zu denken) sofort dem Empfänger zu Eigentum übertragen wird, aber in der Voraussetzung, daß der Schenker in der Lebensgefahr umkommen bezw. vor dem Beschenkten umkommen werde,[4] und die, daß die Sache dem Empfänger unter der Bedingung zu Eigentum übertragen wird, es werde der Beschenkte den Schenker überleben, daß die Sache also erst im Moment des Sterbens des Schenkers ins Eigentum des Beschenkten übergehen solle.[5] Berührt werden auch noch zwei andere Weisen der Abhängigkeit der Zuwendung vom Tode des Schenkers, nämlich die, wonach das Eigentum mit Resolutivbedingung auf den Beschenkten übertragen wird, also im Fall des frühern Todes des Beschenkten sich auflösen und an den Schenker zurückfallen soll, sowie die, wonach mit der Eigen-

[1] Vgl. z. B. LL. 3—6, l. 8 § 1, l. 31 § 2 i. f. D. de m. c. don. 39, 6. Paul. III, 7, § 1.
[2] Hasse, Rhein. Museum f. Jurispr. II, S. 318. Alfred Cohn, Die Lehre d. röm. Rechts von d. Schenk. von Todes wegen S. 9. Vgl. auch Keller, Institutionen S. 343.
[3] L. 35 § 4 D. eod. tit. [4] L. 37 § 1, l. 39 D. eod. tit. [5] L. 29 D. eod. tit.

tumsübertragung an den Beschenkten die formlose Beredung der Rückgabe an den Schenker im Fall des frühern Todes des erstern verbunden wird, und beim Eintritt dieses Falles die *actio praescriptis verbis* auf Rückgabe begründet sein soll. Für unsere Aufgabe können wir diese beiden Möglichkeiten außer acht lassen, denn wohl erst die Juristen der Kaiserzeit haben dieselben in den Kreis ihrer Betrachtungen gezogen. Eigentumsübertragung unter der Suspensivbedingung, daß der Schenker in der Lebensgefahr umkommen werde bezw. vor dem Beschenkten sterben werde, ist gewiß nicht die ursprüngliche, aus der Natur der *mortis causa donatio* hervorgehende Abhängigkeit der Vermögenszuwendung von dem Tode des Schenkers. Auf diese Art der Abhängigmachung ist man wohl erst gekommen, als das Anwendungsgebiet der *mortis causa donatio* sich erweitert hatte, als Anwendungen derselben vorkamen, in denen Eigentum übertragen wurde für den Fall, daß der Schenker in einem *futurum periculum* umkommen werde oder überhaupt vor dem Beschenkten sterben werde. In solchen Fällen, in welchen sich die Ungewißheit, ob die *mortis causa donatio* wieder zusammenfallen werde oder nicht, lange hinausziehen kann, wird der *donator*, welcher *habere se (ma)vult quam eum cui donat magisque eum cui donat quam heredem suum* nicht geneigt sein, sofort das Eigentum der Sache auf den Beschenkten zu übertragen; die suspensiv bedingte Eigentumstradition, zufolge welcher erst im Moment seines Todes das Eigentum auf den Beschenkten übergehen soll, wird ihm hier das genehmere sein. Auch die Bezeichnung unseres Geschäfts als *mortis causa donatio* spricht dagegen, daß bei der ursprünglichen Gestalt desselben die Eigentumsübertragung von dem Sterben des Schenkers in der betreffenden Gefahr als *conditio* abhängig gemacht wurde. Besser paßt dieser Name zu der anderen Gestalt unseres Geschäfts, bei welcher das Eigentum sofort, aber unter der Voraussetzung übertragen wird, daß der Schenker in der betreffenden Gefahr bezw. vor dem Beschenkten umkommen werde, sodaß beim Ermangeln dieser Voraussetzung eine *condictio* des Schenkers auf Rückgabe begründet ist. Doch darf man auch diese Weise der Abhängigmachung der Schenkung vom Tode des Schenkers nicht für die ursprüngliche Gestalt der *mortis causa donatio* betrachten. Diese Gestalt ist wohl erst möglich geworden, als infolge der *lex Silia* und der *lex Calpurnia* die Ausbildung der *condictiones sine causa* vor sich gegangen war. Nach dem früher Dargelegten reicht aber die *mortis causa donatio* in ältere Zeiten zurück. Man hat gesagt, um für die eventuelle Rückgabe zu sorgen, habe man mit der schenkungshalber geschehenden *mancipatio* oder *in jure cessio* ein *pactum fiduciae* oder mit irgend welcher Schenkungshandlung (z. B. Tradition) eine Stipulation auf eventuelle Rückgabe verbinden können. Die Möglichkeit bezüglich der Stipulation ist natürlich zuzugeben, die Zulässigkeit des *pactum fiduciae* dagegen zu solchem Zweck zu bestreiten, dafür aber auf frühere Erörterungen zu verweisen. Es fragt sich, ob sich nicht, ohne Zuhilfenahme solcher besonderen Mittel, aus der rechtlichen Natur der *mortis causa donatio* ein Rechtsmittel für den *donator* ergiebt, falls der Zweck derselben nicht erreicht wird, also der Schenker die Gefahr überlebt bezw. den Beschenkten überlebt. Die *mortis causa donatio* ist ein Akt unter Lebenden, sie ist ferner eine Schenkung, aber eine Schenkung, bei welcher die *donandi causa* begrenzt, eingeschränkt ist durch die Beziehung der Bereicherung des Beschenkten auf den Tod des Schenkers. Dieser eigentümlich eingeschränkten Schenkungsabsicht, nach welcher der Schenker *habere se mavult quam eum cui donat magisque eum cui donat quam heredem suum* trägt

das Recht dadurch Rechnung, daß es das ganze Geschäft erst durch den Tod des Schenkers in der Gefahr bezw. vor dem des Beschenkten perfekt werden läßt. Dieses Sterben ist *conditio juris* auch für den Eigentumsübergang, aber keine den Eigentumsübergang mitbegründende, sondern eine denselben entscheidende Thatsache. Zunächst ist das Geschäft ein pendentes, es ist bis zu jenem Sterben ungewiß, ob die *mortis causa donatio* wirksam geworden sei oder nicht, das Eigentum der dem Beschenkten übergebenen Sache ist *in pendenti*, beim Tode des Schenkers findet eine Rückziehung auf den Moment des Schenkungsgeschäfts statt, und es gilt dann das Eigentum als schon von diesem Momente an auf den Beschenkten übergegangen. In einzelnen Quellenstellen sind uns noch Spuren dieser Auffassung erhalten, so in l. 20 D. de don. inter virum et uxorem 24, 1: *Si is servus, qui uxori mortis causa donatus, priusquam vir decederet, stipulatus est, in pendenti puto esse causam obligationis, donec vir aut moriatur aut suspicione mortis, propter quam donavit, liberetur: quidquid autem eorum inciderit, quod donationem aut peremat aut confirmet, id quoque causam stipulationis aut confirmabit aut resolvet.* Daß es *in pendenti* ist, wem durch die von dem *mortis causa* geschenkten Sklaven abgeschlossene Stipulation erworben ist, folgt notwendig daraus, daß *in pendenti* ist, wem das Eigentum dieses Sklaven zusteht, ob dem Schenker oder dem *mortis causa* Beschenkten. Sodann in l. 40 D. de mortis c. d. 39, 6: *Si mortis causa inter virum et uxorem donatio facta sit, morte secuta reducitur ad id tempus donatio, quo interposita fuisset* (vgl. auch l. 11 § 2 D. de don. int. v. et u. 24, 1). Trat die *conditio iuris* des Eigentumsüberganges nicht ein, so zeigte es sich, daß der Schenker Eigentümer der Sache geblieben war und dieselbe vindicieren konnte. Diese ursprüngliche Gestalt der *mortis causa donatio* scheint aber mehr in den Hintergrund gedrängt zu sein seit dem Aufkommen der anderen, bei welcher das Eigentum der Sache sofort und schlechthin übergeht und das Geschenkte nur beim Überstehen der Gefahr bezw. beim Überleben des Schenkers mit einer *condictio* zurückgefordert werden kann. Daß übrigens schon früh nicht bloß Eigentumsübertragungen, sondern auch andere Vermögenszuwendungen, wie Stipulationen und Liberationen, *mortis causa* geschehen konnten, zeigt die uns erhaltene Stelle des Fest. p. 161 M.: *Mortis causa stipulatio existimatur fieri, ut ait Antistius Labeo, quae ita fit, ut morte stipulatoris confirmetur, aut, ut quidam dixerunt, cuius stipulationis mors fuit causa.*

Die *mortis causa donatio* ist ein Akt unter Lebenden, keine letztwillige Verfügung. Ein Akt, welcher sofort Eigentum oder schwebendes Eigentum überträgt, kann unmöglich als eine letztwillige Verfügung bezeichnet werden, welche vor dem Tode des Verfügenden keine Wirkung hervorbringen kann; aber da ihre Perfektion immer irgendwie von dem Sterben des Schenkers vor dem Beschenkten abhängig ist, so hat sie mit den Legaten viel gemeinsames, auch das, daß sie frei widerrufen werden kann. Danach muß ich mich ganz denen anschließen, welche annehmen, daß die *lex Cincia* sich gar nicht auf *mortis causa donationes* bezogen habe. Ihrer ganzen Tendenz nach hat sie nur die *mera et simplex donatio* vor Augen, durch welche der Schenker sich selbst ärmer macht, nicht aber einen Akt, bei welchem er *habere se mavult quam eum cui donat.* Sich selber läßt der Schenker bei der *mortis causa donatio* nicht aus dem Auge, nur dem Erben gönnt er die geschenkte Sache weniger als dem Beschenkten. Daher sind auch die Beschränkungen, welche den Legaten durch die *lex Furia* und *lex Voconia* gesetzt sind, ebenso auch für *mortis causa donationes* angeordnet.

Da liegt nun die Frage nahe, warum nicht auch die jüngere *lex Falcidia* ihre die Legate beschränkende Bestimmung für *mortis causa donationes* ausgesprochen habe. Dernburg äußert darüber, die *lex Falcidia* habe die gleiche Beschränkung für die *mortis causa donationes* nicht bestimmt, weil dies in ihr System nicht zu passen schien, zu dem die *mortis causa donationes* nicht gehörten, aber warum gefiel es ihr nicht, dieses System unbeschadet des materiellen Inhalts desselben so zu fassen, daß auch die *mortis causa donationes* davon betroffen werden konnten, wie ja Sever später kein Bedenken getragen, die *mortis causa donationes* auch dem Abzug der Quart zu unterwerfen? Man muß sich da wohl die republikanische Scheu vor Augen halten, in die Dispositionsfreiheit des Privaten durch die Gesetzgebung einzugreifen. Die *lex Falcidia* ging schon weiter, wie die früheren Gesetze, indem sie geradezu der Legirfreiheit eine Schranke setzte. Sollte sie nun noch weitergehen und auch die rechtliche Freiheit des römischen Bürgers, durch Geschäfte unter Lebenden, wenn auch auf den Todesfall, zum Nachteil der Erben Vergabungen aus seinem Vermögen zu machen, beschränken? Soweit zu gehen, mag man damals noch Bedenken getragen haben.

Schluß der Darstellung des Civilrechts.

Allgemeines über die civilrechtlichen Rechtsgeschäfte.

§ 98. Haben wir die einzelnen Kategorieen der Rechtsgeschäfte, sofern dadurch Rechtsverhältnisse des *ius civile Romanorum* und des *ius gentium* begründet oder aufgehoben wurden, schon im früheren bei der Darstellung der einzelnen Rechtsverhältnisse berücksichtigt, so ist hier doch noch dasjenige, was, wenn auch nicht allen, doch einer größeren oder geringeren Zahl derselben gemeinsam war, in Erwägung zu ziehen.

Eine direkte Stellvertretung beim Abschluß von Rechtsgeschäften, einen Abschluß *alieno nomine* ließ das ältere römische Recht nicht zu; ja es wird vielleicht noch passender sein, zu sagen, daß es ein solches Handeln *alieno nomine* im Verkehr der Privatpersonen miteinander nicht kannte. Man hat in neuerer Zeit mehrfache Versuche gemacht, den Grund der Unzulässigkeit der Stellvertretung zu ermitteln. Ihering[1] hat darüber geäußert, die wahre, echte Stellvertretung beruhe auf einer Trennung der Ursache und Wirkung beim Rechtsgeschäft. Die Ursache: die Handlung falle auf die Person des Stellvertreters, die Wirkung: das Recht auf die des Repräsentierten, sie schließe also eine künstliche Spaltung dessen in sich, was bei der natürlichen Gestaltung des Verhältnisses eins sei. Es kann davon abgesehen werden, ob diese Auffassung der Stellvertretung richtig sei; denn Ihering fügt sofort hinzu, er sei nicht gemeint, in einem formal technischen Gedanken den letzten Grund der Ausschließung der Stellvertretung zu erblicken; und er kann gewiß nicht darin gefunden werden, da ja aus den Ausnahmen von dem Satz, welche beim Besitzerwerb u. s. w. zugelassen sind, hervorgeht, daß die römischen Juristen ein Handeln *alieno nomine* sehr wohl für juristisch denkbar hielten. Andere, insbesondere Unger,[2] machen geltend, daß das römische Recht dem subjektiven Willen eine Souveränetät beimesse, kraft deren sich derselbe nicht

[1] Geist des röm. Rechts III, 1[2] S. 178.

[2] Ihering, Jahrbücher f. Dogmatik X, S. 12 ff.

zur Durchgangsstation für fremde Interessen herabwürdigen könne. Dieser Auffassung ist das zuzugeben, daß die Interessenfrage bei der Erklärung des Satzes die maßgebende Rolle spielt, aber es ist dieser Gesichtspunkt nicht in richtiger Weise zur Erklärung der Unzulässigkeit der Stellvertretung verwandt. Das Mandatsverhältnis zeigt doch klar, daß die Römer in der Wahrnehmung fremder Interessen keine Herabwürdigung der souveränen Persönlichkeit sahen. Eine andere Wendung wird dieser Auffassung, daß das Individuum sich nicht zum Diener fremden Erwerbswillens erniedrigen dürfe, von SCHLOSSMANN[1] gegeben: er sieht in dem Satz: *„per liberam personam adquiri non potest"* einen Ausdruck des Prinzips, es solle die wirtschaftliche Existenz eines Freien nicht in den wirtschaftlichen Zwecken eines andern aufgehen; die Tendenz dieses Prinzips richte sich auf die Wahrung der wirtschaftlichen Selbständigkeit der Freien. Daß solche Befürchtungen vor den Folgen der Zulässigkeit der direkten Stellvertretung grundlos gewesen wären, zeigt die ganze moderne Entwicklung der Stellvertretung, und daß die Römer sie gehegt hätten, darauf weist keine Spur hin. Nach MITTEIS[2] ferner läßt sich unser Satz überhaupt nicht aus einem einzigen Prinzip ableiten. Er geht davon aus, daß vor allem der förmliche Charakter der älteren civilen Rechtsgeschäfte die Stellvertretung ausgeschlossen habe, doch soll der Grund davon wieder bei der Mancipation (bezw. den an die gleiche Form gebundenen Geschäften) und der Stipulation ein verschiedener gewesen sein. Beim Kauf sollen dann entweder die Form der Mancipation, in welche er eingekleidet wurde, oder die demselben notwendigerweise anzuhängenden Garantiestipulationen die Momente gewesen sein, welche Stellvertretung beim Kauf praktisch so gut wie ausgeschlossen hätten. Für die Miete wird auf die Auffindung eines innern Hindernisses der Stellvertretung beim Abschluß ganz Verzicht geleistet. Dabei wird gar nicht darauf Rücksicht genommen, daß selbst das formlose *pactum de non petendo* nach römischem Recht keine Stellvertretung zuläßt, daß man also, da aus dem auch zu Gunsten anderer abgeschlossenen *pactum* diesen keine *exceptio pacti* gewährt werden konnte, zur Gewährung der *exceptio doli* greifen mußte, um ihnen das *pactum* zu gute kommen zu lassen. MITTEIS' Ausführungen beruhen auf so völlig unsicheren Hypothesen über die Natur der alten formellen Geschäfte, z. B. über die sacralen Elemente, welche die alte Stipulation enthalten habe, daß sie schon darum schwerlich auf Beifall zu rechnen haben. Auch wird, wer Aussprüche, wie den aus des Quintus Mucius Scaevola liber singularis ὅρων entlehnten (in l. 73 § 4 D. de reg. iur. 50, 17): *Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest* list, schwer auf die Annahme Verzicht leisten, daß die Ausschließung des *alteri cavere* bei diesen verschiedenen Kategorieen von Rechtsakten auf einem einheitlichen Gedanken beruht. Es ist richtig, daß die Formulare der Mancipation, Stipulation u. s. w. auf die Möglichkeit einer Stellvertretung bei Vornahme dieser Akte nicht zugeschnitten waren. Wer wollte aber bezweifeln, daß es den in der Bildung von Formularen so erfahrenen und gewandten Römern leicht geworden wäre, entsprechende Formulare für die Vornahme dieser Akte *alieno nomine* zu bilden, wenn ihnen nicht aus irgend einem materiellen Grunde eine direkte Stellvertretung bei Vornahme derselben als unzulässig erschienen wäre? Und dieser Grund wird doch wohl

[1] Besitzerwerb durch Dritte S. 47 f.

[2] Die Lehre von der Stellvertretung nach röm. Recht S. 13 ff.

der sein, welcher in l. 38 § 17 D. de v. o. 45, 1 in Anwendung auf Obligationen Ausdruck gefunden hat: — *inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc ut unusquisque sibi adquirat, quod sua interest; caeterum ut alii detur nihil interest mea.* Was hier von den Obligationen, d. h. von den obligatorischen Rechtsgeschäften gesagt ist, gilt von den Rechtsgeschäften (wenn wir zunächst von den Ausnahmen absehen) überhaupt: sie sind erfunden und zu dem Zweck gebildet, daß der sie Abschließende selbst dadurch erwerbe (oder veräußere oder sich verpflichte), und nach dieser Idee sind sie zugeschnitten. Nach der Auffassung des römischen Rechts kann jemand zwar wohl, ohne sich dadurch herabzuwürdigen, das Interesse eines andern wahrnehmen und einen dahin zielenden Vertrag mit dem, dessen Interesse er wahrnehmen soll, abschließen; aber er kann nicht mit Dritten einen nur dem Interesse eines andern geltenden und dieses Interesse, also die Person des andern in den Vordergrund schiebenden Vertrag abschließen, weil dieses Interesse des andern für ihn und den Dritten eine *res inter alios* ist. Daß eine gewaltunterworfene Person zu Gunsten des Gewalthabers einen Vertrag mit einem Dritten abschließen kann, hat ebendarin seinen Grund, daß jene keinen selbständigen Interessenkreis hat, sondern selbst zu der Interessensphäre des Gewalthabers gehört. Wer aber eine selbständige Interessensphäre hat, der kann Rechtsgeschäfte mit Dritten nur für diese seine Interessensphäre abschließen: er kann Dritten gegenüber nicht direkt die Interessensphäre eines andern, welche für die beiden Vertragschließenden eine *res inter alios* wäre, vertreten. Will er also das Interesse des andern durch ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten wahrnehmen, so muß er zunächst für seine eigene Interessensphäre (*suo nomine*) abschließen und die Wirkungen des Geschäfts durch seine Interessensphäre hindurch der des andern, so gut es gehen will, zukommen lassen. — In neuerer Zeit hat Hellmann, der das Institut der direkten Stellvertretung in Rechtsgeschäften als ein im römische Recht anerkanntes nachzuweisen versucht, den Stellen, auf welche die herrschende Lehre ihre Behauptung der Unzulässigkeit jener Stellvertretung stützt, die Beweiskraft für jene Behauptung abgesprochen. Er meint, insbesondere in l. 11 D. de o. et a. 44, 7 und in anderen Stellen sei nicht angedeutet, daß dieselbe sich auf wahre Stellvertretung bezögen; sie sprächen vielmehr lediglich von den Verträgen zu Gunsten Dritter, deren Ungültigkeit sie statuierten. Dabei ist nicht beachtet, daß die Römer von ihrem Standpunkt aus keine Veranlassung hatten, zwischen Stellvertretung und Vertrag zu Gunsten eines Dritten zu unterscheiden: die eine wie der andere waren nach ihrer Auffassung unzulässig, und so kommen bei ihnen Aussprüche vor, welche man auf beide beziehen kann.[1] Für die Vornahme der formellen Geschäfte, wie ins-

[1] Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften S. 71, bemerkt über l. 11 cit.: *Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt*, es müsse der Umstand, daß „*cum*" mit dem Indicativ *trahunt* verbunden werde, zu der Annahme hinleiten, daß „*quaecumque gerimus*" einschränkend verstanden werden wollte, mit anderen Worten, daß der Jurist sagen wollte: Unsere Handlungen — soweit sie nämlich unsere eigenen Kontraktshandlungen sind — u. s. w., womit er angedeutet habe, daß es Handlungen gebe, die zwar äußerlich ebenfalls wie die unseren erscheinen, in Wahrheit aber nicht unsere Kontraktshandlungen sind. Indessen *cum* mit dem Indicativ deutet gar nicht eine Beschränkung an, es bedeutet: indem. — Wie könnte auch Paulus in Bezug auf die ihm vorzugsweise vorschwebende *stipulatio* wohl andeuten wollen, daß sie *alieno nomine* abgeschlossen werden könnte? Es gab ja gar kein Stipulationsformular, vermöge welches das *stipulari* bezw. *promittere* selbst auf den Namen eines andern verstellt werden konnte.

besondere der Stipulation, im Namen eines andern gab es gar keine Formulare, eine Stellvertretung bei ihnen konnte man sich also gar nicht anschaulich vorstellen, während das Stipulieren zu Gunsten eines Dritten, das *alteri stipulari* in diesem Sinne, auch bei den vorhandenen Formularen wenigstens vorstellbar war. Daß also, wenn die Möglichkeit eines *alteri stipulari* u. s. w. verneint wird, nicht etwa die Möglichkeit eines *stipulari alieno nomine* offen gelassen werden soll, versteht sich nach der römischen Anschauung ganz von selbst.

Nicht als eine völlige Stellvertretung in der Vornahme eines Rechtsgeschäfts, also nicht als eine Abweichung von dem Satze, *per liberam personam nihil adquiri posse,* haben die Römer die Vertretung in der faktischen Ausführung bezw. in der Erklärung eines fremden Willens gesehen. Daher ist bei formlosen Kontrakten gewiß schon früh der Bote als Überbringer fremder Willenserklärung, beim Besitzerwerb eine Vertretung in der Erwerbung des *corpus* zugelassen, denn hier handelt es sich nicht um Vertretung in dem zu dem betreffenden Akt erforderlichen Willensentschluß, sondern es wird nur ein *officium* erfüllt, ein *ministerium* zur Ausführung fremden Willens geleistet. Auch solche Akte, welche keinen neuen Rechtserwerb bezwecken, sondern nur bestehendes Recht wahren und feststellen sollen, können durch einen Vertreter vorgenommen werden, so die Mahnung des Schuldners, Denuntiationen verschiedener Art, die dem *interdictum quod vi* vorhergehende *prohibitio*, sogar, trotz ihrer solennen Form, die *operis novi nuntiatio.* Meinungsverschiedenheiten zeigen sich bei dem *constitutum debiti,* durch welches ja auch nicht eine Schuld ganz neu begründet, sondern nur die Erfüllung einer bereits vorhandenen festgestellt, gesichert wird. Es kann daher ein Vertreter namens des Schuldners konstituieren. Daß es durch eine *libera persona* geschieht, ist hier, wie Paulus in l. 15 D. de p. c. 13, 5 sagt, kein Hindernis, *quia ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur.* Man kann hier nicht zwischen Stellvertreter und Boten unterscheiden, denn das Konstituieren Namens eines anderen ist überall nur eine Thätigkeit, wie die des Boten, ein *ministerium praestare.* Julian sprach aus, daß auch einem *procurator* des Gläubigers konstituiert werden könne. Ob er auch dieses sich konstituieren lassen nur als ein *praestare ministerium* ansah, so daß der *dominus* unmittelbar der *actio de p. c.* erworben hätte, ist nicht ersichtlich. Pomponius aber verstand den Ausspruch dahin, daß direkte Stellvertretung auch hier ausgeschlossen sei, und der *procurator,* dem konstituiert sei, die *actio de p. c.* erwerbe (l. 5 § 6 D. de p. c. 13, 5). — Mit dem Gesagten hängt es zusammen, daß überall, wo es sich nur um Vornahme faktischer Akte, an welche aber doch rechtliche Wirkungen geknüpft sind, handelt, die Römer Stellvertretung zulassen, wie bei der Ergreifung des *fur manifestus,* dem *precario rogare,* was dann im späteren prätorischen Recht noch weitere Verwendung gefunden hat. Von dem hier ausgeführten Gesichtspunkt aus erklärt sich auch l. 21 pr. D. de pig. 20, 1, eine aus dem 73. Buch von Ulpian's Ediktskommentar, in welchem vom *interdictum Salvianum* gehandelt war, entlehnten Stelle. Höchstwahrscheinlich bezieht sich die Stelle auf das faktische *inducere, inferre* von Sachen des Pächters auf das gepachtete Grundstück. Ist dieses *inducere* u. s. w. in Übereinkunft mit dem *procurator* des Verpächters geschehen, so steht dem Verpächter unmittelbar das *interdictum Salvianum* bezüglich dieser *invecta* und *illata* zu. Auch die l. 84 D. pro socio 17, 2 bestätigt dies: *Quotiens iussu alicuius vel cum filio eius vel cum extraneo societas coitur, directo cum illius persona agi posse, cuius persona in contrahenda societate spectata sit.*

Eine wahre Abweichung aber von dem Satze, *per liberam personam adquiri non posse*, enthält die Bestimmung, daß *animo et corpore* juristischer Besitz erworben werden könne. Schon an anderer Stelle ist dargelegt, daß dieser Satz noch nicht dem republikanischen Recht angehört. So gehört denn auch die an diese Bestimmung sich weiter anschließende Entwicklung, namentlich daß auch Eigentumserwerb, sofern er durch Besitzerwerb vermittelt wird, durch einen Stellvertreter geschehen könne, erst der Kaiserzeit an.

Einer kurzen allgemeinen Betrachtung sind sodann von den Qualifikationen der rechtsgeschäftlichen Willensakte, vermöge welcher sie Dispositionen für die Zukunft treffen können, noch die Bedingungen zu unterziehen. Das Verkehrsbedürfnis, welches die Bedingung im Recht Anerkennung finden läßt, ist von Ihering[1] und Scheurl[2] treffend hervorgehoben worden. Der Mensch muß Dispositionen für die Zukunft treffen können, sie hängen aber in ihrer Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit oft noch von zukünftigen Verhältnissen ab und können daher nicht immer schlechthin *(pure)* getroffen werden. Die Bedingung gewährt das Mittel, Kombinationen, Berechnungen, Erwartungen, kurz das bloß Mögliche in den Kreis unserer Operationen hineinzuziehen. Keineswegs ist aber die bedingte Vornahme von Rechtsakten sofort in dem Umfange zugelassen worden, in welchem sie im vollkommen ausgebildeten Recht der Römer später zulässig war. Das Vorbild für die bedingte Vornahme auch von privatrechtlichen Akten fand die alte pontificische Jurisprudenz ohne Zweifel in dem Sacralrecht angehörigen Akten. Solche bedingte Akte waren das *votum* und die *devotio*, die Verwünschung bei Abschließung eines *foedus*, das *iusiurandum*. Da der Akt nur für den Fall, daß die Bedingung eintritt, zustande kommen soll, so wird logisch notwendig in der den bedingten Willensakt aussprechenden Wortformel die Bedingung vorangestellt, und auch dies kehrt bei den bedingten Privatrechtsakten wieder. Nur in beschränktem Umfange sollte, wie bemerkt, von solchem Verstellen des Geschäfts auf die Zukunft Gebrauch gemacht werden. Zunächst also nur bei Akten, welche schon ihrer Natur nach auf die Zukunft gestellt sind. Dahin gehören vor allem die testamentarischen Dispositionen, welche nicht vor dem Tode des Testators in Wirksamkeit treten können bezw. sollen. Schon die XII Tafeln trafen über den im Testament unter der Bedingung, daß er dem Erben eine Summe Geldes geben werde, Freigelassenen die Bestimmung, daß er im Fall der Veräußerung auch durch Geben der Summe an den neuen Herrn die Bedingung erfüllen könne (Ulp. fr. II, 4). Von den dem Verkehr unter Lebenden angehörenden Akten gehört dahin vor allen das auf Begründung einer *obligatio*, der Verpflichtung zu einer zukünftigen Leistung gerichtete Versprechen, also die Stipulation. Aber auch die der Regel nach auf sofortige Wirkung gerichteten Geschäfte unter Lebenden konnten willkürlich durch bedingten Abschluß auf die Zukunft gestellt werden; die Meinung, daß Kauf und Miete früher nicht bedingt hätten abgeschlossen werden können, beruht auf einer mißverstandenen Stelle des Gaius (III, 146). Justinian erwähnt aber den Zweifel der Alten, ob eine Sozietät unter einer Bedingung abgeschlossen werden könne (l. 6 C. pro socio 4, 37). — Es gab aber Akte, welche der Eigentümlichkeit ihrer Form halber weder die Hinzufügung einer Bedingung im weitesten Sinn noch die eines *dies* vertrugen. So waren sie

[1] Geist des röm. Rechts III, 1[2] S. 164 f.
[2] Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts II, S. 4 ff.

ausgeschlossen bei *mancipatio* und in *iure cessio*, also bei allen in der Form derselben vorzunehmenden Rechtsakten. Den Grund davon sehe ich in der assertorischen Gestalt der dabei zu sprechenden Formel; sie lautete auf: *aio hanc rem meam esse* oder *mihi ius esse ire agere*. Behauptet werden kann auf dem Rechtsgebiet nur schlechthin, hypothetische Behauptungen läßt das Recht nicht zu. Hat also nach der von der Jurisprudenz sanktionierten Form des Geschäfts die den Willensakt ausdrückende Formel assertorische Gestalt, so sind damit Zusätze wie Bedingungen *eo ipso* als unzulässig ausgeschlossen. Denselben Grund hat die Ausschließung von *conditio* und *dies* bei der *acceptilatio*, auch sie geschah in assertorischer Form *(quod ego tibi promisi, habesne acceptum? Habeo)*; und gleiches gilt von der *expensilatio*. Bei anderen Akten dagegen, wie der *hereditatis aditio*, der *datio tutoris*, der *auctoritas tutoris*, der *optio* beim *legatum optionis*, der *cognitoris datio* liegt der Grund der Unzulässigkeit der Hinzufügung von Bedingungen nicht in der besonderen Form, sondern in der inneren Natur dieser Akte, wie in Bezug auf die vier ersteren bei der Erörterung derselben dargelegt ist. Was die *cognitoris datio* betrifft (Fr. Vat. § 329), so sollte auf dieselbe die Führung des Prozesses durch den *cognitor* als Stellvertreter der Partei, die ihn ernannt hatte, unmittelbar folgen. Wie wäre das möglich gewesen, wenn seine Ernennung von einer Bedingung hätte abhängig gemacht werden können? Die Legitimation des *cognitor* muß eine sichere, unzweifelhafte sein, die Ernennung muß daher schlechthin geschehen. Das aber ist allen hier erwähnten Akten gemeinschaftlich, daß die ausdrückliche Hinzufügung einer *conditio* (im weitesten Sinn) sie nichtig macht (*in totum vitiantur*, nach l. 77 D. reg. jur. 50, 17).

Daß die sog. Resolutivbedingung, wie Ihering[1] meint, ganz jungen Datums sei, ist nicht richtig. Schon Demelius[2] hat darauf hingewiesen, daß schon zu Plautus' Zeit die *in diem addictio* in häufiger Anwendung gewesen sein müsse. Es ergiebt sich dies aus Capt. I, 2, 76 ff., wo der Parasit seine Annahme der Einladung des Hegio, bei ihm zu speisen, in die Form einer *in diem addictio* einkleidet:

> *Heg. Age sis rogo. Erg. Emptum nisi si qui meliorem adferet*
> *quae mi atque amicis placeat conditio magis:*
> *Quasi fundum vendam, meis me addicam legibus.*

Demelius sagt mit Recht, das hier angeführte Formular der *in diem addictio*, welches mit dem bei den Pandektenjuristen vorkommenden ganz übereinstimmt (l. 1 D. de in diem add. 18, 2, l. 41 D. de rei vind. 6, 1) müsse dem Publikum ein ganz geläufiges gewesen sein. Auch damals schon muß das Musterformular der *in diem addictio*, wie nach l. 1 cit., auf einen *fundus* abgestellt gewesen sein. Da die Resolutivbedingung den unbedingt geschlossenen Kauf samt Eigentumsübertragung auflösen soll, so ist, während die Suspensivbedingung vorangestellt wird, die logisch geforderte Stellung der Resolutivbedingung die dem Kaufabschluß nachfolgende: *ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra Kalendas Ianuarias proximas meliorem condicionem fecerit* u. s. w.). Sie wird ferner, da die Wirkung des unbedingt geschlossenen Geschäfts Bestand behalten soll, außer wenn die Bedingung der resolvierenden Nebenwillenserklärung eintreten wird, logisch richtig mit „*nisi*" hinzugefügt.

---

[1] A. a. O. S. 165.
[2] Zeitschr. f. Rechtsgeschichte II, S. 184.

Weiter soll, was in Bezug auf die Formen der einzelnen Rechtsgeschäfte im einzelnen schon früher erörtert ist, hier im Überblick zusammengefaßt werden. Zunächst tritt dabei der Gegensatz des *ius civile* im engeren Sinne und des *ius (gentium)* hervor. Es ist ein charakteristischer Unterschied der beiden Rechtsgebiete, daß alle Rechtsakte, welche nur zwischen *cives* vorkommen können, Formalakte, alle dem *ius gentium* angehörigen, welche auch mit Peregrinen abgeschlossen werden können, „lediglich faktischer Art und durch die vollendete Thatsache rechtlich begründet sind", vorausgesetzt, daß sie nicht Übertragungen civilrechtlicher Geschäftsformen auf den Verkehr mit den Peregrinen sind, wie die der *sponsio* nachgeahmte *fidepromissio*. Damit ist nun aber nicht gesagt, daß alle dem *ius (gentium)* ursprünglich angehörigen Akte bloße Konsensualakte gewesen, zum Teil sind sie immer Realakte geblieben und zum größeren Teil wohl sind sie ursprünglich solche gewesen. Mit solenner Form der Willenserklärung kann man die auch zum Zustandekommen von Geschäften des *ius gentium* erforderliche *res* nicht auf eine Linie stellen, wenn sie auch in Bezug auf die Fertigkeit des zum Zustandekommen des Geschäfts erforderlichen Willens einen ähnlichen Dienst leistet, wie die solenne Form. Die *res* ist faktische Ausführung, Realisierung des Willensinhalts oder doch Beginn dieser Realisierung. Dagegen fehlt der *res*, welche für *mutuum, commodatum, depositum, pignus* u. dgl. äußerlich ganz dieselbe ist, das, was die Form charakterisiert: der juristisch-präcise, plastische, dem inneren logischen Wesen des Willens in seinen einzelnen Bestandteilen möglichst adäquate Ausdruck desselben in ein für allemal feststehenden äußeren Zeichen, insbesondere typischen Worten der Staatssprache. Solche Form findet sich nicht bei den Geschäften des *ius gentium*. In der großen Gemeinschaft der Menschen, zwischen denen überhaupt rechtlicher Verkehr bestehen kann, fehlt es an der Gemeinsamkeit ihnen allen lebendig gegenwärtiger äußerer Zeichen, fehlt es insbesondere an der Gemeinsamkeit der Sprache, deren Worten eine rechtlich bindende Kraft beigelegt werden könnte. Hier können nur bestimmte objektive Kausalmomente, bestimmte materielle Geschäftszwecke, welche zu allgemeiner Anerkennung gelangt sind, den betreffenden Geschäften rechtlich bindenden Charakter verleihen. Doch führte die den Römern nun einmal innewohnende Neigung zu formalem Ausdruck dahin, daß auch bei Konsensualkontrakten, wie dem Kaufkontrakt, zur Feststellung des Konsenses Frage- und Antwortform gebraucht wurde. Varro (R. R. II, 2) bezeichnet die Form: *tanti suum mihi emtae* als *„antiqua formula"*. — Dagegen bei den nur dem Verkehr der Bürger unter sich angehörigen Geschäften konnte man an den Gebrauch bestimmter, der gemeinsamen Sprache angehöriger Worte bezw. anderer allen vertrauter Zeichen die rechtliche Gebundenheit knüpfen: der in dieser bestimmten Form sich äußernde Wille konnte als rechtszeugende Potenz anerkannt werden. Die Formen der einzelnen Geschäfte sind zwar von der Jurisprudenz gebildete oder doch bearbeitete, aber sie sind doch nicht willkürlich gewählte, sondern dem inneren Wesen der Akte und der Volkssitte angepaßte. So entsprechen z. B. die sakralen Bestandteile der Form der *confarreatio* den sakralen Wirkungen dieses Akts, es entspricht der Bedeutung des Testaments als einer Bestellung des ganzen Hauswesen von Todes wegen die eminente Öffentlichkeit und Feierlichkeit, welche in der Errichtung desselben vor dem *populus* als Zeugen lag. Doch haben die Römer nicht etwa für jedes Rechtsgeschäft eine besondere Form aufgestellt. Nirgends vielleicht sind die Römer so ökonomisch verfahren.

als mit der Verwendung weniger dem Volke geläufiger Formen für Rechtsgeschäfte, welche sich nur irgend in dieselben einpassen ließen: des *per aes et libram gerere* und der *in iure cessio*. Unter den Begriff des *per aes et libram gerere* fielen ursprünglich der wirkliche Kauf, bei welchem das noch ungemünzte Kupfer öffentlich vor fünf römischen Bürgern als Zeugen dem Verkäufer zugewogen wurde, sowie das wirkliche Darlehn, bei welchem ebenso die Darlehnssumme zugewogen wurde, ebenso die wirkliche Rückzahlung, bei welcher die dargeliehene Summe wirklich zurückgewogen wurde. Es waren dies Formalakte, welche aber zugleich das kausale Moment des Geschäfts in sich schlossen. Sehen wir von dem früh abkommenden Nexum ab, so verwandelten sich die Mancipation und die *solutio per aes et libram* seit dem Aufkommen der Münze in einen imaginären Kauf und eine imaginäre Rückzahlung und haben als solche eine erweiterte Anwendung gefunden. Das kausale Moment ist in Wahrheit aus dem Akt verschwunden, es liegt außerhalb desselben und kann, wenigstens bei der Mancipation, ein ganz anderes, als das ursprünglich in dem Akt enthalten gewesene, sein, aber in einem bloßen Bilde, einer Nachahmung ist jene ursprüngliche *causa* in dem Akt beibehalten: mit einem *rauduscul*um wird an die Wage geschlagen und dasselbe *quasi pretii loco* dem Mancipanten zugewogen, und der *mancipio accipiens* sprach immer noch eine Formel, in welcher er sagt, daß ihm die Sache für diesen Preis gekauft sein solle. So wird die Form dieser *emtio imaginaria* verwandt zur Übertragung des quiritischen Eigentums an *res mancipi*, zur Bestellung der zu den *res mancipi* gerechneten *servitutes rusticae*, zur Versetzung einer gewaltunterworfenen Person in das *in mancipio esse*, als *coemtio* zur Begründung der *manus*, endlich zum Zweck der Testamentserrichtung. Ist denn nun das Beibehalten des Kaufsbildes in der Mancipation nichts als ein abgestorbenes Stück des früheren Rechts, welchem lediglich die historische *vis inertiae* ein historisches Scheindasein gefristet hat? So mag man für die spätere Kaiserzeit, vielleicht schon die frühere sagen: für die republikanische Zeit wäre solche Auffassung gewiß nicht zutreffend. Von der Zeit her, wo die Mancipation noch ein reeller Kauf, die *solutio per aes et libram* noch eine reelle Rückzahlung war, hatten die römischen Bürger sich daran gewöhnt, in dem Ritual des *per aes et libram gerere* das zu sehen, was dem Akt die rechtliche Sanktion und die besondere rechtliche Wirkung verlieh, und diese im Volksbewußtsein festwurzelnde Anschauung konnte nicht ignoriert werden, als seit dem Aufkommen der Münze Mancipation und *solutio per aes et libram* aufhören mußten, reelle Geldzuwägungen zu sein. Man konnte nichts Gleichwertiges an die Stelle setzen. Die Volksanschauung legte dem als *imago*, als Nachahmung beibehaltenem Geldzuwägen immer noch die Kraft rechtlicher Sanktion des Akts und der Ausstattung desselben mit besonderen Wirkungen bei, ja die Ablösung des Akts von dem reellen Kauf machte ihn nun zu erweiterter Verwendung erst recht fähig. — Eine ähnliche Rolle, wie die Mancipation, spielt in dem römischen Civilrecht die *in iure cessio*, auch ein Scheinakt, aber kein imaginärer Akt. Scheinakt ist die *in iure cessio*, wie früher gezeigt, insofern, als alle dabei Mitwirkenden ohne Täuschungsabsicht das, was sie thun, als etwas anderes darstellen, als was es wirklich ist, ein Scheinakt, für dessen charakteristisches Wesen es an einer ihn von anderen Scheinakten unterscheidenden Bezeichnung fehlt. Die *in iure cessio* hat ebenfalls ein sehr weites Anwendungsgebiet gefunden; beide Akte aber, Mancipation sowohl wie *in iure cessio*, dienten nur zur Übertragung bezw. Begründung von Rechten dinglicher

oder absoluter Natur. Zur Verwendung auf dem Gebiete des Obligationenrechts eigneten sie sich nicht. — Eine sehr eigentümliche Erscheinung ist es, daß gewisse formelle Akte, bei welchen namentlich die Mancipation eine Rolle spielt, aus einem ganzen Komplex von Einzelakten bestehen, welche erst in ihrem Zusammenfuntionieren das rechtliche Resultat, um das es sich handelt, herbeiführen und erst allmählich aus dieser Mehrheit zu einer Einheit, in welcher sie gleichsam als Einzelakte eines Dramas erscheinen, zusammengewachsen sind: die *emancipatio, in adoptionem datio, coemtio fiduciaria.* Dabei ist nun aber noch eines auf eine andere Seite des Geschäfts sich beziehenden Scheinhandelns Erwähnung zu thun. Bei dem Handeln *dicis causa* steckt der Schein nicht in dem Geschäftsakt selbst, sondern er liegt in der Wirkung, worauf dieser unmittelbar gerichtet ist: diese Wirkung soll nicht als eine wahre, reelle, sondern nur als wesenlose, inhaltlose herbeigeführt werden, und zwar gewöhnlich, um eine an dieselbe sich noch anknüpfende Wirkung herbeizuführen. So wurde durch die zum Zweck der Emancipation und *in adoptionem datio* vorgenommenen Mancipationen des Hauskindes später wenigstens kein reelles *in mancipio esse*, sondern nur *dicis gratia*, d. d. ein wesenloses, welches nur *momento* dauern sollte, begründet zu dem Zweck, um das an die dreimaligen Mancipationen bezw. Manumissionen sich anknüpfende Freiwerden von der väterlichen Gewalt herbeizuführen. Ebenso wurde durch *coemtio fiduciaria* nur *dicis causa* die *manus*, d. h. eine inhaltlose *manus* begründet, nur um das Ausscheiden aus der bisherigen *familia* und den daran geknüpften Zweck zu erreichen. Alle Mancipationen *sestertio nummo* usw. sind Verkäufe *dicis causa*, sie sind also in doppelter Richtung Scheinakte: das in der Mancipation selbst auftretende *rauduscului* ist ein imaginärer Preis, der *sestertius nummus* war dagegen ein *dicis causa* gegebener Preis. Auch in der späteren Gestalt des *testamentum per aes et libram* findet sich ein doppelter Schein. Einmal kommt hier, wie bei jeder Mancipation, das *rauduscului*, das imaginäre *pretium* vor, sodann aber wird dem *familiae emtor* nur *dicis causa* die *familia* mancipiert, es wird ihm kein reelles Recht daran übertragen. — Sehen wir von der *solutio per aes et libram* ab, so begegnen wir auf dem Gebiete des Obligationenrechts nur ein paar Scheinakten, der *acceptilatio* und etwa der *expensilatio*. Die *acceptilatio* ist kein eigentlich imaginärer Akt, wie die *solutio per aes et libram*, d. h. sie stellt den Zahlungsakt nicht in einem Bilde dar, ahmt ihn nicht nach, sondern es wird dabei nur auf die Frage des Stipulationsschuldners vom Gläubiger bekannt, gesagt, daß er den Schuldbetrag empfangen habe, auch wenn dies nicht der Fall ist; sie wird denn auch nur als eine *velut imaginaria solutio* bezeichnet. Sonst finden wir keine Scheingeschäfte auf dem Gebiete des Obligationenrechts. Einen Scheinprozeß um Schuld hat es meines Erachtens bei den Römern nicht gegeben. In älterer Zeit ließ das Nexum ihn nicht aufkommen. Nach Abkommen des Nexum würde man mit einer Verwendung der *confessio in iure* für Begründung von Obligationen wieder etwas dem Nexum Verwandtes, ja noch weiter greifendes geschaffen haben, was die römischen Kapitalisten und Wucherer in ausgiebigster Weise zur Bedrückung des Schuldners hätten verwenden können und verwandt haben würden. Auf solchen Gedanken konnte man nach den Erfahrungen, welche man mit dem Nexum gemacht hatte, nicht kommen. — Die *stipulatio* hat nichts von Schein in sich, bei ihr findet sich kein Widerspruch zwischen der Form und dem innerlichen Moment, dem Willen: die *sponsio* ist der gesprochene, direkt im Wort wiedergegebene Wille. Dadurch erweist sich die Stipulation als ein einer

schon fortgeschritteneren Periode angehöriger Formalakt. Ihr Formalcharakter ist überhaupt elastischerer, beweglicherer Natur, als der der *per aes et libram gesta*, insbesondere der Mancipation. Was den Sprachgebrauch betrifft, so kommt der altertümliche Ausdruck *nuncupare* für das Sprechen der Stipulationsworte nie vor. Es ist dieser Ausdruck zwar auch für das Aussprechen der vom *mancipio accipiens* gesprochenen Hauptformel bei der Mancipation nicht nachweisbar, aber wenn auch von den Juristen im Anschluß an die 12 Tafelbestimmung unter dem altertümlichen, später nicht mehr gebräuchlichen *nuncupare* vorzugsweise, vielleicht allein noch das an den Mancipationsakt sich anknüpfende Aussprechen von Nebenberedungen seitens des Mancipanten verstanden wurde, so darf man doch kaum zweifeln, daß ursprünglich auch das Aussprechen der Hauptformel durch den *mancipio accipiens* als ein *lingua nuncupare* bezeichnet wurde. Auch dieses geschah in einseitiger Rede, öffentlich vor Zeugen, und daß das letztere zum Begriff des *nuncupare* gehörte, zeigt Gaius' Erklärung II, 165: — *nuncupare est enim palam nominare*, und die Andeutungen bei Fest. *v. nuncupata*, wonach *vota nuncupata „in tabulas praesentibus multis referuntur"*, und unter den den Sinn von *nuncupata* erläuternden Worten *quasi testificata* vorkommt. Beweglicher aber war die Stipulationsformel gegenüber den Formeln der Mancipation und *in iure cessio* darin, daß die letzteren (abgesehen von der Bezeichnung des konkreten Gegenstandes) ein für allemal unabänderlich feststanden, bis etwa die Jurisprudenz selbst eine Abänderung vornahm, jene dagegen nur in ihren Schlagworten *(spondesne, spondeo, fidepromittisne, fidepromitto)* typisch feststand, bezüglich des konkreten Inhalts aber im einzelnen Fall abgefaßt, bezw. nach vorhandenen Mustern gebildet und nötigenfalls abgeändert wurde. Diese Beweglichkeit erhöhte natürlich die Brauchbarkeit und weite Verwendbarkeit der Stipulationsform ungemein.

Eine besonders künstliche Form, welche etwas Eigentümliches, bei keiner anderen Geschäftsform zu Beobachtendes hat, ist die des *testamentum per aes et libram*. Es ist gesagt worden, das Testament sei nicht ein einziges Rechtsgeschäft, sondern ein ganzer Komplex von Rechtsgeschäften verschiedener Art, und zuzugeben ist, daß ein Testament, welches neben der Erbeseinsetzung Legate, Manumissionen, Vormundsernennungen enthält, ein aus verschiedenen Dispositionen bestehendes Geschäft ist. Da aber nach altrömischer Auffassung Legate, Manumissionen, Vormundsernennungen nur von der Hauptanordnung, der Erbeseinsetzung, abhängige Nebenanordnungen sind, so wird durch die Mehrzahl solcher Nebenanordnungen der innerlich einheitliche Charakter des Testaments, der Charakter desselben als eines einheitlichen Rechtsgeschäfts nicht aufgehoben. Es ist aber auch durch die Form der Errichtung dafür gesorgt, daß es auch äußerlich als eine Einheit erscheint, denn der ganze materielle Inhalt des Testaments ist, wenn ich mich des Ausdrucks bedienen darf, in die Form der *mancipatio* der *familia* eingeschachtelt, und diese Form hat hier, gegenüber anderen Anwendungen der Mancipation, das Eigentümliche, daß in ihr der materielle Inhalt des Testaments: die zu begründenden Wirkungen (Erbeseinsetzungen, Legate u. s. w.) gar nicht zur Erscheinung kommen, die *mancipatio* der *familia* ist gleichsam nur eine äußere Hülle, welche um das Testament geschlungen ist, die *familia* wird nur mancipirt, *quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam*, das materielle *testamentum* folgt dann also erst, es kommt in jener *mancipatio* noch in keiner Weise zur Erscheinung. Dieses materielle *testamentum* aber auch äußer-

lich als eine Einheit erscheinen zu lassen, dafür ist gesorgt durch die generelle *nuncupatio*, den *generalis sermo*, durch welche der Testator die in den *tabulae testamenti* enthaltenen Bestimmungen bestätigt: *Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote.*

Der Unterschied zwischen den dem *ius civile* im engeren Sinn und den dem *ius gentium* angehörigen Akten, wonach jene in einer bestimmten Form, insbesondere mit Gebrauch bestimmter Wortformeln, die letzteren aber in beliebiger Form abgeschlossen werden konnten, zeigt sich bezüglich der Auffassung und Auslegung beider. Bei den ersteren gilt der Wille nur, soweit er im Wort, und zwar im vorgeschriebenen Wort, Ausdruck gefunden, der nicht so verlautbarte Wille, mag er auch erkennbar geworden sein, findet keine Berücksichtigung. Bezüglich der *per aes et libram gesta* ist das in der bekannten Zwölftafelbestimmung: *cum nexum facit mancipiumque, uti lingua nuncupassit. ita ius esto* deutlich ausgesprochen. Bezüglich der Stipulation ergiebt es sich z. B. aus der Äußerung Ciceros pro Caec. 3, 7: *si quis quod spopondit, qua in re verbo se obligavit uno, si id non facit, maturo iudicio sine ulla religione iudicis condemnatur.* Um hier dem nicht im einzelnen ausgesprochenen Willen, der Meinung, Geltung zu verschaffen, mußte daher vorsichtigerweise ein dies vorbehaltender wörtlicher Zusatz in die zu sprechende Formel aufgenommen werden, wie es die Fetialformel bei einem abzuschließenden *foedus* bei Liv. I, 24, 7 zeigt: *ut[i] illa palam prima postrema ex illis tabulis cerave recitata sunt sine dolo malo utique ea hic hodie rectissime intellecta sunt, illis legibus p. R. prior non deficiet.* Ähnliche Zusätze finden sich in der Auguralformel bei Varr. LL. VII, 2, 8: *arbor quirquir est, quam me sentio dixisse; ea conregione — — utique ea rectissime sensi,* ferner der Formel der Devovierung feindlicher Städte u. s. w. bei Macrob. Sat. III, 9, 10fg. — *ut omnes illam urbem Carthaginem exercitumque, quem ego me sentio dicere, fuga — compleatis; — — exercitumque hostium, urbes agrosque eorum, quos me sentio dicere — —. Si haec ita facitis ut ego sciam, sentiam intelligamque, tum* u. s. w. Auch die Formeln von *vota nuncupata* zeigen solche Zusätze, wie verschiedene Beispiele in den *tabulae frat. Arvalium* zeigen. Um sich wegen irriger oder unvollständiger Angaben zu salvieren, wurde bei Aufzählung der *adfines* eines Grundstücks in einem *instr. fiduciae* folgende Fassung gewählt: *adfines [f]undo dixit L. Baianius L. Titium et C. Seium et populum et si quos dicere oportet,* oder in dem *instr. donationis Statiae Irenes: monumentum quod est — — iuxta monumentum Claudii quondam Procli et si qui alii affines sunt,* zur Sicherung wegen Angabe eines falschen Namens des den Mancipationsgegenstand bildenden Sklaven in einem Kaufinstrumente der Siebenbürgischen Wachstafeln: *emit mancipioque accepit puerum Apalaustum sive is quo alio nomine est.* — Es lassen sich aber insbesondere solche auf das *sentire, intelligere* des Erklärenden abzielenden Zusätze nur in einseitigen Erklärungen, nicht in der Stipulation, nachweisen; es ist das ganz begreiflich, denn, wie Reservationen und Protestationen, so haben auch derartige Salvierungen nur in Bezug auf eigene Erklärungen der betreffenden Person Sinn, es kann jeder dadurch nur bestimmen, daß in dem und dem Sinn seine Erklärung verstanden werden solle. Wo aber, wie bei der Stipulation, der Akt aus zwei sich einander ergreifenden, sich zusammenschließenden Erklärungen besteht, ist es nicht möglich, das *sentire* oder *intelligere* der einen Partei, ohne Rücksicht auf das der anderen, zur Geltung zu bringen. Hier half man sich später durch Beifügung der *clausula doli,* wie das früher bei der Erörterung

der Stipulation gezeigt ist. Daß man auch bei Verbalakten anfing, nicht mehr so am Wort zu kleben, gehört einer späteren Entwicklung an, und es ist begreiflich, daß die freiere Richtung, welche auch bei formellen Dispositionen die *voluntas*, das *id quod actum est* gegenüber den *verba*, dem *scriptum* zur Geltung bringen wollte, auf hartnäckigen Widerstand stieß, ein Gegensatz, der in Ciceros Reden und philosophischen Schriften oft hervorgehoben wird.

Anders stand es bei den dem *ius gentium* angehörigen, formlosen Geschäften, insbesondere bei den *bonae fidei negotia*. Hier gab es keine vorgeschriebenen *verba*, die *voluntas*, welche sich nicht bloß in *verba* kundgegeben haben konnte, und in Ermangelung erkennbarer *voluntas*, die *natura negotii* entschieden, soweit nicht bei Realkontrakten durch die hingegebene *res* der Geschäftsinhalt mehr oder weniger fest begrenzt wurde, welche Begrenzung bei dem *mutuum* allerdings soweit ging, daß dieses Geschäft unter das *strictum ius* fiel. Bei den *bonae fidei negotia* lag die entgegengesetzte Gefahr vor, daß dem durch keine ausdrücklichen Bestimmungen gebundenen Ermessen des *iudex* ein zu weiter Spielraum gelassen war, infolgedessen ein untüchtiger *iudex* in seiner Entscheidung auch den nicht genügend klar kundgegebenen Willen der Parteien verfehlen und die *natura negotii* verkennen konnte. Die in älterer Zeit bei diesen Geschäften vorkommenden sehr speziellen Beredungen hatten den Zweck, dieser Gefahr vorzubeugen, bis sich dann durch die ständigen Wiederholungen solcher Beredungen aus ihnen ein Kern von allbekannten *naturalia negotia* herausgebildet hatte. Immer konnte aber auch bei den Verträgen des *ius gentium*, nicht der Wille und die Meinung einer Person, sondern nur die übereinstimmende beider zur Geltung kommen, ein Satz, auf dessen dogmatische Durchführung hier nun nicht weiter eingegangen werden kann.

Den Begriff der Rescissibilität bezw. der Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte kannte das Civilrecht noch nicht. Fehlte es dem faktisch vorgenommenen Geschäft an einem wesentlichen Erfordernis, so daß dem Begriff desselben nicht Genüge geschehen war, so war es nichtig. Verstieß es gegen ein durch Gesetz aufgestelltes Verbot, so war es, falls das Gesetz selbst es für diesen Fall nicht ausdrücklich für nichtig erklärt hatte, darum nicht nichtig, sondern es traf die Partei, welche das Gesetz übertreten, die von demselben angeordnete Strafe bezw. eine Verpflichtung zur Rückgängigmachung der vom Gesetz gemißbilligten Folgen des Geschäfts.

Das ius honorarium.

Erste Abteilung.

Allgemeiner Teil.

Rechtsfähigkeit nach *ius honorarium*.

§ 99. Das *ius honorarium* ist kein einheitliches Rechtsgebiet in dem Sinne, daß alle durch dasselbe geordneten Verhältnisse dieselbe Rechtsfähigkeit der Subjekte vorausgesetzt hätten. Schon der Gegensatz des Edikts des *praetor urbanus* und des des Peregrinenprätors läßt annehmen, daß nicht alle durch dieselben aufgestellten *actiones* u. s. w. dieselbe Rechtsfähigkeit voraussetzten. Es wird ja Bestimmungen gegeben haben, die beiden Edikten gemeinsam waren oder bezüglich deren etwa das Edikt des Peregrinenprätors auf das des *praetor urbanus* verwies. Aber es gab auch Bestimmungen, die dem einen oder anderen dieser Edikte, namentlich solche, welche dem des *praetor urbanus* eigentümlich waren: Verhältnisse, welche die römische Civität voraussetzten, während für andere die Rechtsfähigkeit des Peregrinen ausreichte. So sind also sowohl das *ius civile* im engern Sinne als auch das Peregrinenrecht durch die magistratischen Edikte fortgebildet worden. Der Sklave aber ist auch nach *ius honorarium* durchaus rechtsunfähig, wie das in den bekannten Worten Ulpians in l. 20 § 7 D. qui test. facere possunt 28, 1 ausgesprochen ist: — *cum iuris civilis communionem non habeat in totum, ne praetoris quidem edicti.* Vgl. auch l. 7 D. de lege Cornelia de falsis 48, 10 und l. 7 § 2 D. de cap. min. 4, 5: — *quia nec praetoria iurisdictione ita servus obligatur, ut cum eo actio sit.*

Begriff der *bona*.

§ 100. Wie der der Periode der Naturalwirtschaft angehörige Begriff der *familia pecuniaque* allmählich zurücktrat, wie unter dem Einfluß der Entwicklung der Geldwirtschaft der Vermögensbegriff eine Umbildung erlitt, ist früher an verschiedenen Stellen dargelegt.[1] Diese Umbildung tritt vor allem in dem prätorischen Begriff der *bona* hervor. Wie die *familia pecuniaque*, bilden auch die *bona* eine Einheit und verdanken, wie jene, diese Einheit ihrem Subjekt, und der Eintritt in die *bona* eines andern ist, ebenso wie der in die *familia pecuniaque*, ein Universalerwerb. Auch ist es nicht richtig, daß mit der Ausbildung des Begriffs der *bona* der Vermögensbegriff Selbständigkeit gegenüber der Persönlichkeit erlangt habe. Schon die *familia pecuniaque* folgt nicht in jeder Beziehung der Person. Das Schicksal des *caput* und der (sächlichen) *familia* kann ein verschiedenes

[1] Bd. II S. 359 f., 900.

sein. Die zweite *lex Valeria Horatia* verordnet nach Liv. III, 55, daß, wenn jemand die plebejischen Beamten verletzt habe, *eius caput Jovi sacrum esset, familia ad aedem Cereris Liberi Liberaeque venum iret.* *Caput* und *familia* verfallen also verschiedenen Gottheiten. Diejenige Selbständigkeit, welche die *bona* nach prätorischem Recht gegenüber der Person erhielten, war schon durch das *ius civile*, nämlich die *lex Poetelia*, vorbereitet. Sie soll nach Liv. VIII, 28 bestimmt haben: — *Pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset.* Von der Annahme ausgehend, daß das Gesetz hier den prätorischen Begriff der *bona* verwendet habe, kommt man zu der Konsequenz, es habe in dem Gebrauch dieses Ausdrucks eine Adresse an den Prätor gelegen: das Gesetz habe die Ausführung seines neuen Gedankens den Händen des Prätors überlassen. Zunächst ist es aber sehr zweifelhaft, ob der Bericht des Livius 8, 28 die Bestimmungen des Gesetzes wörtlich angiebt. Varro, welcher auch über den Inhalt des Gesetzes berichtet de L. L. 7, 5 § 106, sagt nichts den Worten des Livius *„pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset"* Entsprechendes. Es läßt sich nicht einmal sagen, daß Livius sie als dem Gesetz angehörend bezeichnen will. Es heißt bei ihm: *iussique consules ferre ad populum, ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur: pecuniae* u. s. w. Danach sind die Konsuln (im Senat) angewiesen, einen Gesetzesvorschlag einzubringen des Inhalts, *ne quis* u. s. w. Die Worte *pecuniae creditae* u. s. w. können zur Motivierung dieses Auftrags hinzugefügt sein, und Livius oder sein Gewährsmann mögen sich von den Begriffen ihrer Zeit aus des Ausdrucks *„bona"* bedient haben. Der Antrag und das Gesetz selbst können sich auf Beseitigung des *in compedibus aut in nervo teneri* und auf das Verbot für die Zukunft, *ne necterentur*, beschränkt haben. Daß schon damals ein Gesetz die Ausführung seiner Bestimmungen der prätorischen Jurisdiktion überlassen habe, wie es in der Kaiserzeit geschehen ist, scheint nicht glaublich. Sodann fand aber auch der Gesetzgeber den Begriff der *bona* keineswegs als einen fertigen vor, so daß in den Worten: *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset* einfach die Einführung einer vom Imperium des Prätors abhängigen reipersekutorischen Exekution in die *bona* hätte gefunden werden können. Es konnte, wenn es nicht ausdrücklich gesagt war, nur daraus gefolgert werden, daß die Gläubiger jetzt auf Grund des Gesetzes direkt die *familia pecuniaque* in Besitz nehmen und sich daraus befriedigen könnten. Die prätorische *bonorum venditio* kurzerhand mit der *lex Poetelia* in unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang zu bringen, ohne dafür andere Gründe als den Ausdruck des Livius zu haben, geht nicht an. Nach dem jüngeren Pontifikaledikt über die Haftung für die *sacra* soll viertens haften *de creditoribus eius qui plurimum servet.* Es ist bereits früher[1] gezeigt, daß die Festsetzung dieser Klasse aus einer Zeit stammen muß, in welcher die *bonorum venditio* noch nicht eingeführt war. Wenn man auch mit uns das jüngere Pontifikaledikt auf Tiberius Coruncanius zurückführt, so kommt man doch auf einen lange nach der *lex Poetelia* (428 a. u.) liegenden Zeitpunkt (500 a. u.), zu welchem die prätorische *bonorum venditio* noch nicht bestand. Auch die Anfänge der erbrechtlichen *bonorum possessio* können nicht bis in diese frühe Zeit zurückgeführt werden, in welcher noch die alte *usucapio pro herede*, deren Vollendung den Usukapienten zum *heres* machte, in voller Kraft bestanden haben wird. Daß die Ausbildung des juristischen Begriffs

[1] Bd. II S. 903.

der *bona* und die feste Verwendung des Ausdrucks *bona* dafür auch nicht im Handumdrehen erfolgt sein wird, zeigt sich äußerlich darin, daß statt des in der klassischen Zeit weit überwiegenden Namen *bonorum possessio* in früherer Zeit auch *hereditatis possessio* gebraucht wurde und vielleicht sogar der ältere ist. Ebenso, wie durch *familia pecuniaque* und *hereditas*, wird durch *bona* eine Einheit von Vermögensstücken bezeichnet. Als Einheit von Vermögensstücken können die *bona* nicht etwa Gegenstand einer Übertragung unter Lebenden sein, jedes einzelne Vermögensstück verlangt eine besondere Übertragung. Zu einer Einheit werden auch die *bona* nur durch ihr Subjekt zusammengehalten, und in diese Einheit kann ein anderes Subjekt nur dann eintreten, wenn das bisherige Subjekt durch den Tod weggefallen oder eine *capitis diminutio* erlitten, wie in den Fällen der *arrogatio* und der Manusbegründung. Ein Zweifel könnte aufkommen bezüglich der Universalsuccession des *bonorum emptor* im Konkurse. Aber wenn auch der verurteilte Schuldner später nicht mehr eine *capitis diminutio* erlitt, so blieb doch soviel davon zurück, daß ihn, wenn das Konkursverfahren bis zu einem gewissen Punkt vorgeschritten war, die Infamia, also doch eine Herabsetzung seiner Persönlichkeit, traf. Dem, welcher in die Einheit der *bona* eingetreten war, sei es durch Erteilung der *bonorum possessio* eines Verstorbenen, sei es als *bonorum emptor* im Konkurse, scheint zunächst ein Rechtsschutz nur gewährt zu sein bezüglich der Erlangung des Besitzes der einzelnen zu den betreffenden *bona* gehörigen körperlichen Sachen. Dies erklärt sich aus den Grenzen der Machtvollkommenheit des Prätors zu der Zeit, als zuerst der Begriff der *bona* sich in der prätorischen Rechtspflege geltend zu machen begann. Bezüglich der Bestandteile der *bona* wurde nicht mehr unterschieden zwischen *res mancipi* und *res nec mancipi*. Wie es schon das Wort *bona* andeutet, kommen sie alle nur in Betracht, sofern sie für das Subjekt ein Gut sind, ihm ein *commodum* gewähren. Ein Recht aber konnte der Magistrat nicht, wie die *Lex*, gewähren: er vermochte nur ein faktisches Verhältnis zu den *bona*, eine *possessio*, zu gewähren und dieses durch ein Interdikt zu schützen. Dem von ihm anerkannten Besitzer der *bona* als einer Einheit konnte er in Bezug auf die einzelnen zu den *bona* gehörigen Sachen ein *interdictum adipiscendae possessionis* gewähren: dem *bonorum possessor* ein *interdictum quorum bonorum*, dem *bonorum emptor* das *interdictum possessorium*, ferner dem *bonorum possessor* das *interdictum quod legatorum* gegen den Legatar, der ohne den Willen jenes Besitz von der legierten Sache ergriffen hat. Auch konnte er den Gläubigern zur Vorbereitung einer *bonorum venditio* eine *missio in bona* gewähren. Weiter aber reichte seine Macht zunächst nicht. Daß wir der Ansicht Leists, welcher die *ficticiae actiones* für einen Urbestandteil der *bonorum possessio* erklärt, nicht beistimmen können, wird sich später zeigen. Indessen die Triebkraft des Begriffs der *bona* mußte weiterführen. Die einzelnen Bestandteile der *bona* werden von den römischen Juristen nicht selbst als *bona*, sondern als *in bonis* befindlich bezeichnet. Nun sagt Ulpian in l. 49 D. de v. s. 50, 16: — *In bonis autem nostris computari sciendum est, non solum quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint. Aeque bonis adnumerabitur etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus.* Darnach ist der Umfang der zu den *bona* gerechneten Vermögensstücke ein sehr erheblicher. Ein Schutz der einzelnen dazu gerechneten Verhältnisse wird aber erst seit dem Aufkommen des Formularprozesses eingetreten sein: so der Schutz des sog. bonitarischen oder prätorischen Eigentums und der *bonae fidei possessio* durch die

Publiciana in rem actio, der des *ususfructus tuitione praetoris constitutus*, der Schutz des Pfandrechts durch die *actio Serviana* bezw. *quasi Serviana*, vorausgesetzt, daß die Sache zur Zeit der Verpfändung *in bonis* des Verpfänders war u. s. w. Immerhin ist eine gewisse Begrenzung durch den von Modestinus in l. 52 D. de a. r. d. 41, 1 ausgesprochenen Satz gegeben: *Rem in bonis nostris habere intellegimur, quotiens possidentes exceptionem aut amittentes ad reciperandam actionem habemus.* Danach wird jemand auch eine Sache, deren Besitz er vermöge eines *interdictum adipiscendae possessionis* erlangen kann, bezüglich deren er also ein *ius possidendi* geltend machen kann, als (wenigstens zunächst noch) zu seinen *bona* gehörig betrachten können. Ob aber auch der durch die *interdicta retinendae* und *recuperandae possessionis* geschützte Besitz als solcher, wenngleich sich an ihn ein Geldinteresse knüpfen kann, zu dem *in bonis* Befindlichem gerechnet sei, ist nirgends gesagt. Wie aber steht es mit den Forderungen und Schulden? Die ersteren gehören jedenfalls zu den Rechten, welche dem Berechtigten ein *commodum* gewähren, und es soll doch als *in bonis* befindlich gelten, *si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus.* Die Schulden aber gewähren kein *commodum*, sondern ein *incommodum.* Wenn man aber bei dem Begriff der *bona* die dazu gehörigen Rechte aus dem Gesichtspunkte auffaßte, daß sie dem, der in die *bona* eintrat, ein *commodum* gewährten, so war es nur konsequent, wenn man die von den *commoda* nicht trennbaren *incommoda*, welche ihn auch trafen, zu dem *universum ius* rechnete, in welches er eintrat. Dieses *universum ius* umfaßt *commoda* und *incommoda*, Vermögensrechte und Schulden. Die Vorstellung ist nicht mehr die, daß die Schulden an der Einheit der Vermögensrechte haften, sondern daß sie einen Teil des *universum ius* bilden. L. 3 pr. D. bon. poss. 37, 1: *Bona autem hic, ut plerumque, solemus dicere universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui suscipiturque eius rei commodum et incommodum: nam sive solvendo sunt bona sive non sunt, sive damnum habent sive lucrum — — in hoc loco proprie bona appellabuntur.* Von hier aus konnte sich auch erst die Vorstellung bilden, *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno.* Gehören die Schulden nicht zum Vermögen, sondern haften, kleben sie nur daran, wie die *sacra*, so fehlt es an der Grundlage für jene Vorstellung; man wird nicht gesagt haben: *Familia pecuniaque non intelligitur nisi deducto aere alieno.* Erst wenn man die *incommoda* ebenso wie die *commoda* zu den *bona*, zu dem *universum ius* rechnet, drängt sich von selbst die Vorstellung auf, daß als *bona* im ökonomischen Sinne nur gelten könne, was nach Abzug der *incommoda* von den *commoda* übrig bleibe. Nur innerhalb des auch die *incommoda* umfassenden *universum ius* kann durch einfache Rechnung der Betrag der *bona* im engeren Sinne hergestellt werden. Nur wenn die Schulden als Bestandteil der *bona* angesehen werden, sind Ausdrücke zutreffend, wie z. B. der der l. 15 C. de legat. 6, 37: — *Quodsi deducto debito in relictis bonis superfluum est* u. s. w. Wollen die Römer nur die Aktiven bezeichnen, z. B. bei dem *beneficium competentiae*, so gebrauchen sie Ausdrücke wie *facultates* oder *in quantum facere potest.*

So hat sich also der Begriff der Universalsuccession im prätorischen Recht freier und voller ausgebildet, als im alten Civilrecht, und hat das wieder auf civilrechtliche Begriffe, wie den der *hereditas*, zurückgewirkt. Nirgends zeigt sich jener Gegensatz des prätorischen Rechts zum alten Civilrecht deutlicher, als in den Fällen, in welchen das Vermögen einer *sui iuris persona* infolge einer mit einer Arrogation oder einer *in manum conventio* verbundenen *capitis deminutio*

minima auf den nunmehrigen Gewalthaber übergeht. Hier ist nach Civilrecht mit dem Untergang der (sächlichen) *familia* des *capite deminutus* der Untergang der Schulden verbunden. Das prätorische Recht, davon ausgehend, daß in den *bona* auch die Schulden enthalten sein sollen, läßt es bei jenem Untergange nicht bewenden: es gewährt gegen den *capite deminutus* oder die *capite deminuta* eine *utilis actio rescissa capitis deminutione,* und wenn der Gewalthaber gegenüber solcher Klage ihre *defensio* nicht übernimmt, so gestattet der Prätor den Gläubigern: *quae bona eorum futura fuissent, si se alieno iuri non subjecissent universa vendere.* Kurz: in den *bona* sollen auch die Schulden des *capite deminutus* auf den Gewalthaber mit übergehen. Bei der *bonorum possessio* war eine solche künstliche Manipulation nicht erforderlich, da durch den Tod auch nach Civilrecht die auf dem Vermögen haftenden Schulden nicht untergingen. Desgleichen Hilfsmittels bediente sich die prätorische Jurisdiction, um die früheren *sui,* welche durch *capitis diminutio* aus der *familia* ihres Vaters ausgeschieden waren, zur *bonorum possessio contra tabulas* und der *intestati* mit den *sui* zuzulassen: der Prätor rescindiert *eorum capitis deminutionem* und läßt sie zur Succession in die *bona* mit zu, vorausgesetzt, daß sie bereit sind, ihre nach der *capitis deminutio* erworbenen *bona* mit zur Teilung zu bringen. Hier wird die Succession in die *bona* unabhängig gemacht von der civilrechtlichen Stellung in der *familia.*[1]

Actio und *iudicium.*

§ 101. Die historische Erörterung der Frage, in welchem Verhältnisse die Begriffe *actio* und *iudicium* zu einander stehen, in ihrem vollen Umfange liegt nicht innerhalb des Rahmens des Rechtsgebiets, mit dessen Darstellung wir uns hier beschäftigen: sie gehört der historischen Entwicklung des römischen Civilprozesses an. Schon hier ist es jedoch von Interesse, soweit möglich, den Sprachgebrauch des Edikts zu konstatieren. Jedenfalls in den Anfängen ihrer edicierenden Thätigkeit mußten die Prätoren an die bereits vorhandenen civilrechtlichen Begriffe und deren Bezeichnungen anknüpfen. *Actio* war die Bezeichnung für den auf das vorgefundene Civilrecht sich gründenden Anspruch. Als es durch die Äbutische Prozeßreform in die Hand des Prätors gelegt wurde, für den bisher sich unmittelbar auf *lex* bezw. *mores* gründenden Anspruch vermöge seiner Jurisdiktion diese *actio* erst zu gewähren, da erschien es selbstverständlich nicht als nötig, daß er in seinem Edikt die Gewährung solcher *actiones* im voraus entspreche.[2]

Nur wenn der Magistrat aus besonderen Gründen von allgemeinerer Bedeutung vorkommenden Falls eine im Civilrecht begründete *actio* versagen wollte, war er veranlaßt, dies im voraus im Edikt anzukündigen. So heißt es

---

[1] Vgl. die bei Fein, Recht der Kollation S. 2 ff. angeführten Stellen.

[2] Schon in meiner Schrift: Der römische Civilprozeß z. Zeit der Legisaktionen (1872) habe ich S. 378 A. 1 ausgesprochen: „Es scheint, daß für die *actiones legitimae* nur die Schemata der Formeln aufgenommen wurden. Ein allgemeines Versprechen, eine *actio* oder ein *iudicium* gewähren zu wollen, wie es bezüglich der prätorischen Klagen gegeben wird (*iudicium dabo*), erschien bei jenen als überflüssig." Dadurch, daß das Formelschema im Edikt proponiert war, hatte der Prätor genügend seine Absicht angedeutet, die *actio* vorkommenden Falls zu gewähren. Ein besonderes verheißendes generelles Edikt hätte nur das Verhältnis des Prätors zum Civilrecht verdunkelt.

in dem in l. 7 D. de iureiurando 12, 2 mitgeteilten Ediktsstück: *Eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo,* und in l. 25 D. de reb. auct. 42, 5: *Ait praetor: Quod postea contractum erit quam is, cuius bona venierint, consilium receperit fraudare sciente eo qui contraxerit, ne actio eo nomine detur* (vgl. auch die Rubrik des tit. D. 44, 5: *quarum rerum actio non datur*). Aber schon aus dem *actionem non dabo* geht doch hervor, daß das auch für die im Civilrecht begründete *actio* erforderliche Gewähren derselben durch den Inhaber der Jurisdiktion als *actionem dare* bezeichnet wird, wenngleich es nicht im voraus im Edikt versprochen wurde. Bevor nun auf einige andere Stellen eingegangen werden kann, in denen ein *actionem dare* im Edikt erwähnt wird, muß folgendes vorausgeschickt werden. Zwischen den auf das *ius civile* sich stützenden Klagen und den ganz neuen durch die magistratische Jurisdiktion aufgestellten Klagegebilden stehen gewisse in der Mitte, welche sich an eine vorhandene civilrechtliche *actio* anlehnen, insbesondere die *actiones ficticiae.* Da diese Ansprüche, wenn auch sich an civilrechtliche *actiones* anlehnend, im Civilrecht nicht begründet waren, so wurde ihre Gewährung durch ein allgemeines Edikt im voraus versprochen, und finden wir in auf solche Klagen bezüglichen Edikten nicht die Worte *actionem dabo*, sondern *iudicium dabo*, so in dem auf die *Publiciana* sich beziehenden Edikt in der l. 1 pr. D. de Public. 6, 2 und in l. 2 § 1 D. de capite minutis 4, 5. Gerade aber bezüglich solcher Ansprüche scheint schon im Edikt der alte Sprachgebrauch nicht streng festgehalten zu sein. Wir finden Beispiele davon, daß in Fällen, in welchen eine civilrechtliche Klage mit einer prätorischen Modifikation gegeben wird, das Wort *actio* gebraucht wird. So heißt es in dem in l. 2 pr. D. quod cum eo 13, 5 erhaltenen Ediktsstück: *In eum, qui emancipatus aut exheredatus erit — — eius rei nomine, quae cum eo contracta erit, cum in potestate esset — — actionem causa cognita dabo in quod facere potest.* Die civilrechtliche *actio* erlitt hier eine Modifikation durch den auf das *quod facere potest* sich beziehenden Zusatz, aber da diese Modifikation nicht die *intentio*, sondern nur die *condemnatio* betraf, so wurde unbedenklich im Edikt *actionem dabo* gesagt. Ebenso heißt es in dem Edikt *de defendendo eo, cuius nomine quis agit,* welches in l. 33 § 3 D. de procurat. 3, 3 erhalten ist, folgendermaßen: *Cuius nomine quis actionem sibi dari postulabit, is eum viri boni arbitratu defendat* u. s. w. Der prozessualische Vertreter entlehnte die *intentio* aus der Person des zu Vertretenden, und die *condemnatio* wurde auf seine Person verstellt. Da die civilrechtliche *intentio* unverändert blieb, so wird das Begehren einer solchen Klage seitens des Vertreters unbedenklich mit den Worten bezeichnet: *cuius nomine actionem sibi dari postulabit.* — Weiter kommt in dem Edikt *de inspiciendo ventre,* welches in l. 1 § 10 D. de insp. v. 25, 4 überliefert ist, folgender Passus vor: — *„quas utique actiones me daturum polliceor his quibus ex edicto meo bonorum possessio data sit, eas, si mihi iusta causa videbitur esse, ei non dabo“.* Es handelt sich hier um die *actiones* des Erblassers, welche für und gegen den *bonorum possessor* mit der Fiction *„si heres esset“* gegeben wurden (Gai. IV, 34). Das sind immer noch Klagen mit einer Art *iuris intentio* (*ficto se herede intendit* u. s. w.). Daraus, daß diese Klagen sich an civilrechtliche Klagen anlehnten, erklärt es sich, daß hier auch im Edikt in Bezug auf sie der Ausdruck: *„actiones me daturum polliceor“* vorkommt. Zu beachten ist dabei noch, daß dieses Edikt mit seinen ängstlichen Vorschriften, welche den Verdacht einer Kindesunterschiebung ausschließen sollen, wohl kaum noch der

republikanischen Zeit, sondern erst der Kaiserzeit angehört, so daß ein Nachlassen an der Strenge des alten Sprachgebrauchs auch dadurch erklärlich werden würde. — Auch in der Anhangsklausel zu dem *interdictum de superficibus* in l. 1 pr. D. de superfic. 43, 18 heißt es: *si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.* Für die Wahl des Ausdrucks „*actio*" in dieser gewiß auch nicht alten Anhangsklausel werden verschiedene Gründe maßgebend gewesen sein. Einmal sollte ein Ausdruck gewählt werden, der das Interdikt mit umfaßte (*si qua alia actio d. s. p.*). Sodann ist auf Grund dieser Klausel gewiß nicht bloß eine der *rei vindicatio* analoge Klage gewährt, wie es nach l. 1 § 3 D. h. t. scheinen möchte, sondern auch gar manche andere zunächst zum Schutz des Eigentums bestimmte *actio* und andere Rechtsmittel, wie *operis novi nuntiatio* und *cautio damni infecti*, wie das bekannt und an anderer Stelle näher dargelegt ist. Das Wort *actio* ist hier in einem allgemeinen, alle solche möglicherweise zu gestattenden Rechtsmittel umfassenden Sinne zu nehmen.

Eine andere Bewandtnis hat es mit dem in l. 3 pr. D. de sepulchro violato 47, 12 überlieferten Edikt: *Cuius dolo malo sepulchrum violatum esse dicetur, in eum in factum iudicium dabo* u. s. w., *si nemo erit, ad quem pertineat, sive agere nolet: quicumque agere volet, ei centum aureorum actionem dabo. si plures agere volent, cuius iustissima esse videbitur, ei agendi potestatem faciam. si quis in sepulchro dolo malo habitaverit aedificiume aliud, quamque sepulchri causa factum esse habuerit: in eum, si quis eo nomine agere volet, ducentorum aureorum iudicium dabo.* Wir fragen, ob es glaublich ist, daß das Edikt in so gleichgültiger Abwechslung *actionem dabo* und *iudicium dabo* gesagt habe. Handgreiflich ist hier ja die Interpolation des *ducentorum aureorum* anstatt der ursprünglich gesetzten Sestertien. Dabei kann ja nun leicht in die eine Stelle statt des ursprünglichen *iudicium* das *actionem* mit hineingeraten sein.

Nicht zur Bestimmung des Sprachgebrauchs des Edikts bezüglich der Worte *actio* und *iudicium* kann das in l. 10 pr. D. 42, 8 überlieferte Formular des *interdictum fraudatorium* benutzt werden, welches den Passus enthält: *si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esseve oportet.* An anderer Stelle ist gezeigt, daß die Stelle gerade in diesem Passus interpoliert ist und das Wort *actio* in dieser Konstruktion nicht enthalten haben kann, so daß überhaupt kein Verlaß darauf ist, ob der ursprüngliche Text an dieser Stelle das Wort *actio* gebrauchte. Auch in dem in l. 1 pr. D. quae in fraudem 42, 8 überlieferten Ediktsstück finden sich die Worte: — *vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum — actionem dabo.* Aber auch dieses Edikt ist nicht frei von einer Interpolation, wie an anderer Stelle zu zeigen, und daher zum Zweck der Feststellung des Sprachgebrauchs des Edikts nicht zu verwenden.

Die überlieferten Edikte aber, welche unter bestimmten angegebenen Voraussetzungen die Niedersetzung eines *iudicium* versprachen (*iudicium dabo*), sind durchgängig solche, welche eine im alten Civilrecht noch nicht begründete Klage versprechen. Thut nun der Magistrat etwas absolut Verschiedenes, indem er *actionem dat* oder *iudicium dat*? Gewiß nicht: indem er *actionem dat*, nimmt er auch ein *iudicium dare* vor, er giebt ein *iudicium* für einen Anspruch, der bereits im alten Civilrecht begründet ist. Mag sein, daß das eine mehr vom Standpunkt des Klägers, das andere mehr vom Standpunkt des Magistrats gesagt ist. Genug: ein *dare* oder *constituere actionem* ist ein *dare iudicium*, wenn auch

nicht jedes *dare iudicium*, wenigstens nach dem Sprachgebrauch des Edikts, ein *dare actionem* ist.• Zur Zeit der Legisaktionen gewährte die *lex* selbst einen *modus agendi*, einen *modus*, um für den betreffenden Anspruch zu einem *iudicium* zu gelangen. Nach Aufhebung der Legisaktionen gewährt der Magistrat auch für bisher durch *legisactio* verfolgbaren Anspruch das *iudicium*.[1] Das *iudicium dare* des Magistrats enthält zweierlei: die Bestellung des *iudex* bezw. der *recuperatores* für die Sache und die Anweisung an dieselben, unter welchen Voraussetzungen sie verurteilen sollen, wie denn ja zuweilen in dem Gesetzesstil das *iudicem dare* und *iudicare iubere* noch unterschieden wird. Das *iudicium dare* hat also nicht bloß die prozeßrechtliche Bedeutung des *iudicem dare*, der Einsetzung eines Gerichts in diesem Sinne, sondern auch die materiell-rechtliche Bedeutung der Durchführung des Anspruchs in diesem Gericht, vorausgesetzt, daß die bezeichneten Voraussetzungen desselben sich dem *iudex* bewähren werden. Ein *iudicium* wird nicht gegeben ohne einen materiellen Inhalt, der *in iudicium venit*. Das tritt ja äußerlich sehr klar hervor in Stellen, welche das materielle Ziel des *iudicium* bezeichnen, wenn z. B. gesagt wird, daß ein *iudicium in octuplum, in quadruplum* gegeben werden solle.

In den die Gewährung eines andern, an eine civilrechtliche *actio* sich nicht anlehnenden *iudicium* verheißenden Edikten waren natürlich kurz schon die relevanten Thatsachen bezeichnet, an welche der Prätor demnächst bei der Gewährung des *iudicium* den Kondemnationsbefehl anzuknüpfen gedachte, aber doch nicht so, daß dadurch die Aufstellung einer Normalformel unter dem verheißenden Edikt überflüssig gemacht wäre. Ist diese Regel aber eine ausnahmslose? Wir finden einige Fälle überlieferter Edikte, in welchen der Ausdruck *in factum iudicium dabo* gebraucht ist. Die betreffenden Digestenstellen sind l. 5 § 6 D. de his qui effuderiut 9, 3: — *qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum iudicium dabo.* — L. 9 pr. D. de rebus auct. iud. poss. 42, 5: — — *de ea re iudicium in factum dabo.* L. 1 pr. D. ne vis fiat 43, 4: — *in eum in factum iudicium, quanti ea res erit, ob quam in possessionem minus erit, dabo.* L. 3 pr. D. de sepulchro violato 47, 12: — — *in eum in factum iudicium dabo, ut ei, ad quem pertineat, quanti ob eam rem aequum videbitur, condemnetur.*

Warum sagt hier der Prätor: *in factum iudicium dabo* und nicht einfach: *iudicium dabo*? Der Sinn kann doch nicht der sein, daß das *iudicium* nicht *in ius*, sondern *in factum* konzipiert sein solle. Abgesehen davon, daß das selbstverständlich wäre, rühren doch die Ausdrücke: *in ius* oder *in factum conceptum iudicium* in diesem Sinne ohne Zweifel nicht aus dem Edikt, sondern von der Jurisprudenz her. Meines Erachtens hat Bekker[2] hier das Richtige erkannt. Er äußert die Vermutung, daß hier mit den Worten: *in factum iudicium dabo iudicia* ohne feste Formel (ohne Aufstellung einer typischen Formel im Edikt) bezeichnet wurden. Versprochen wird hier durch das Edikt die Gewährung eines *iudicium*, aber die Konzeption desselben soll im einzelnen Fall (*in factum*) geschehen. Dafür spricht, daß im Edikt selbst die Voraussetzungen der Ge-

[1] Daß nur „*iudicium dare*" und nicht „*actionem dare*" ursprünglich die technische Bezeichnung für die magistratische Gewährung von schon nach Civilrecht begründeten *actiones* gewesen sei, halte ich nicht für bewiesen, doch kann an dieser Stelle nicht darauf eingegangen werden.

[2] Die Aktionen des röm. Privatrechts II, S. 149 A. 28. Ihm stimmt zu Erman, *Conceptio formularum; actio in factum* u. s. w. S. 51 A. 3.

währung und der Inhalt der *condemnatio* so genau angegeben werden, daß die Aufstellung einer Normalformel keinen Sinn hätte, da dieselbe nur eine einfache Wiederholung der Ediktsworte sein könnte. Was hier noch für die Formel zu konzipieren war, sollte eben der Konzeption für den konkreten Fall überlassen bleiben. Es bieten denn auch die Kommentare der Juristen zu den oben in Bezug genommenen Edikten gar keine Anhaltspunkte für die Rekonstruktion einer im Edikt aufgestellten Normalformel; sie hätten bloße Umschreibungen des Edikts sein können.[1] Man vergleiche namentlich die Fassung des in L. 3 pr. D. de sep. v. 47, 12 überlieferten Edikts: — *ut ei, ad quem pervenerit, quanti ob eam rem aequum videbitur, condemnetur.* Was hätte bei einer so genauen Angabe der in die *formula* aufzunehmenden *condemnatio* noch die Aufstellung einer Normalformel genützt?

Mag die Unterlassung der Aufstellung einer typischen Formel im Anschluß an ein *iudicium* verheißendes Edikt auch nicht häufig gewesen sein, so werden doch die uns mit den Worten: *in factum iudicium dabo* überlieferten Fälle schwerlich die einzigen gewesen sein. Den Juristen ist ja der Gebrauch des Ausdrucks *in factum actio* für eine dem einzelnen Fall anzupassende Klage bekanntlich etwas ganz Geläufiges, und sie werden dafür wohl mehr Anhaltspunkte im Edikt selbst gehabt haben, als uns noch zu Gebote stehen. Es ist gewiß nötig, die Ediktsüberreste genauer, als es bisher geschehen, darauf zu prüfen, ob sich ihnen immer die Aufstellung eines Normalschema angeschlossen habe; denn die Worte *in factum* vor oder nach *iudicium* können wohl einmal weggelassen oder gestrichen sein.

Verhältnis der *actiones* mit subjektiver Umstellung zu den *actiones utiles*.

§ 102. In unseren Quellen besitzen wir leider keine Erörterung des Begriffs der *actiones utiles*, und so besteht denn bezüglich des Umfangs dieses Begriffs eine Ungewißheit, welche man sich, zum Schaden für die Aufklärung mancher dunkeln historischen Frage, gar nicht einmal gehörig klar macht. Unzweifelhaft ist, daß zu jenen *actiones* außer denen, welche durch Einrückung einer Fiktion einer *directa* nachgebildet sind, auch solche gehören, welche durch sonstige Formelveränderung: Zusatz, Weglassung, Änderung von Formelworten *ad exemplum* einer *directa actio*, für andere, nicht unter die *directa* gehörige Fälle adaptiert, accommodiert, brauchbar gemacht sind. Schon nicht so sicher ist es, ob auch solche *in factum* concipierte Klagen, welche nicht durch Formelveränderung, sondern nur durch analoge Anwendung des einer vorhandenen *actio* zu Grunde liegenden Gedankens für neue Fälle aufgestellt sind, als *actiones utiles* bezeichnet seien. Darf man dies nun auch meines Erachtens im allgemeinen nicht leugnen, so besteht doch im einzelnen ein Zweifel, ob wirklich die neue *actio* der Formel nach eine ganz neue oder doch nur eine mit abgeänderter Formel sei: ein Zweifel, der wegen unserer mangelhaften Kenntnis der Formeln wohl nie ganz zu heben sein wird. Größtes Bedenken aber muß

[1] Vgl. Lenel, *Edictum* S. 134, 181. Lenel scheint die Worte: „*positum habuisse*" in l. 5 § 12 D. de his qui eff. 9, 3 für der Formel entnommen zu halten, aber mit Unrecht. In § 10 steht: *Positum habere etiam is recte videtur* u. s. w. Im Edikt selbst steht: *id positum habeat.* Diese Ediktsworte, nicht Formelworte, werden von Ulpian, wenn auch nicht in genauer Fassung, in Bezug genommen und erläutert.

es erregen, daß auch die Klagen mit subjektiver Umstellung der *condemnatio* zu den *actiones utiles* gerechnet werden.[1] Es fehlt für solche Annahme meines Wissens an Belegen. Wäre sie richtig, so müßten auch die Klagen der Kognitoren und Prokuratoren und gegen dieselben, es müßten die *actiones adjecticiae qualitatis* zu den *actiones utiles* gerechnet sein, wofür es an jedem Beweise fehlt. Den historischen Ausgangspunkt der Klagen mit subjektiver Umstellung bieten die Klagen der prozessualischen Stellvertreter und gegen dieselben. Handelte es sich um Übertragung von *actiones* von den ursprünglich Berechtigten auf andere, so ist es fast als ein in verschiedenen Fällen immer wieder hervortretendes Gesetz zu bezeichnen, daß man in der vorsichtigen römischen Weise zunächst eine Klage mit subjektiver Umstellung der *condemnatio* und demnächst erst eine *utilis actio* gewährte. Die *actio* mit Umstellung der *condemnatio* bleibt eine fremde Klage, wenn auch durch die Umstellung der *condemnatio* die Geltendmachung einem andern übertragen ist, die *utilis actio* dagegen ist eine eigene Klage dessen, dem sie gegeben wird, ein *actio suo nomine*. Es wird sich zeigen, daß in den verschiedenen hier in Betracht kommenden Fällen die Klage mit subjektiver Umstellung die ältere, die *utilis actio* die jüngere ist, welche den vorgeschritteneren Standpunkt bezeichnet. So verhält es sich meines Erachtens zunächst mit den *actiones*, welche dem *bonorum emptor* und gegen ihn gewährt wurden, der *Rutiliana* und *Serviana*. Nach der gewöhnlichen Annahme soll die *Rutiliana actio* dem *emptor* der *bona* eines Lebenden und gegen denselben gegeben sein, die *Serviana* soll für den selteneren Fall einer *mortui b. emptio* eingeführt sein. Dazu will nicht recht stimmen, daß Gaius IV, 35 von der *Rutiliana* sagt: *sed interdum et alio modo agere solet*. Danach scheint die *Rutiliana* gegenüber der *Serviana* nicht die häufiger zur Anwendung kommende gewesen zu sein, was auffällig wäre, wenn die letztere nur für den doch selteneren Fall der *mortui b. emptio* eingeführt wäre. Das Anwendungsgebiet der beiden *species actionis* steht nicht fest. Die *Rutiliana actio*, die mit Umstellung der *condemnatio*, war die ältere, aufgestellt von *P. Rutilius, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur*. Mit der *Rutiliana* war aber der Gedanke der Universalsuccession des *bonorum emptor*, der Übergang der Klagen des Kridars auf den *bonorum emptor* noch nicht durchgeführt. Sie paßte auch nicht für den Fall des Verkaufs eines insolventen Nachlasses, für welchen man es zunächst bei dem älteren roheren Konkursverfahren belassen haben mag. Erst mit der Aufstellung der *Serviana actio*, mit welcher der *bonorum emptor ficto se herede agit*, wurde jener Gedanke konsequent durchgeführt. Die *Serviana*, nicht die *Rutiliana*, war ein *utilis actio*. Neben ihr wurde aber der ältere *modus agendi* beibehalten.

Wäre aber auch die Annahme richtig, daß die *Serviana actio* im Fall der *venditio* der *bona* eines Lebenden keine Anwendung fand,[2] so würde doch zu behaupten sein, daß der Unterschied zwischen den beiden *species actionis* kein bloß formeller war. Mit der *Rutiliana actio* machte der *bonorum emptor* immer ein fremdes Recht, das des Kridars, geltend, mit der *Serviana actio* eines, welches durch die Universalsuccession, wenn auch nur nach prätorischem Recht, sein eigenes geworden war.

[1] Es möge hier nur Keller, Civilpr. 6. Ausg. S. 468 ff. angeführt werden.

[2] Dafür, daß sie auch bei der *venditio* der *bona* eines Lebenden stattfand, spricht die ganze Lage des Kridars, der *bonorum venditio* erlitten. Es wird einem *mortuus* verglichen (§ 7 J. de societate III, 25. L. 65 § 12 D. pro socio 17, 2. Cic. pro Quinct. 15).

dictio furtiva neben der *actio furti*. Wo ein anderer, als der Eigentümer, der durch das *furtum* Verletzte ist, hat auch später noch die *actio furti* den alten Charakter, daß sie in dem *duplum*, worauf sie geht, auch den Ersatz des verletzten Vermögensinteresses enthält. Aber beides, Strafe und Ersatz des Vermögensinteresses, wird in der alten *poena* nicht unterschieden: die *poena* ist Abschätzung der dem Verletzten widerfahrenen Kränkung.

Es giebt, auch abgesehen von den Klagen, welche *post annum in simplum* gehen, Pönalklagen, welche *perpetuae* sind.[1] Dies hat seinen Grund bei einigen darin, daß schon im Civilrecht in diesen Fällen Klagen gegeben waren, diese Klagen also, wenn sie auch keine *intentio in ius concepta* hatten, doch an die Stelle jener getreten sind. Bezüglich einer Klage sagt dies Gaius IV, 111: — *furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius praetoris iurisdictione proficiscatur. perpetuo datur; et merito, cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit.* Doch möchte man es gerade bei dieser bezweifeln und ihre Eigenschaft als *perpetua* eher auf den andern gleich anzugebenden Grund zurückführen. Andere Klagen dieser Art sind aber die *actio rationibus distrahendis* und die *actio arborum furtim caesarum*.[2] In anderen Fällen wollte der Prätor dadurch, daß er die *actio poenalis* als *perpetua* gewährte, eine größere Strenge üben: so schon, wenn er nach Ablauf des *annus* die Klage doch auf das *simplum* gewährte, ferner bei der *actio de effusis et dejectis*,[3] der *actio de servo corrupto*,[4] der *actio in factum adversus nautas*,[5] der *actio* aus dem *depositum miserabile* gegen den Depositar selbst,[6] der *actio si quis mortuum inferre prohibitus est*.[7] Da in der *poena* immer, mag sie in dem *simplum* oder in einem Mehrfachen bestehen, ein dem Delinquenten angedrohtes Übel liegt, eine Buße, auf welche der, dessen Vermögenssphäre durch jenes Attentat betroffen wurde, einen Anspruch hat, so geht der Anspruch zwar auf den, der in die verletzte Vermögenssphäre als Erbe eingetreten ist, über, dagegen der unschuldige Erbe des Delinquenten tritt in die entsprechende Verpflichtung nicht ein. Dieser Nichteintritt des Erben in die Strafverpflichtung beruht schon auf einer *civilis constitutio*,[8] die nur auf die honorarischen Deliktsklagen auch angewandt ist. Anders steht es mit der Beschränkung der Pönalklagen auf ein Jahr, welche dem Civilrecht nicht bekannt ist und ja auch bei honorarischen Pönalklagen, wie wir sahen, keineswegs ausnahmslos ist. Wenn Gaius IV, 110 sagt, der Prätor gewähre die *actiones, quae ex propria ipsius iurisdictione pendent, plerumque intra annum*, so ist damit über den Grund, aus welchem er diese Klagen nur *intra annum* gewähre, gar nichts gesagt. Auch aus l. 7 § 6 D. nautae 4, 9 von Ulpian: *Haec iudicia quamvis honoraria sunt, tamen perpetua sunt* kann man nichts über den Grund der zeitlichen Beschränkung entnehmen, sondern es ist mit den Worten nur gemeint, daß die *iudicia hono-*

---

[1] L. 1 § 23 D. de tutelae et rat. d. 27, 3: *Hanc actionem sciendum est perpetuam esse.*

[2] L. 7 § 6 D. arb. furtim caes. 47, 7: *Haec actio etiamsi poenalis sit, perpetua tamen est.*

[3] L. 5 § 5 D. de his qui effuderint 9, 3: *Haec autem actio, quae competit de effusis et dejectis, perpetua est — — sed si libero nocitum sit, ipsi perpetua erit actio: sed si alius velit experiri, annua erit haec actio.*

[4] L. 13 D. de servo corrupto 11, 3: *Haec actio perpetua est, non temporaria.*

[5] L. 7 § 6 D. nautae caupones 4, 9.

[6] L. 18 D. depositi 16, 3.

[7] L. 9 D. de re religiosis 11, 7. Auch bei der verschärften Gestalt des *interd. de vi*, dem *de vi armata*, fällt, im Gegensatze zu dem *interdictum vulgare*, der Zusatz „*in hoc anno*" weg. Cic. ad famil. XV, 16, 3.

[8] L. 1 pr. D. de priv. d. 47, 1.

raria in ihrer Mehrzahl nicht *perpetua* seien, wie auch Gaius sagt, daß sie *plerumque intra annum* gegeben würden. Etwas näher auf den Grund der zeitlichen Begrenztheit vieler *actiones honorariae* geht der von Paulus in l. 35 pr. D. de o. e. a. 44, 7 berichtete Ausspruch des Cassius ein. Nach diesem werden auch *post annum* die *honorariae actiones* gegeben, *quae rei persecutionem habeant.* Die *ceterae*, also die, *quae non rei persecutionem habeant*, würden nur *intra annum* gegeben. Die, *quae rei persecutionem continent*, definiert dann Paulus als diejenigen, *quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest.* Darunter versteht er nur solche *actiones*, mit welchen vorhandene, wenn auch nur im Edikt anerkannte, Vermögensrechte verfolgt werden, mögen sie nun auf Herausgabe der betreffenden Vermögensstücke bezw. auf Erfüllung oder auf Ersatz gehen; nicht aber versteht er darunter (welches Irrtums ihn Savigny[1] bezichtigt) auch die sogenannten einseitigen Strafklagen, also die durch Delikt erst entstandenen Ersatzforderungen. Diese werden in genauerer Charakterisierung nicht einfach als solche bezeichnet, *quae rei persecutionem habent*, sondern sie werden, wenn auch gesagt ist, daß sie *ad rei persecutionem pertinent*, doch gleichzeitig ihrem Grunde nach näher charakterisiert als solche, die *factum puniunt* oder *poenae nomine concipiuntur* u. dergl.[2] — Das Wesen der *poena* ist von Savigny nicht richtig aufgefaßt, wenn er sie nicht nach ihrem Grunde, sondern nach ihrem äußerlichen Resultat dahin definiert, daß durch sie der Verletzer unfreiwillig ärmer, der Verletzte um ebensoviel reicher werden, also eine Veränderung des Vermögens auf beiden Seiten bewirkt werden solle. Diese Auffassung nötigt dazu, die aus Delikten entspringenden Klagen, welche dem Verletzten eine Entschädigung verschaffen, für solche zu erklären, die nur für den Beklagten Strafnatur haben, und den Römern, welche die Erben des Delinquenten nicht in die Verpflichtung zur Entschädigung eintreten lassen, eine irrige Verwechselung der Entschädigung mit der davon wesentlich verschiedenen Strafe aufzubürden.[3] Nicht das äußere Ziel, worauf die Klage gerichtet ist, ob auf ein Einfaches oder Mehrfaches, entscheidet über den Charakter der Klage als einer *poenalis*, sondern der Grund,[4] die verbotene Handlung: also nicht die Fassung der *condemnatio* der Klage, sondern die *intentio*, in welcher die verbotene Handlung bezeichnet wurde, wie dies auch verschiedene Aussprüche der römischen Juristen klar genug andeuten (vgl. l. 9 § 1 D. quod falso tutore 27, 6: — *quoniam et factum puniunt et in dolum concipiuntur*, l. 9 § 8 D. de reb. auct. iud. 42, 5: — *cum ex delicto nascatur poenaeque nomine concipiatur* —). Nur aus dieser Gleichartigkeit der von Savigny als einseitige bezeichneten Strafklagen mit den zweiseitigen kann erklärt werden, daß sie im wesentlichen denselben Regeln unterliegen, daß sie also in der Regel nur *intra annum* gegeben werden, daß sie auf die Erben des Delinquenten nicht übergehen (denn, sofern der Erbe das, worum die Erbschaft durch das Delikt des Erblassers bereichert ist, herausgeben muß, ist die Klage gegen ihn keine Strafklage, und Grund dieser Verpflichtung ist nicht das Delikt des Erblassers), daß sie endlich gegen den Herrn eines delinquierenden Sklaven nur als *actiones noxales* angestellt werden können. Fraglich bleibt allerdings, warum es denn von den Juristen der Kaiserzeit bei gewissen Pönalklagen so geflissentlich hervorgehoben wird, daß sie nur *ad rei persecutionem pertinent*, und warum ferner der Begriff der

[1] System Bd. 5 S. 353 N. c.
[2] Vgl. die Stellen bei Savigny a. a. O. S. 43.
[3] Savigny a. a. O. S. 50.
[4] Vgl. Kierulff, Th. d. gem. Civilr. S. 172. Brinz, Lehrb. der Pandekten I², S. 278.

actiones mixtae im Gegensatz derer, welche auf *mera poena* gerichtet sind, aufgestellt ist? Vielleicht hat erst die Frage der Behandlung der Klagenkonkurrenz dazu Veranlassung gegeben.

Es ist nun noch darzulegen, warum die Pönalklagen in der Regel nur *intra annum* gegeben wurden. Es erklärt sich auch, wie schon Demelius[1] und Ihering[2] hervorgehoben haben, aus dem ursprünglichen Wesen der *poena* als einer Abschätzung des Racheanspruchs. Die Verfolgung des aus der Rechtskränkung erwachsenen Anspruchs auf Genugthuung darf nicht lange verzögert werden. Ein Hinausschieben würde nur zeigen, daß der Gekränkte die Kränkung nicht lebhaft empfunden hat. Es müssen also besondere Gründe vorliegen, welche den Prätor bewogen, die Klage über den *annus* hinaus zu gewähren. Außer den Pönalklagen (und gewissen Interdikten) gehören zu den *intra annum* zu gewährenden Rechtsmitteln die *in integrum restitutio* und die mit ihr in Zusammenhang stehenden *actiones rescissoriae*, welche *contra ius civile dantur*. Gerade daß sie gegen *ipso iure* existente Rechtsakte und rechtliche Vorgänge gegeben werden, erklärt ihre zeitliche Begrenztheit. Der an sich existierende Akt kann Billigkeits halber angefochten werden, aber es ist natürlich, daß solche Anfechtung nicht lange hinausgeschoben werde: sie soll nur binnen gewisser Frist möglich sein, und nach Ablauf derselben der an sich existente Rechtsakt vollwirksam bleiben.

Der *annus utilis* der honorarischen Temporalklagen bezw. die noch kürzeren Fristen derselben sind der richtigen Ansicht nach nicht als eine Klagenverjährung, sondern als ein denselben gesetzter *dies*, eine ediktsmäßige Befristung derselben anzusehen.[3] Klar kommt dieses Wesen ihrer zeitlichen Beschränktheit in dem häufig vorkommenden Ausdruck „*diem actionis exire*" zum Ausdruck.[4]

Hier ergeben sich nun die Fragen: Wie wurde die zeitliche Beschränkung geltend gemacht? Wie wurde der *annus* berechnet? Die Beschränkung erfolgte durch Einrückung einer *exceptio annua* in die Formel in der überlieferten Fassung: *et si non plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit*, welche als ständige im Edikt proponiert war. In vielen Fällen war in dem die Gewährung der betreffenden Pönalklage verheißenden Edikt ausdrücklich hervorgehoben, ob sie nur *intra annum*, ob auch *post annum* etwa auf das *simplum* gewährt werden solle. Auch kann man daraus, daß die römischen Juristen bei der Erwähnung der Annalität einer ediktsmäßigen Pönalklage sich nicht ausdrücklich auf das Edikt beziehen, keineswegs mit Sicherheit folgern,[5] daß im Edikt der Zusatz *intra annum* sich nicht fand, denn einmal sind uns diese Edikte nicht überall überliefert, andererseits haben die Juristen es gewiß bei der Regelmäßigkeit dieses Zusatzes als überflüssig angesehen, es immer hervorzuheben, daß er sich in dem betreffenden Edikt finde. Man vergleiche z. B. l. 5 § 5 D. de his q. e. 9, 3 — *sed si libero nocitum sit, ipsi perpetua erit actio: sed si alius velit experiri, annua erit haec actio* — —. In dem uns überlieferten Ediktsstück ist von diesem Unterschied, der darin ohne Zweifel erwähnt war, nichts

[1] Untersuchungen aus dem röm. Civilrecht S. 23 ff.

[2] Geist des röm. Rechts I[5] § 11a S. 133 ff.

[3] Vgl. Uebelohde, Über die Berechnung des *tempus utile* der honorarischen Temporalklagen S. 54 und die dort A. 121 citierten.

[4] Vgl. Demelius, a. a. O. S. 17 A. 7.

[5] Lenel, *Edictum* S. 52 A. 5. Wlassak, Edikt und Klageform S. 84 A. 19.

mehr erhalten. Ständige Zusätze, welche regelmäßig wiederkehrten, werden aber von den Kompilatoren sehr häufig weggelassen sein, und ein solcher war in den Edikten der Pönalklagen die Erwähnung der *annua exceptio*. Es ist dabei zu berücksichtigen, daß dieselbe wohl durch *litterae singulares* ausgedrückt wurde, die eben leichter mißverstanden oder weggelassen werden konnten. So ist in der in l. pr. D. quod vi aut clam 43, 23 überlieferten Formel: *id cum experiendi potestas est, restituas* das *id* aus *i. a.* = *in anno* oder *intra annum* entstanden. Und in dem *Cod. Einsidlensis* finden sich die *Litterae singulares: S. N. P. Q. A. D.*,[1] wo statt *D* wohl *E* zu setzen und aufzulösen ist: *Si non plus quam annus est.* Es braucht darum nicht geleugnet zu werden, daß später, als der Zusatz *intra annum* in den Edikten über die Pönalklagen ein regelmäßiger geworden war, die Prätoren es für überflüssig gehalten haben mögen, ihn immer hinzuzufügen, welchenfalls die Jurisprudenz aus der Natur der Klage die Annalität derselben schloß.

Bei der Berechnung eines *tempus utile* werden nach der Savigny'schen[2] Annahme, welche bis auf die neuere Zeit allgemeine Anerkennung gefunden, die Tage, an welchen der vorzunehmenden Handlung ein vorübergehendes, nicht überwindliches Hindernis entgegensteht, dem, der die Handlung vor der Obrigkeit vorzunehmen hat, nicht angerechnet: es hat darnach das *tempus utile* die Wirkung, daß in jedem vorliegenden Fall die einzelnen Tage der Verhinderung bei der Frage, ob der vorgeschriebene Zeitraum versäumt ist, nicht in Anrechnung kommen, also der Zeitraum um so viel Tage verlängert werden muß, als Tage der Verhinderung angetroffen werden. Da diese Wirkung stets *ipso iure* eintrete, so schlössen Restitution und *utile tempus* einander gegenseitig aus. Wo das *utile tempus* gelte, da sei Restitution kein Bedürfnis, also unmöglich, und wo ausdrücklich Restitution gegen Fristversäumnis erwähnt werde, da könne man annehmen, daß ein *utile tempus* nicht vorhanden sei. — Nun erscheinen aber dieselben drei Klassen von Hinderungen, nämlich 1. Behinderung des Klagberechtigten in eigener Person, 2. Abwesenheit des Gegners ohne genügende Vertretung und 3. ein Hindernis in der Person des Jurisdiktionsmagistrats auch als Restitutionsgründe in dem Edikt über die Restitution Großjähriger gegen Versäumnisse. Savigny[3] glaubte diese Schwierigkeit, die ihm nicht entgangen ist, durch die Annahme beseitigen zu können, daß jenes Edikt auf Fälle bezogen werden müsse, in welchen die versäumte Zeit ein *tempus continuum* sei, also der Restitution allerdings bedürfe. Daß dieses Auskunftsmittel keineswegs ausreicht, ist neuerlich von Ubbelohde[4] auf Grund von Forschungen O. E. Hartmann's überzeugend gezeigt worden. Die betreffenden Stellen des Restitutionsedikts in l. 1 § 1 D. ex quib. caus. 4, 6: *„sive cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur"* und *„Item si quis — — actione qua solutus ob id, quod dies eius exierit, cum absens non defenderetur"* sind in erster Linie auf die honorarischen Temporalklagen zu beziehen. Hartmann und Ubbelohde nehmen nun an, daß die Berechnung des *annus utilis* bei den honorarischen Temporalklagen anders anzustellen sei, als die herrschende Meinung es thue. Es sei allerdings völlig richtig, daß sich das *tempus utile* für die Agnition der *bonorum possessio* zusammensetze aus der Reihe derjenigen

[1] Collectio libr. iur. Anteiust. Tom. II, p. 148 No. 76.
[2] System Bd. IV, S. 421 ff.
[3] a. a. O. S. 441. Vgl. auch Bethmann-Hollweg, Röm. Civilpr. II, S. 751.
[4] a. a. O. S. 44 ff.

Tage, an welchen im Einzelfalle die Agnition möglich gewesen sei; aber die Weise, wie Ulpian das *utile tempus* für die Agnition der *bonorum possessio* erkläre, zeige, daß bei dieser die Berechnung nach einzelnen Tagen etwas Eigentümliches gewesen sei (l. 2 pr. D. quis ordo 38, 15: — *ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint, scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere*). Dagegen sei die gleiche Berechnungsweise nach einzelnen zur Klaganstellung geeigneten Tagen keineswegs auch für das *utile tempus* der honorarischen Temporalklagen anzuwenden. Hier liege in dem Beginn des *annus* der honorarischen Klagen mit dem Augenblicke, *ex quo primum experiundi potestas erat*, das Wesen der *computatio utilis* dieses Jahrs, es sei hier der Zusatz zu der Verheißung des Rechtsbehelfs: *intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit* u. dergl. der eigentlich technische Ausdruck dafür, daß die Frist des Jahrs *utiliter* berechnet werden solle. Sobald einmal die *experiundi potestas* vorhanden gewesen sei, hemmten jene Hindernisse den Ablauf der Frist auch dann nicht mehr, wenn dieselbe *utiliter* berechnet werde, auch der *annus utilis* laufe dann *continue* ab. Für diese Ansicht werden nun eine Anzahl Quellenstellen angeführt, nach denen ein *annus utilis* trotz der noch vorliegenden Hindernisse abläuft.[1] Allein wenn wirklich die Hindernisse der *experiundi potestas* nur für den Beginn, dagegen für den Lauf des *annus utilis* gar nicht in Betracht kämen, so wären doch Ausdrücke, wie „*Huius actionis annum computamus utilem, quo experiundi potestas fuit*" nur höchst gezwungen erklärbar. Der Ausdruck „*quo experiundi potestas fuit*" sagte dann nichts weiter, als was mit *utilem* bereits gesagt wäre. Der *annus utilis* ist allerdings nicht identisch mit 365 *dies utiles*. Die hier vorliegende Schwierigkeit löst sich meines Erachtens einfach in folgender Weise. Von dem Moment, wo die *experiundi potestas* zuerst eingetreten, läuft die Frist, es fallen aber aus der Berechnung die Tage aus, an welchen während des vom ersten Eintritt der *experiundi potestas* zu rechnenden Jahrs ein in Betracht kommendes Hindernis der *experiundi potestas* vorliegt: um so viel Tage verlängert sich die Frist; indessen diese Tage, um welche sich die Frist verlängert, brauchen selbst nicht *utiles* zu sein. Es werden so viel Tage der Frist zugerechnet, einerlei, ob ein Hindernis der Klaganstellung vorliegt oder nicht. Insofern wird nur der *annus* als ein *utilis* berechnet, derselbe besteht nicht notwendig aus 365 *dies utiles*. Danach kann also während noch vorliegenden Hindernisses der *annus utilis* ablaufen, und wegen des noch vor Ablauf desselben vorliegenden Hindernisses Restitution stattfinden. Dasselbe, was für den *annus utilis* galt, muß entsprechend auch für *menses utiles* gegolten haben. Nur eine Frist, welche in *dies utiles* angesetzt war, bestand notwendig aus ebensoviel *dies utiles*.

Zu betonen ist noch, daß der Augenblick „*ex quo agi*" oder *peti potest* nicht zu verwechseln ist mit dem „*ex quo experiundi potestas est*". Sie können zusammenfallen, fallen aber nicht notwendig zusammen. Der Augenblick „*ex quo agi potest*" ist der der Nativität der *actio*, nach den Voraussetzungen, wie sie in der *intentio* bezeichnet sind. Der Moment „*ex quo primum experiundi potestas est*" ist derjenige, wo der Erhebung der entstandenen *actio* kein Hindernis aus der Person des Klageberechtigten oder seines Gegners oder des Jurisdiktions-

[1] Vgl. L. 2 § 2 D. de custod. 48, 5. L. 51 (49) D. ad Sct. Trebell. 36, 1. L. 1 § 16 D. de ventre in poss. 37, 9. L. 4 pr. i. f. D. ne quis eum 2, 7. L. 3 pr. D. de eo per quem factum 2, 10 u. a.

magistrats entgegensteht. Doch haben die römischen Juristen die Ausdrücke nicht streng auseinander gehalten; sie haben den letzteren auch gebraucht für den Moment, *ex quo agi potest.* Die bloße Nativität konnte für den Beginn des *tempus utile* der honorarischen Temporalklagen nicht genügen, denn diese *actiones* standen nicht *ipso iure* zu, sie mußten vom Magistrat gewährt werden, die Hindernisse also für die Erbittung und Einsetzung des *judicium*, welche in einem für die Einsetzung des *judicium* erforderlichen Subjekt vorlagen, mußten für den Beginn des Laufs der Frist in Betracht kommen.[1] Nicht auf die *experiundi potestas* bezieht sich l. 24 pr. §§ 1 u. 2 D. de lib. c. 40, 12: *Ordinata liberali causa liberi loco habetur is, qui de statu suo litigat, ita ut adversus eum quoque, qui se dominum esse dicit, actiones ei non denegentur, quascumque intendere velit: quid enim si quae tales sint, ut tempore aut morte intereant? quare non concedatur ei litem contestando in tutum eas redigere? Quin etiam Servius ait in actionibus annuis ex eo tempore annum cedere, ex quo lis ordinata sit. Sed si cum aliis experiri velit, non est quaerendum, an lis ordinata sit, ne inveniatur ratio, quemadmodum subjecto aliquo, qui libertati controversiam faciat, interim actiones excludantur: aeque enim ex eventu judicii liberalis aut utilis aut inanis actio ejus efficietur.* Ubbelohde[2] behauptet, unter den *actiones, quae tempore intereunt* und die daher durch Litiskontestation in Sicherheit gebracht werden sollten, könnten nur solche Klagen gemeint sein, welche ohne Rücksicht auf die *experiundi potestas* durch Zeitablauf erlöschen — —, nicht aber die Annualklagen mit *utilis computatio*, deren Frist gar nicht laufen würde, wenn nicht *ordinata liberali causa* dem Klageberechtigten *experiundi potestas* gewährt wäre. Das entspricht zwar der Ansicht des Servius, welche durch *quin etiam* als von der des Paulus (wenigstens in etwas) abweichend dargestellt wird, nach ihr soll *in actionibus annuis* erst *ex eo tempore annum cedere, ex quo lis ordinata sit.* Nach Paulus sollen dem, dessen Freiheit angefochten ist, wenigstens dem angeblichen Herrn gegenüber bis zur *ordinatio judicii liberalis*

[1] In neuerer Zeit ist behauptet worden, das *biennium*, durch dessen Ablauf die *sponsores* und *fidepromissores* nach der *lex Furia* befreit wurden, sei eine Frist, welche nach modernem Ausdruck *utiliter ratione initii, continue ratione cursus* berechnet werde. Ubbelohde, a. a. O. S. 4 f. Es soll sich dies ergeben aus l. 25 D. de stip. serv. 45, 3 und l. 4 D. de div. temp. pr. 44, 3. Nach der ersten Stelle besteht für den Fall, daß ein Erbschaftssklave *hereditate iacente* stipuliert und *sponsores* bezw. *fidepromissores* empfangen hat, und nachher die Erbschaft angetreten ist, ein Zweifel darüber, ob jenes *biennium* vom Tage der Eingehung der Sponsion oder vom Tage des Erbschaftsantritts zu berechnen sei. Entsprechender Zweifel bestand bei solchem Handeln eines Sklaven eines in Kriegsgefangenschaft Geratenen. Cassius war der Meinung, das *biennium* sei zu berechnen von da an, *ex quo agi cum eis potuerit*, d. h. nicht vom Zeitpunkt der Sponsion, sondern vom Zeitpunkt des Erbschaftsantritts oder der Rückkehr des Herrn. Javolenus war nach der zweiten Stelle anderer Ansicht: er behauptete, die Frist sei sofort vom Tage der Satisdationsleistung zu berechnen. Es sei nicht darauf zu sehen, ob der klagen könne, *qui rem in obligationem deduxerit*, sondern ob die *experiundi potestas* bezüglich des Obligierten vorliege. Die Meinung des Cassius war die richtige. So lange die Erbschaft nicht angetreten, der in Kriegsgefangenschaft Geratene nicht zurückgekehrt war, konnte man noch nicht sagen, die *actio* sei *nata*, weil es noch an dem Subjekt der *actio* fehlte. Erst wenn dieses Subjekt vorhanden war, konnte die *experiundi potestas* in Frage kommen. Nicht scharf scheidet die Begriffe, wenigstens die Ausdrücke, Ulpian in l. 1 § 2 D. quando de pec. 15, 2: *Annus autem utilis computabitur: et ideo si condicionalis sit obligatio, Julianus scripsit computandum annum, non ex quo emancipatus est, sed ex quo peti potuit condicione existente.* Nicht weil der *annus* ein *utilis*, kann vor dem Eintritt der Bedingung der Obligation noch nicht geklagt werden, sondern weil vor Eintritt die Bedingung überhaupt noch nicht *actio nata* ist.

[2] a. a. O. S. 39 A. 89b.

die Klagen denegiert werden, was mit dem Mangel der *experiundi potestas* nicht identisch ist: nach erfolgter *ordinatio* sollen sie ihm nicht denegiert werden. Denegation von Klagen ist eine Ausübung der Jurisdiktion; dem, welchem eine Klage denegiert wird, mangelte nicht die *experiundi potestas*.

Fragen mag man, warum die regelmäßige Dauer der honorarischen Temporalklagen gerade auf einen *annus* festgesetzt sei? Hartmann und Ubbelohde wollen diese Dauer mit dem prätorischen Amtsjahr in Verbindung bringen. Der Grund der Beschränkung auf einen *annus* liege in dem Ursprunge jener Klagen aus der magistratischen *jurisdictio;* es müsse als durchaus selbstverständlich erscheinen, daß dieselbe der zeitlichen Beschränkung jener *iurisdictio* selbst entspreche, mit anderen Worten grundsätzlich gerade ein Jahr betrage. In der That bezeugten des Justinians Institutionen ganz ausdrücklich, indem sie die Äußerung des Gajus IV, 110 — *eas vero quae ex propria ipsius iurisdictione pendent, plerumque intra annum dare* — im pr. J. de perp. et temp. act. 4, 12 so wiedergäben: *eas vero, quae ex propria praetoris iurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere, nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium.* Aus Gajus haben also die Institutionen jenen Zusatz nicht geschöpft. Auch bei keinem anderen römischen Juristen, überhaupt nirgends sonst (denn die Institutionenparaphrase kann hier nicht als eine selbständige Quelle gelten) findet sich eine ähnliche Erklärung des *annus* der honorarischen Temporalklagen. Auch kann man nicht sagen, daß in der Institutionenäußerung ein historisches Zeugnis liege, das man respektieren müsse. Es liegt darin nichts weiter, als ein recht vager Erklärungsversuch der Institutionenverfasser, ein allgemein gehaltener Vergleich zwischen dem Amtsjahr des Prätors und dem *annus utilis* der prätorischen Klagen, und es verdienen moderne Juristen, welche darin nicht mehr finden konnten, keinen Vorwurf. Jene Herleitung aus dem magistratischen Amtsjahr wird dadurch widerlegt, daß es ja auch Pönalklagen giebt, welche der Prätor *in perpetuum* verspricht. Darin liegt natürlich kein Übergriff in das Amtsjahr seiner Nachfolger, denn er verheißt solche Klagen natürlich nur in Bezug auf Facta, Vorgänge, welche sich in seinem Amtsjahr ereignet haben, also unter sein Edikt fielen. Auch für die magistratischen Edikte gilt der Satz, daß sie nicht rückwärts angewandt werden auf Vorgänge, die noch unter das Edikt des Vorgängers fielen.[1] Jeder Prätor konnte in die Lage kommen, Klagen auf Grund des Edikts eines Vorgängers gewähren zu müssen. Dafür lassen sich bestimmte Zeugnisse anführen.[2] Die Formel, deren sich der Patron gegen den *libertus* bedient, der ihn *contra edictum praetoris in ius* vocierte, lautet nach Gai. IV, 46 folgendermaßen: *Si paret illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in ius vocatum esse* u. s. w. Hier war also in der konkreten Klagformel der Prätor zu nennen, während dessen Amtsjahr die ediktswidrige *in ius vocatio* vorgekommen war. Ebenso heißt es in der von Cic. pro Quint. 8 erwähnten Sponsionsformel: *Si bona sua ex edicto P. Burrieni praetoris dies XXX possessa non essent*, und in der von Cic. ad Divers. VII, 21 erwähnten: *Si bonorum Turpiliae possessionem Q. Caepio praetor ex edicto suo mihi dedit.*

[1] Ausdrücklich ist das ausgesprochen von Cic. in Verr. I, c. 41 ff.

[2] Vgl. Huschke, Studien S. 14. Bethmann-Hollweg, Röm. Civilpr. II, S. 313 A. 46. Anders Lenel, *Edictum* S. 56 A. 2, der Huschke mißverstanden hat. *Ex edicto meo* sagt der Prätor in seinem Dekret, wenn der betreffende Vorgang in seinem Amtsjahr vorgekommen ist. Vgl. Cic. pro Quint. 27. L. 1 pr. D. quor. bonor. 43, 2.

Die Sache steht daher so, daß jeder Prätor über manche Vorgänge, die unter sein Edikt fielen, kein *judicium* mehr bestellen konnte, weil seine Amtszeit abgelaufen war, bevor die Einsetzung eines solchen begehrt wurde, und daß jeder Prätor wegen solcher Vorgänge, die nicht unter sein Edikt, sondern unter das eines Vorgängers gefallen waren, *iudicia* auf Grund des Edikts des betreffenden Amtsvorgängers zu bestellen hatte. Wenn nun aber ein solches *iudicium* doch nach Ablauf des Amtsjahrs des betreffenden Edizenten zu bestellen war, so so ist absolut nicht einzusehen, warum es notwendig gewesen sein soll, dem betreffenden Anspruch nur innerhalb eines Jahres (seit Eintritt der *experiundi potestas*) Schutz zu gewähren. Ein Zusammenhang zwischen dem *annus utilis* der prätorischen Temporalklagen und der Beschränkung der prätorischen Amtsgewalt auf ein Jahr ist durchaus zu verneinen. Das Jahr ist der Zeitabschnitt, in welchem der Kreislauf der Natur und des bürgerlichen Lebens sich vollendet; mit jedem Anfang eines neuen Jahres beginnen Natur und Menschen ein neues Leben, eine neue Thätigkeit. Sehr natürlich ist es also, daß Handlungen, die in der Gegenwart vorgenommen werden sollen, in ihrer Zulässigkeit an eine Jahresfrist gebunden werden. Werden sie binnen eines Jahres, seitdem sie möglich geworden sind, unterlassen, so gelten sie als der Vergangenheit anheimfallend und damit als abgethan.

Die *actiones populares*.

§ 104. Zu den Pönalklagen gehören auch die prätorischen Popularklagen. Über das Wesen derselben ist eine Meinungsverschiedenheit erst entstanden, seitdem durch die Auffindung der spanischen Stadtrechte von Salpensa und Malaca die Aufmerksamkeit auf die in diesen und anderen Gesetzen wegen Übertretung der Gesetze angeordneten Geldstrafen gelenkt war. Da auch diese gesetzlichen, mit der Formel *populo dare damnas esto* angeordneten Geldstrafen von jedem Bürger für das Volk eingeklagt werden konnten, so lag die Frage nahe, wie sich diese gesetzlichen Geldstrafen zu den aus den Digesten bekannten prätorischen *actiones populares* verhielten. Mommsen vertritt in seinem berühmten Kommentar zu den genannten Stadtrechten[1] die Ansicht, daß nicht bloß die Klagen auf die gesetzlichen Strafen, sondern auch die prätorischen Popularklagen als prokuratorische Klagen für den Staat anzusehen seien, daß also die Strafsumme, etwa nach einem Abzug für den Kläger, in die Kasse des Staats oder der Gemeinde geflossen sei. Abweichend hiervon, hielten Ihering[2] und insbesondere Bruns in seiner Abhandlung über die römischen Popularklagen[3] daran fest, daß bei den in den Digesten mit *actio popularis* bezeichneten Klagen der Kläger das durch ihre Anstellung Gewonnene behalte.[4] Die Bezeichnung als *popularis* ist quellenmäßig nur für die prätorischen Popularklagen und die popularen Interdikte nachweisbar. Auf jene gesetzlichen Strafklagen, deren Anstellung jedem aus dem Volk zusteht, scheint sie nicht angewandt zu

[1] In den Berichten der Kgl. Sächs. Gesellsch. der Wissenschaften III, S. 461 ff.

[2] Geist des Röm. Rechts I[2], S. 201 ff.

[3] Ztschr. f. Rechtsgeschichte III, S. 341 ff.

[4] Weitere Litteraturangaben, namentlich auch über italienische Schriften, finden sich bei H. Paalzow, Zur Lehre von den röm. Popularklagen, Berliner Inaugural-Dissertation S. 5 ff. 1889. Dann noch R. Maschke, in der Ztschr. der Savignystiftung 6. Bd. S. 226 ff.

sein. Allerdings scheint sie nicht der Sprache des Edikts selbst, sondern nur der römischen Jurisprudenz anzugehören, und man könnte daher mit Brinz[1] sagen wollen, daß, wenn auch die gesetzliche Strafklage nicht *popularis actio* geheißen habe, die Popularität derselben dadurch nicht erschüttert werde. Zudem meint Brinz, die Digestenrubrik (*de popularibus ac.*) könne, da der Titel zwischen gesetzlichen und prätorischen Klagen nicht unterscheide, ebensowohl auf die in den Digesten wenigstens durch Einen Fall repräsentierten gesetzlichen als auf die prätorischen Klagen gehen. Allein dieses Repräsentiertsein jener Klagen in den Digesten beschränkt sich darauf, daß in l. 3 pr. D. de termino moto 47, 21 berichtet wird, in der lex Mamilia sei eine solche gesetzliche Strafklage angeordnet. Dagegen fehlen, mit einer einzigen, wohl erklärlichen Ausnahme, ausdrückliche Beispiele dafür, daß der Prätor im Edikt Strafklagen angeordnet habe, deren Betrag für den *populus* eingeklagt werden sollte. Sollte das nur Zufall sein? Meines Erachtens ging es über die Kompetenz des Prätors hinaus, für irgend welche Delikte oder Überschreitungen Strafen, welche dem *populus* verfallen sollten, anzuordnen, soweit sich nicht solche Anordnung innerhalb seines Multierungsrechts hielt. Der Prätor hat vermöge seines Amts die Jurisdiktion zwischen Privaten, also zwischen Bürgern und Peregrinen bezw. zwischen Peregrinen zu handhaben. Strafen, welche dem *populus* zu entrichten seien, setzt die Gesetzgebung selbst fest, und die etwaigen Prozesse hat, da der *populus* selbst dabei Partei ist, der Prätor nicht schon vermöge seines Amts, sondern nur vermöge der Übertragung seitens der Gesetzgebung zu leiten. Man beachte, daß in solchem Fall die Tabula Bantina Z. 8 ff. ausdrücklich anordnet: *Sei postulabit quei petet, pr(aetor) recuperatores — dato iubetoque eum, sei ita pariat, condumnari popul(o), facitoque ioudicetur.* Auch die lex Mamilia K. L. V ordnet ausdrücklich an: *deque ea re curatoris, qui hac lege erit, iurisdictio reciperatormque datio addictio esto. Cum curator hac lege non erit, tum quicumque magistratus in ea colonia — — iure dicundo praeerit, eius magistratus de ea re iurisdictio iudicisque datio addictio esto.* Dementsprechend findet sich in der lex coloniae Genetivae Juliae bei Anordnung der Geldstrafen für Gesetzesübertretungen mehrfach die Bestimmung: *eiusque pecuniae cui eorum volet reci(peratorio) iudic(io) aput II vir(um) praef(ectum)ve actio petitio persecutioque h(ac) l(ege) ius potest(as)que esto.* — In dem Edictum Augusti de aquaeductu Venafrano wird der *praetor peregrinus* mit der Jurisdiktion über die durch dasselbe angeordneten Geldstrafklagen beauftragt. Z. 61 ff.: . . . . *is cui ex decreto decurionum ita ut supra comprehensum est negotium datum erit, agenti, tum qui inter civis et peregrinos ius dicet, iudicium reciperatorium in singulas res HSX reddere . . . dum reciperatorum reiectio inter eum quis aget et eum quocum agetur ita fie[t, ut ex lege q]uae de judicis privatis lata est, licebit oportebit.*[2] Darnach kann man nicht zweifeln, daß dem Prätor nicht schon vermöge seiner allgemeinen Jurisdiktionsgewalt, sondern nur zufolge gesetzlicher Anweisung die Jurisdiktion über diese gesetzlichen Strafklagen zugestanden hat. Wenngleich die Gesetzgebung für solche Fälle die Einsetzung eines *judicium recuperatorium* anordnete, so handelte es sich doch, eben weil der *populus* die eine Partei war, nicht um gewöhnliche *judicia privata*, zu deren Einsetzung die gewöhnliche

[1] Pandekten I[2] S. 284.

[2] Zur Vergleichung ist noch heranzuziehen die Bestimmung der sog. lex Rupilia für die Provinz Sicilien, in Verr. II, 13, 32: *Quod privatus a populo petit, aut populus a privato: senatus ex aliqua civitate, qui iudicet, datur, cum alternae civitates reiectae sunt.*

Jurisdiktionsgewalt der Prätoren ausgereicht hätte.[1] Zu beachten ist auch, daß die Beitreibung dieser gesetzlichen Geldstrafen durch jeden Bürger, wie sie in einer Anzahl von Gesetzen[2] zugelassen ist, wohl kaum das Ursprüngliche ist. Auch später noch ist es wohl nicht selbstverständlich, daß, wenn ein Gesetz anordnet, es solle der Übertreter *in publicum* oder *colonis municipibusve . . . dare damnas* sein, jeder Bürger zur Einklagung namens der Gemeinde berechtigt sein solle. Es muß dies vielmehr im Gesetz ausdrücklich angeordnet sein, sonst steht die Beitreibung dem Beamten als dem ordentlichen Vertreter der Gemeinde zu. Und die Beitreibung durch die Beamten war wohl das Ursprüngliche. Da mag es nun häufiger, als jetzt noch nachweisbar ist, vorgekommen sein, daß das Gesetz jeden Magistrat, welcher wollte, zur Beitreibung der Geldstrafe ermächtigte. Ein Beispiel dafür bietet die Lex Latina Tabulae Bantinae Z. 8 ff., wo es heißt: *sei advorsus hance legem fecerit . . . eam pequniam quei volet magistratus exsigito.* Daß dieses *exigere* seitens des Magistrats nicht als eine Klaganstellung zu denken ist, zeigt der Fortgang der Stelle: *Sei postulabit quei petet, pr(aetor) recuperatores . . . dato, iubetoque eum, sei ita pariat, condumnari popul(o), facitoque ioudicetur.* Das kann nur den Sinn haben, daß, wenn der Magistrat, der sich der Beitreibung annehmen will, beim Prätor den Antrag darauf stelle, durch den Prätor ein Recuperatorengericht bestellt werden solle. Der Magistrat braucht aber diesen Weg nicht einzuschlagen: er kann selbst den Fall untersuchen, und wenn ihm die Strafe verfallen scheint, dieselbe durch die ihm zu Gebote stehenden Koercitionsmittel *(pignoris capio, multae dictio)* beitreiben. Seitdem man den Magistraten so die Möglichkeit eröffnet hatte, statt selbst zu kognoszieren, als Kläger beim Prätor die Einsetzung eines Recuperatorengerichts zu beantragen, konnte man auch einen Nichtmagistrat, jeden Bürger als Kläger namens der Gemeinde zulassen, was sich namentlich in den Fällen, in welchen es sich um den Beamten selber angedrohte Strafen handelte, sogar empfehlen mochte. Mochte nun aber die Klage für die Gemeinde durch einen Beamten oder durch einen beliebigen Bürger angestellt werden, immer war sie auch formell eine prokuratorische, d. h. nicht bloß die *intentio* der Klage, sondern auch die *condemnatio* wird auf die Gemeinde, das Volk gerichtet gewesen sein, so daß dann auch die Exekution unmittelbar für dieses vollzogen wurde.[3] Hier tritt nun der Unterschied von den im Edikt proponierten prätorischen Popularklagen hervor. Sie sind, wie alle Klagen, welche der Prätor vermöge seiner ordentlichen Jurisdiktionsgewalt gewährt, in dem Sinne Privatklagen, daß der Prätor sie jedem Bürger zu seinem eigenen Nutzen und Vorteil gewährt. Da er sie aber *cuivis ex populo* zu gewähren verspricht, so kann natürlich keiner ausschließlich sie als zu seinem Vermögen gehörig bezeichnen. Das ändert sich aber vom Moment der Litiskontestation. Die l. 12 D. de v. s. 50, 16 (Ulpian) sagt: . . . *quod si ex populari causa (sc. debeatur), ante litis contestationem recte dicetur creditoris loco non esse, postea esse.* Von der Zeit der Litiskontestation an ist der Popularkläger *creditor*. Als solcher könnte er nicht angesehen werden, wenn er die Summe für die Gemeinde und nicht für sich selbst einklagte. Materiell aber ist auch die prätorische Popularklage eine

[1] Vgl. Huschke, Die *multa* S. 262 f. 549. Wlassak, Röm. Prozeßgesetze II, S. 325.

[2] Vgl. die Belege bei Bruns in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. III, S. 363 f.

[3] Vgl. Bruns, a. a. O. S. 369 und die dort gegebenen Belege, namentlich Tab. Bantina: — *praetor — iubeto eum, si ita pareat, condemnari populo. Si condemnatus erit, — praedes ad quaestorem urbanum det, aut bona eius publice possideantur facito.*

prokuratorische, sofern durch sie das Interesse aller Bürger gegenüber der Rechtsverletzung gewahrt wird. Diese materiell-prokuratorische Natur derselben zeigt sich in folgenden Punkten. Der Popularkläger kann, wie der Prokurator, vor der Litiskontestation seinerseits keinen Prokurator bestellen.[1] Auch sind die zu der Prokuratur nicht zugelassenen Personen (Infame, Frauen, Minderjährige) auch von den Popularklagen ausgeschlossen.[2]

Bezüglich der Zulassung zur Popularklage ist nun aber die Bevorzugung eines Bürgers gegenüber anderen nicht ausgeschlossen. Um dieses zu zeigen, ist es nötig, auf die einzelnen überlieferten prätorischen Popularklagen einzugehen. Was zunächst die *sepulchri violati actio* anlangt, so wird durch das Edikt zunächst dem, *ad quem res pertinet,* eine *in factum actio* auf *quanti ob eam rem aequum videbitur* versprochen, also dem, welchem das *ius sepulchri*, das Verfügungsrecht über das *sepulchrum* zusteht. Bei der richterlichen Abschätzung des Interesses des Klageberechtigten kann auch der etwa durch die *violatio* demselben zugefügte Vermögensschaden in Betracht gezogen werden und von mehreren, denen das *ius sepulchri* zusteht, jeder auf das, *quod uniuscuiusque interest,* klagen. Wenn keiner, *ad quem pertineat,* vorhanden ist, oder kein solcher klagen will, so kann jeder, der klagen will, auf eine festbestimmte Geldsumme klagen. Es fragt sich nun, ob nur die letzte Klage als *actio popularis* anzusehen sei, nicht aber die desjenigen, *ad quem res pertinet.* Dafür, daß die Klage dessen, *ad quem res pertinet,* keine Popularklage sei, könnte angeführt werden, daß ein solcher nur sein verletztes *ius sepulchri* geltend mache, während der *extraneus* das verletzte öffentliche Interesse an der Unversehrtheit der *sepulchra* verfolge; insbesondere aber der Satz der l. 42 pr. D. de proc. 3, 3, wonach *ad sepulchri violati actionem is ad quem ea res pertinet* einen Prokurator, wie für eine *privata actio,* bestellen kann. Dennoch aber muß man sich mit Bruns dafür entscheiden, daß die *sepulchri violati actio* überhaupt eine *actio popularis* sei. Der Anspruch dessen, *ad quem pertinet,* ist nicht etwa anderer Art, als der des *extraneus,* so daß eine Durchsetzung beider nebeneinander denkbar wäre: auch der des ersteren bezieht sich nicht auf die *res familiaris* desselben, sondern ist, wie der des *extraneus*, auf *ultio* gerichtet, auch der, *ad quem pertinet,* macht auch das öffentliche Interesse an der Unversehrtheit der Grabmäler geltend. Nicht als eine besondere Klage, sondern als ein bloßes Vorzugsrecht ist das Verhältnis dessen, *ad quem res pertinet,* zu anderen Personen, welche klagen wollen, aufzufassen: ihm wird *in primis* die Klage gewährt, und dieses Vorzugsrecht soll ihm so lange wie möglich gewahrt bleiben. Ist aber dann ein *extraneus* zur Klage zugelassen, so daß es bis zur *litis contestatio* gekommen ist, so kann der, *ad quem pertinet,* nicht *ex integro* klagen (l. 3 § 10, l. 6 D. de sep. viol. 47, 12). Auch die eigentümliche Fassung der *condemnatio* der Klage dessen, *ad quem pertinet,* macht dieselbe nicht zu einer ganz anderen Klage, denn die *iudices* sollen doch nie auf eine geringere Summe kondemnieren, *quam solent extraneo agente* (l. 3 § 8 D. eod. tit.). Die besondere Fassung der *condemnatio* soll ihnen nur ermöglichen, auf eine höhere Summe zu erkennen. Auch der erwähnte Satz der l. 42 pr. D. de proc. 3, 3 spricht nicht gegen die Eigenschaft der Klage dessen, *ad quem pertinet,* als einer popularen, denn er wird vorgetragen als eine Ausnahme von der allgemeinen für Popularklagen geltenden Regel. — Bemerkt möge übrigens

[1] Fr. Vat. § 340a l. 5 D. de pop. act. 47, 23. L. 42 § 1 D. de proc. 3, 3.
[2] L. 4 u. 6 D. de pop. a. 47, 23.

noch werden, daß, wenn mehrere *extranei* klagen wollen, demjenigen, *cuius iustissima causa esse videbitur*, die Klage gewährt werden soll. Was hier aber für die Wahl des Prätors bestimmend sein soll, wird nicht angedeutet. In l. 2 D. de pop. a. 47, 23 wird für Popularklagen überhaupt ausgesprochen: *Si plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneiorem.*

Betrachten wir dann zunächst die ädilicischen Klagen aus dem Edikt *de bestiis*. Der Bericht Ulpians über den auf die Klagen bezüglichen Teil des Edikts, der uns hier allein interessiert, lautet nach l. 42 D. de aed. ed. 21, 1 folgendermaßen: — *si adversus ea factum erit et homo liber ex ea re perierit, solidi ducenti, si nocitum homini libero esse dicetur, quanti bonum aequum iudici videbitur, condemnetur, ceterarum rerum, quanti damnum datum factumve sit dupli.* Daß hier in demselben Satz der Fall der Tötung in der direkten Fassung *(si adversus ea factum erit et h. l. . . . perierit)*, der Fall der Beschädigung aber mit *dicetur* angeführt ist, kann kaum auf Rechnung Ulpians gesetzt werden, sondern verrät die Hand der Kompilatoren, wie auch das *solidi ducenti* statt der Sestertien. Darauf weisen auch folgende Umstände hin. Das wörtlich überlieferte Ediktsstück selbst erwähnt den Fall der Tötung nicht, sondern sagt nur: — *ut cuiquam nocere damnumve dare possit*, und auch im § 1 I. si quadrupes 4, 9 ist eine Klage auf Grund des Edikts der Ädilen wegen Tötung eines freien Menschen gar nicht erwähnt, sondern es heißt da nur: *et si adversus ea factum erit et nocitum homini libero esse dicetur, quod bonum et aequum iudici videtur, tanti dominus condemnetur, ceterarum rerum, quanti damnum datum sit, dupli.* Andererseits ersehen wir aus Paul. I. 15, 2, daß auch der Prätor ein Verbot des Haltens von wilden Tieren an einer Stelle, wo jeder gehen und stehen darf, aufgestellt hat: *Feram bestiam in ea parte, qua populo iter est, colligari praetor prohibet: et ideo, sive ab ipsa sive propter eam ab alio alteri damnum datum sit, pro modo admissi extra ordinem actio in dominum vel custodem datur, maxime si ex eo homo perierit.* Es ist danach gar nicht unwahrscheinlich, daß der Prätor im Edikt für den Fall der Tötung eines freien Menschen durch eine verbotswidrig gehaltene *fera bestia* eine Klage aufgestellt hatte. Die Kompilatoren in ihrem Vereinfachungsdrange haben den Fall der Tötung eines Freien, der, weil vom Prätor geahndet, im Edikt der Ädilen übergangen war, in das letztere eingefügt und das betreffende prätorische Edikt unterdrückt. So ist die inconcinne in den Digesten überlieferte Fassung des ersteren entstanden. Daß die Strafklagen wegen Tötung oder Beschädigung eines Freien *actiones populares* waren, wird nicht ausdrücklich gesagt, ist aber anzunehmen.

In dem Edikt *de deiectis et effusis*[1] ist zunächst eine Klage versprochen auf das Doppelte des zugefügten Schadens *(quantum ex ea re damnum datum factumve erit)*; sodann wegen Tötung eines freien Menschen durch den Wurf ein *quinquaginta aureorum iudicium*; endlich wegen Beschädigung eines freien Menschen eine Klage auf *quantum ob eam rem aequum iudici videbitur*. Auch hier begegnet der Unterschied in der Fassung der drei Bestimmungen, daß die erste direkt gefaßt ist, die beiden anderen auf *dicetur* lauten. Auch in dem Kommentar wird auf alle drei Bestimmungen bezw. die betreffenden Klagen eingegangen. Die Frage liegt nahe, ob nicht auch das Edikt der Ädilen, welche ja die Straßenpolizei hatten, Bestimmungen über das *dejicere* und *effundere* aufgestellt ha, und ob das prätorische Edikt wirklich jene drei Bestimmungen mit

[1] L. 1 pr. D. de his qui eff. vel d. 9, 3.

den entsprechenden Klagen enthalten hat. Indessen an Spuren ähnlicher Bestimmungen der Ädilen fehlt es hier gänzlich, und daß wirklich das prätorische Edikt jene überlieferten Bestimmungen enthalten, dafür spricht die deutliche Berücksichtigung derselben in Ulpian's Kommentar. Möglich wäre immer, daß zunächst der Prätor sich mit den Ädilen in die Ahndung der einzelnen Fälle geteilt und erst allmählich sie sämtlich in den Bereich seiner Jurisdiktion gezogen hätte, oder auch, daß schon Julian die Zusammenziehung prätorischer und ädilitischer Bestimmungen in ein Edikt vorgenommen hätte. Auffällig ist wenigstens, daß hier die Bestimmung über die Sachbeschädigung an der Spitze steht, und die über Tötung und Beschädigung eines freien Menschen erst folgen, während in dem Edikt der Ädilen wegen gefährlicher Tiere umgekehrt die Bestimmungen über Tötung und Beschädigung eines freien Menschen voranstehen und die Bestimmung: *caeterarum rerum quanti damnum datum factumve sit dupli* den Beschluß machen.

Von den drei Klagen ist die erste auf das Doppelte des an Sachen angerichteten Schadens keine *actio popularis*. Als solche werden im Kommentar (l. 5 § 5 D. de his qui effuderint 9, 3) nur die zweite und dritte wegen Tötung und Beschädigung eines freien Menschen bezeichnet. Dabei wird für den ersten Fall bemerkt, *ex pluribus desiderantibus hanc actionem ei potissimum dari debere cuius interest vel qui adfinitate cognationeve defunctum contingat.* Wer hier unter dem, *cuius interest,* verstanden sei, wird nicht gesagt. Vielleicht ist damit jemand gemeint, der irgend welche Kosten in Bezug auf den Getöteten aufgewandt hat. Im Falle bloßer Beschädigung ist natürlich der Beschädigte selbst der Nächste zur Klage. Daß aber, falls er nicht klagen wollte, auch ein anderer zugelassen wurde, zeigen die Worte: *sed si alius velit experiri, annua erit haec actio.* Bei der richterlichen Abschätzung der Beschädigung kommen hier die etwa gleichzeitig mitbeschädigten Sachen des Beschädigten nicht in Betracht, sondern die Ediktsbestimmung bezw. die Klagen beziehen sich nur *ad ea (damna) quae in corpus eius admittuntur* (l. 1 § 6 D. h. t.). Wenn aber Gaius in l. 7 D. h. t. behauptet, bei der richterlichen Abschätzung seien nur die Kurkosten und außerdem Entschädigung wegen der entzogenen Arbeitsfähigkeit in Betracht zu ziehen, nicht dagegen kämen die Narben und die körperliche Entstellung in Betracht, *„quia liberam corpus nullam recipit aestimationem“*, so beweist diese Äußerung (wie die in l. 9 D. de religiosis 11, 7) nur die Unfähigkeit des Provinzialen, sich in altrömische Anschauungen hineinzufinden. Gaius berücksichtigt nicht, daß es sich gar nicht um Abschätzung eines *damnum pecuniarium*, sondern um Ahndung der persönlichen Verletzung, also um *vindicta, ultio* handelt, deren Mittel nur die Geldzahlung ist, wie es Ulpian klar genug in l. 5 § 5 D. h. t. ausdrückt: — *nec enim heredibus iure hereditario competit, quippe quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium* u. s. w.

Auch die *actio de posito aut suspenso* war eine *popularis*.[1] Von sonstigen *actiones populares* ist noch die *de albo corrupto* auf eine Geldstrafe bekannt, von welcher ausdrücklich in l. 7 pr. D. de iurisdictione 2, 1 gesagt wird: *quod (sc. iudicium) populare est.* Daß es aber noch andere, uns nicht überlieferte Popularklagen gegeben habe, dürfte wohl anzunehmen sein.[2]

[1] Des Nähern ist über diese Klage in anderm Zusammenhange gehandelt.

[2] Eine besondere Bewandtnis hat es mit der Klage, welche durch das zum Vollzug des Sct. Silanianum erlassene Edikt des Prätors aufgestellt ist. Gegen den Übertreter der Bestim-

Sämtliche Popularklagen sind Pönalklagen: sie gehen entweder auf eine feste Geldsumme oder auf *quantum iudici bonum et aequum videbitur*, wobei bemerkt werden möge, daß diese Fassung der *condemnatio* wohl nie bei einer Klage wegen eines *damnum pecuniarium*, sondern nur bei einer Klage auf Ahndung einer durch die That zugefügten persönlichen Verletzung (Injurie, Verletzung der Grabmäler, Tötung oder Beschädigung eines Freien, Kränkung der Partei durch pflichtwidriges Verhalten des *iudex*) vorgekommen ist.

Die Popularklagen sind vor der Litiskontestation nicht bloß passiv, sondern auch aktiv unvererblich. Die passive Unvererblichkeit bedarf keiner näheren Begründung. Die aktive Unvererblichkeit ergiebt sich mit Notwendigkeit daraus, daß auch da, wo Vorzugsrechte in Bezug auf die Erteilung der Popularklage bestehen, doch vor der Litiskontestation von einem festen Rechte der einzelnen Bürger in Bezug auf die Popularklage nicht die Rede sein kann. So ist denn auch in den Quellen ausgesprochen, daß Popularklagen nicht zu den *bona* gehören und daher auch nicht mit der Erbschaft dem Universallfideikommissar *ex scto. Trebelliano* zu restituieren seien.[1] Eher bedarf einer Erklärung der Ausdruck des Paulus in l. 7 D. de pop. act. 47, 23: *Item qui habet has actiones* u. s. w. Man kann doch nicht von jedem einzelnen Bürger, der möglicherweise die Popularklage erheben kann, sagen: *habet actionem popularem*. Vielleicht konnte aber von demjenigen, *ad quem res pertinet* oder *cuius interest* oder von dem, welcher vom Prätor als derjenige bezeichnet ist, dem als *idoneior* die Klage gegeben werden solle, gesagt werden: *habet actionem*, obwohl sie vor erfolgter Litiskontestation auch auf seine Erben nicht überging.

Actiones concurrentes.

§ 105. Gegenüber der seit Savigny[2] zur Herrschaft gelangten Ansicht, wonach im Falle konkurrierender *actiones* das, was jemand durch eine Klage bereits erhalten hat, er nicht noch einmal mit einer anderen Klage fordern könne, hat neuerlich Eisele[3] entschiedenen Widerspruch erhoben und durch seine scharfsinnigen Ausführungen gezeigt, daß die Savigny'sche Auffassung den Quellen nicht entspricht. Eisele unterscheidet in dem Gebiete der sog. elektiven Klagenkonkurrenz, „bei welcher die Sachlage die ist, daß einem Berechtigten gegen einen Pflichtigen zur Erreichung eines und desselben Zwecks, nämlich eines und desselben vermögensrechtlichen Erfolges, mehrere Aktionen zustehen" zwei verschiedene Gruppen: bei der einen komme zu der Identität des Zweckes noch hinzu Identität der *causa*, wodurch *eadem res* und damit in weiterer Folge Konsumption durch Litiskontestation gegeben sei (Konsumptions-Konkurrenz); bei der andern liege lediglich Identität des Zwecks vor, und sei daher Konsumption durch Litiskontestation ausgeschlossen (Solutions-Konkurrenz). Inwieweit mit

mungen des Senatuskonsults bezw. Edikts wird eine Klage auf 100 aurei versprochen, von welcher es in l. 25 § 2 D. de Sct. Silaniano 29, 5 heißt: *palam autem est, popularem actionem esse.* Diese Klage, zu deren Aufstellung der Prätor wohl durch den Senat ermächtigt war, wird nicht wie eine gewöhnliche *actio popularis*, sondern mehr wie eine gesetzliche Strafklage behandelt. Das Eingeklagte soll nur zur Hälfte *praemii nomine* an den Kläger fallen, zur Hälfte in die Staatskasse fließen.

[1] L. 5 § 5 D. de his qui deiecerint 9, 3. L. 32 pr. D. ad leg. Falcid. 35, 2. L. 7 D. de pop. act. 47, 23.

[2] System V, S. 205 ff.

[3] Archiv f. d. civ. Pr. Bd. 79 S. 327 ff.

diesen Resultaten von Eisele's Forschungen das Ergebnis meiner eigenen Prüfung übereinstimmt, wird aus dem Folgenden hervorgehen. Zunächst möge auf folgenden Gegensatz in der Ausdrucksweise der römischen Juristen hingewiesen werden. In einer Anzahl von Stellen kommen die Wendungen vor, daß *altera* (*actio*) *alteram peremit* oder *consumit, altera per alteram tollitur* u. ä. In anderen dagegen findet sich die Ausdrucksweise, daß der Kläger *alterutra* oder *una actione contentus esse debet.* Ist mit diesen verschiedenen Wendungen derselbe oder ein verschiedener Gedanke ausgedrückt? Eisele meint, es könne ja nicht in Abrede gestellt werden, daß an und für sich der Ausdruck „*una actione contentus esse debet actor*" auch dann allenfalls gebraucht werden könnte, wenn erst Befriedigung des Klägers die andere *actio* beseitigte. Immerhin wäre der Ausdruck dann ungenau. Die früher angeführten Stellen (also namentlich die, wonach *altera alteram peremit* oder *consumit*) schnitten die Möglichkeit dieser Auffassung ab. Alle Stellen aber, in denen die Wendung „*alterutra* (oder *una*) *actione contentus esse debet*" setzen ausdrücklich voraus, daß beide konkurrierenden Klagen angestellt werden können: l. 18 D. ad leq. Aq. 9, 2 — *lege Aquilia et pigneraticia conveniri potest, sed* u. s. w. L. 43 D. locati 19, 2 — *eiusdem vulneris nomine legis Aquiliae et ex locato actio est, sed* u. s. w. L. 9. D. arb. furtim caes. 47, 7 — *etiam ex locato cum eo agi potest. plane* u. s. w. L. 4 § 1, L. 48, L. 50 D. pro socio 17, 2 — *Si damnum in re communi socius dedit, Aquilia teneri eum — — scribunt: sed nihilominus et pro socio tenetur, — — Sed actione pro socio consequitur, ut altera actione contentus esse debeat.* Wie ist nun dieses „*contentus esse debet*" zu verstehen? Bei dem Zufrieden-sein-müssen ist doch nicht an die bloße Anstellung, sondern an den Erfolg der Klage gedacht: der Kläger soll sich mit der Durchsetzung der einen *actio* begnügen müssen, nicht daneben noch die andere konkurrierende Klage durchsetzen wollen. Daß es so, wie es ja nur verstanden werden kann, auch nur verstanden ist, zeigen einige Stellen, in welchen darauf hingewiesen ist, wie der *actor* zu dem *contentum esse una actione* genötigt wird. So sagt L. 3 § 5 D. nautae caupones 4, 9: *Novissime videndum, an eiusdem rei nomine et de receptо honorario actione et furti agendum sit: et Pomponius dubitat: sed magis est, ut vel officio iudicis vel doli exceptione alterutra esse contentus debeat.* Es soll also, wenn er die eine *actio* schon durchgesetzt hat, der mit der andern *actio* Belangte, sei es *officio iudicis,* sei es infolge einer in die Formel eingerückten *doli exceptio* absolviert werden. Und die in L. 43 D. locati 19, 2 auf den Passus: *sed alterutra contentus actio esse debet* folgenden Worte: *idque officio iudicis continetur apud quem ex locato agetur,* zeigen, daß irgendwie der, welchem die beiden *actiones* zustehen, durch den *iudex apud quem ex locato agetur* genötigt werden soll, mit dem Erfolg der einen *actio* sich zu begnügen. Keinenfalls kann also auch nach dieser Stelle durch die auf die eine Klage erfolgte *litiscontestatio* die andere als konsumiert angesehen werden. Da es sich hier vorerst nur um die Bedeutung der Ausdrücke handelt, so wenden wir uns zunächst zu den in anderen Stellen vorkommenden: *altera actio alteram peremit* u. ä. Diese Ausdrücke können verschiedene Bedeutungen haben: sie können bedeuten, daß durch die Durchsetzung der einen Klage die andere aufgehoben werde, sie können aber auch den Sinn haben, daß schon durch die Anstellung der einen *actio,* die infolge derselben erfolgte Litiskontestation die andere *actio* untergehe. Die erstere Bedeutung haben sie z. B. in L. 34 pr. D. de obl. et act. 44,7 in den Worten: *alii per legis Aquiliae actionem actionem iniuriarum consumi, quoniam desiit bonum et aequum*

esse condemnari eum, qui aestimationem praestitit.[1] Und wenn in Bezug auf zwei Klagen, welche beide gegen den Verpflichteten durchgesetzt werden können, gesagt ist, daß die eine durch die andere nicht konsumiert werde, so folgt daraus, daß nicht bloß in den Fällen, in welchen etwa nach der *litiscontestatio* infolge der einen Klage die andere nicht mehr möglich, sondern auch in den Fällen, in welchen nach Durchsetzung der einen Klage die andere ausgeschlossen ist, die eine durch die andere konsumiert werde. Es kommt jedoch auch vor, daß bei *actiones,* von denen die eine nach Durchsetzung der anderen nur noch auf das *plus* zulässig ist, um welchen ihr Inhalt den der anderen übersteigt, gesagt wird, daß sie durch diese andere *non tollitur.*[2]

Zu bemerken ist auch, daß, wenn schon die Anstellung der einen Klage (bis zur Litiskontestation) die andere ausschließt, der vorsichtigere Ausdruck dahingeht, daß *vel ex locato vel ex lege Aquilia actio competit,* nicht dahin, daß die eine und die andere *actio* zustehe. Führt der Zusammenhang oder ein sonstiges Indicium zu keinem anderen Resultat, so wird die Wendung *„altera actio alteram consumit* oder *peremit* u. ä." im Zweifel von der Vernichtung der einen *actio* durch die Anstellung der andern zu verstehen sein. Vor allem werden wir nun fragen müssen, ob dieser Untergang der einen Klage durch Anstellung der andern als eine Anwendung der prozessualischen Konsumption anzusehen ist. Dann wäre es einfach unbegreiflich, wie eine Ansicht[3] auftauchen konnte, daß im Fall des *iniuriose verberare* eines fremden Sklaven die *actio iniuriarum* durch die Erhebung der *actio legis Aquiliae* und umgekehrt konsumiert werden könne? Die prozessualische Konsumtion geschieht vermittelst der *intentio*: soll eine *actio* durch die andere prozessualisch konsumiert werden, so muß bezüglich der *intentiones* der beiden eine solche Übereinstimmung vorliegen, daß durch die *intentio* der einen zugleich die der anderen konsumiert werden kann. Zwischen der *actio rationibus distrahendis* und der *actio tutelae* bestand wohl eine solche Konkurrenz, daß schon die Anstellung der ersteren die *actio tutelae* bezüglich des durch die

[1] Eisele, a. a. O. S. 339, beanstandet diesen Passus der Stelle: es sei nicht zu verstehen, warum es gegen die *aequitas* sein solle, nach Befriedigung des Schadensersatzanspruchs auch noch Befriedigung des Anspruchs auf Genugthuung für die persönliche Kränkung in der vom Recht anerkannten Form der *aestimatio iniuriae* zu verlangen. Die Erklärung jener Ansicht giebt wohl l. 8 C. de iniuriis 9, 35: *Dominum pro atroci iniuria, quem servus eius passus est, edicti perpetui actione proposita, qua damni etiam haberi rationem verbis evidenter exprimitur, agere posse convenit.* Auch bezüglich der *sepulchri violati actio,* welche gleichfalls *in bonum et aequum* konzipiert war, wird in l. 3 § 8 D. 47, 12 gesagt: *Qui de sepulchri violati actione iudicant, aestimabunt, quatenus interesit, scilicet ex iniuria quae facta est, item ex lucro eius qui violavit vel ex damno quod contigit* u. s. w. Bei der Abschätzung der dem Herrn in der Person seines Sklaven widerfahrenen *iniuria* mochte praktisch die Berücksichtigung des *damnum* eine große Rolle spielen, und so wird die Ansicht verständlich, welche mit der Durchsetzung der *actio legis Aquiliae* die *actio iniuriarum* für konsumiert erklärte. Auffällig bleibt, warum diese Ansicht nach Durchsetzung der *actio iniuriarum* aber noch die *actio legis Aquiliae* zulassen wollte. Vielleicht schien ihr die Formel derselben keine Handhabe zu bieten. Darin aber schloß sich Paulus dieser zweiten Meinung nicht an. Daß die Worte: *sed et haec sententia per praetorem inhibenda est* nicht unversehrt das, was Paulus geschrieben, wiedergeben, liegt auf der Hand. Aber die notwendige Verbesserung liegt sehr nahe. Paulus schrieb wohl: *sed et haec (sc. actio legis Aequilia) mea sententia per praetorem inhibenda est.* Nach Paulus' Ansicht ist nach Durchsetzung der *actio iniuriarum* die *actio legis Aquiliae* vom Prätor zu denegieren. Der Schluß der Stelle scheint auch mir interpoliert zu sein.

[2] L. 48 D. pro socio 17, 2: *Si actum sit communi dividundo, non tollitur pro socio actio — — — sed si postea pro socio agatur, hoc minus ex ea actione consequitur, quam ex prima actione consecutus est.* L. 34 pr. D. de o. et a. 44, 7.

erstere beregten Punktes ausschloß. Aber kann diese Ausschließung prozessualische Konsumtion gewesen, durch die *intentio* geschehen sein? Gewiß nicht. Bei der ersteren konnte sich der Kläger nach Cic. de or. I, 36, 166 einer *plus petitio* schuldig machen, bei der letzteren, welche die *intentio incerta „quidquid dare facere oportet ex fide bona“* hatte, nicht. Die *actio tutelae* hatte auch einen viel umfassenderen Inhalt, als die *actio rationibus distrahendis*, daher heißt es auch in L. 1 § 21 D. de tutelae 27, 3: — *et ideo, sive tutelae fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, sive contra tutelae, actio quod ad speciem istam peremta est.* Läge prozessualische Konsumtion vor, so müßte durch die *actio rationibus distrahendis* die *actio tutelae* wegen ihrer *intentio quidquid dare facere oportet“* völlig konsumiert sein, nicht bloß *„quod ad speciem istam“*, eine teilweise Konsumtion kann bei *actiones* mit jener unbestimmten *intentio* nur vermöge einer *praescriptio pro actore* erreicht werden. Die Vernichtung der einen *actio* durch Anstellung der andern ist hier also anders zu denken. Schon vorher ist darauf hingewiesen worden, daß nach präziser Ausdrucksweise hier nur die eine oder die andere *actio* zusteht. Der Berechtigte hat also nur die Wahl zwischen diesen verschiedenen *actiones*, und wenn die getroffene Wahl für ihn bindend geworden ist, so ist die andere *actio* erloschen. Unwiderruflich wird aber die Wahl durch die Litiskontestation bezw. das Urteil: insofern spielt hier die prozessualische Konsumtion eine Rolle. Die andere *actio* ist nicht durch prozessualische Konsumtion, sondern durch die unwiderruflich gewordene Wahl der ersten *actio* erloschen. Dieser Untergang tritt *ipso iure* ein, wenn die konsumierte Klage *ipso iure* konsumiert ist, dagegen *per exceptionem*, wenn sie nur *ope exceptionis* konsumiert ist. Die der anderen Klage entgegenzusetzende *exceptio* war aber nicht die *exceptio rei in iudicium deductae*, es war auch nicht die *exceptio doli*, sondern eine *exceptio in factum*.

Schwierig bleibt die Abgrenzung der Fälle, in welchen Konsumtion durch Anstellung der einen Klage eintritt, von denen, in welchen sie erst durch die Durchsetzung der einen *actio* erfolgt, insbesondere weil es hier nicht an Meinungsverschiedenheit unter den römischen Juristen gefehlt zu haben scheint. Nach Eisele liegt, um seinen Ausdruck zu gebrauchen, Konsumtions-Konkurrenz vor, wenn zu der Identität des Zwecks der *actiones* noch Identität der *causa*, Einheit des die Verpflichtung zur Existenz bringenden Thatbestandes hinzukommt. Aber leider hilft uns diese allgemeine Formel nicht über die Schwierigkeiten hinweg. Bei *actio rationibus distrahendis* und *actio tutelae* liegt jedenfalls solche Identität der *causa* vor, worauf auch in l. 1 § 21 D. de tutelae 27, 3 ausdrücklich hingewiesen wird: *In tutela ex una obligatione duas esse actiones constat, et ideo* u. s. w. Auch bei Konkurrenz von *actio quod metus causa* und *actio doli* (auf Rückgabe oder Entschädigung) liegt nicht bloß Identität des Zwecks, sondern auch der *causa* vor, denn der Zwang schließt den *dolus* in sich. Es ist daher nicht zu bezweifeln, daß bei dem *consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita*[1] an Konsumtion durch Anstellung der einen Klage zu denken ist.

Nicht so einfach liegt die Sache, wenn ein *socius* wegen der auf eine gemeinschaftliche Sache gemachten Verwendungen und der von einem anderen *socius* gezogenen Früchte der Sache entweder mit der *actio communi dividundo* oder mit der *actio pro socio* Ersatz verlangen kann. Aus derselben Thatsache waren beide Klagen entsprungen, und Proculus nimmt daher nach l. 38 § 1 D. pro socio 17, 2

[1] L. 14 § 13 D. quod met. c. 4, 2.

infolge der Anstellung der einen Klage Konsumtion der andern an. Ulpian aber, in Berücksichtigung der verschiedenen rechtlichen Grundlage der einen und der andern *actio*: der *communio* und des Societätsvertrages, entscheidet: *si actum est communi dividundo, non tollitur pro socio actio* (l. 43 pr. D. eod. tit.)

Infolge desselben Faktums, nämlich einer und derselben beschädigenden Handlung, kann jemand einem andern zum Schadensersatz verpflichtet sein vermöge der *actio legis Aquiliae* und einer Kontraktsklage, etwa der *actio locati* oder *pro socio* oder *commodati* u. s. w. Auch hier lag Meinungsverschiedenheit der römischen Juristen vor. Proculus nahm an, daß, *si uno judicio res esset iudicata, altero amplius non agendum;* er nahm also an, daß schon die definitive Wahl der einen *actio* die andere ausschließe.[1] Paulus und Ulpian dagegen nahmen an, daß erst durch die Durchsetzung der einen Klage die andere beseitigt werde, der Klagberechtigte sich mit der einen begnügen müsse. Vgl. l. 34 § 2 D. de obl. et act. 44, 7; l. 47 § 1 — l. 50 pr. D. pro socio 17, 2; l. 43 D. locati 19, 2; l. 18 D. ad leg. Aq. 9, 2; l. 25 § 5 D. locati 19, 2; l. 7 § 1 D. commod. 13, 6. Sie nahmen trotz der einen beschädigenden Handlung doch keine Identität der *causa* an, denn die *causa* der einen *actio* war das Delikt, die der andern die kontraktliche Verpflichtung, welche durch die schuldvolle Handlung verletzt war. Eine besondere Beachtung verlangt l. 18 § 1 D. commodati 13, 6 von Gaius: *Sive autem pignus sive commodata res sive deposita deterior ab eo, qui acceperit, facta sit, non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam legis Aquiliae.* Mit den *istae actiones, de quibus loquimur,* sind nicht die aus dem *pignus, commodatum, depositum* entspringenden Kontraktsklagen, die *actiones in ius conceptae* gemeint, sondern die *actiones in factum conceptae,* welche nicht Kontraktsklagen, sondern deliktische Pönalklagen waren. Bezüglich dieser und der *actio legis Aquiliae* lag Identität der *causa* vor: die deliktische Handlung des Pfandgläubigers u. s. w. Hier mußte also gesagt werden: *si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur.*

Wenn eine Kontraktsklage mit einer *condictio* wegen unrechtmäßiger bezw. grundloser Bereicherung, insbesondere der *condictio furtiva* konkurrierte, so wurde Identität des Rechtsgrundes beider *actiones* nicht angenommen: die eine hat den betreffenden Kontrakt zum Fundament, die andere die grundlose Bereicherung. Nur die Durchsetzung der einen Klage hob die andere auf: war diese andere eine *bonae fidei actio,* so konnte man annehmen, daß sie *ipso iure* erlösche; war sie es nicht, wie die *condictio furtiva,* so bedurfte es zum Ausschluß derselben einer *exceptio* (l. 71 D. de furtis 47, 2). Sicherer war es aber immer, der Erhebung der anderen Klage eine *exceptio* zu opponieren, da man doch keine Gewähr dafür hatte, daß der *iudex* den Untergang dieser anderen Klage annehmen werde. Daß Paulus in l. 34 § 1 D. de obl. et act. 44,7 bei den Worten: *altera actio alteram peremit aut ipso jure aut per exceptionem, quod est tutius* nicht an Aufhebung der einen Klage durch Anstellung der andern denkt, zeigen die darauf folgenden Worte in § 2: *Hinc de colono responsum est, si aliquid ex fundo subtraxerit* u. s. w. Das Responsum bezüglich der gegen den *colonus* begründeten *condictio furtiva* und *actio locati,* welches der Entscheidung bezüglich der gegen den

[1] Daß Proculus nach l. 27 § 11 D. ad leg. Aq. 9, 2 (cfr. Collat. 12, 7, 9) erst mit dem Urteil über die eine *actio* die andere für ausgeschlossen hält, erklärt sich wohl aus der Besonderheit des entschiedenen Falls. Vollständige Identität der *causa* nahm er an, wenn der *colonus* von *culpa* frei war, sich also ebenso, wie gegenüber der *actio legis Aquiliae,* durch *noxae deditio* befreien konnte. Dies, ob er von *culpa* frei war, stand erst mit dem Urteil fest.

Kommodatar begründeten *condictio furtiva* und *actio commodati (directa)* entsprechen soll, geht dahin, daß jene *actiones inter se miscentur*, nur die Durchsetzung der einen schließt also die andere aus.

Besonders mögen noch die Fälle ins Auge gefaßt werden, in welchen aus einem Delikt mehrere *actiones* entsprangen. Daß auch die aus dem Delikt entspringende Schadenersatzklage als eine *actio poenalis* angesehen wurde, ist in anderem Zusammenhange dargelegt. Entsprangen nun jene *actiones* aus verschiedenen Gesetzen, so ging die ältere Ansicht entschieden dahin, daß die mehreren *actiones*, wenn auch aus derselben deliktischen Handlung entsprungen, nebeneinander durchgesetzt werden könnten. So läßt, *si arbores furtim caesae sint, Labeo* die *actio legis Aquiliae* und die *ex lege XII. tabularum* nebeneinander zu (l. 1 D. arb. furtim caes. 47,7), und noch Paulus entscheidet in gleicher Weise (l. 11 D. eod. tit. — *manente nihilominus actione ex lege XII tabularum*).

Da die genannten *actiones* auf verschiedene Gesetze sich gründeten, so sah die ältere Auffassung sich nicht für befugt an, eine derselben durch die Durchsetzung der anderen absorbieren zu lassen. Anders stand es mit den nur auf dem prätorischen Edikt beruhenden Rechtsmitteln. Sie beruhten alle auf derselben Rechtsquelle, und man konnte für die Entscheidung der Frage, ob die mehreren dasselbe Delikt unter verschiedenen Gesichtspunkten treffenden *actiones* nebeneinander durchgesetzt werden könnten, auf den Willen des Prätors rekurrieren. Hatte man Grund, die Absicht einer besonderen Strenge anzunehmen, so mochte man sich dahin entscheiden, daß die mehreren *actiones* nebeneinander durchgesetzt werden könnten. Ebenso konnte man, wenn ein prätorisches Rechtsmittel neben einem civilrechtlichen aufgestellt war, fragen, ob es Wille des Prätors sei, daß das eine und das andere durchgesetzt werden könnte. Zweifel blieben da natürlich nicht aus. So wird in Bezug auf das Verhältnis der *actio in quadruplum* wegen *calumnia* zur *condictio ob turpem causam* gefragt in l. 5 § 1 D. de calumniator. 3, 6: *quare si fuerit condictum, utrum tollitur haec actio, an vero in triplum danda sit? an exemplo furis et in quadruplum actionem damus et condictionem?* Ebenso bestanden Zweifel bezüglich des Verhältnisses der *actio de recepto* und der *act. furti adversus nautas*, nach l. 3 § 5 D. naut. caup. 4, 9: *Novissime videndum, an eiusdem rei nomine et de recepto honoraria actione et furti agendum sit: et Pomponius dubitat: sed magis est* u. s. w.

Wenn im Fall des Delikts eines Sklaven der Herr *ob scientiam* haftet, so erhebt sich die Frage, *an servi quoque nomine danda sit actio*[1] (so daß der Herr zweimal zahlen oder einmal wegen seiner *scientia* den Schaden ersetzen und dann noch *servi nomine* den Sklaven *noxae dedere* müßte). Hier wird in den folgenden Worten: *nisi forte praetor unam poenam a domino exigi voluit* die Möglichkeit angedeutet, daß der Prätor die *poena* nur einmal vom Herrn beigetrieben wissen wolle. Soll aber deshalb, weil etwa der Prätor die Strafe nur einmal vom *dominus* beigetrieben wissen will, wegen des *dolus* des Sklaven gar nicht geklagt werden können? Dies wird für unbillig erklärt: der Herr soll hier sowohl *suo nomine* als *servi nomine* haften, zwei Pönalklagen sollen gegen ihn begründet sein, aber mit Beitreibung der einen *poena* wird der Anspruch auf die andere aufgehoben. Die Worte *utroque modo dominus tenebitur* bedeuten also nicht, daß der *dominus* zweimal zahlen müsse, sondern, daß er auf zweifache Weise belangt werden könne.[2]

[1] L. 4 § 2 D. de nox. act. 9, 4.

[2] Eisele, a. a. O. 373, behauptet, die Worte *una autem poena exacta* u. s. w. seien mit

Von besonderen Interesse ist noch die Entscheidung des Paulus in l. 11 D. arbor. furtim caes. 47, 7: *Sed si de arboribus caesis ex lege Aquilia actum sit, interdicto quod vi aut clam reddito absolvetur, si satis prima condemnatione gravaverit reum, manente nihilominus actione ex lege duodecim tabularum.* Paulus folgt noch der Meinung des Labeo, daß die auf verschiedenen Gesetzen beruhenden Strafansprüche auf dasselbe vermögensrechtliche Ziel nebeneinander durchgesetzt werden können, während er das vom Willen des Prätors abhängende *interdictum quod vi aut clam* durch die Durchsetzung einer jener Klagen konsumiert werden läßt. Vgl. noch l. 15 § 12 D. quod vi aut clam 43, 24.

Es bedarf noch eines näheren Eingehens auf die Frage, in welcher Weise in den Fällen, in welchen nicht schon durch die Anstellung der einen der *actiones concurrentes* die andere konsumiert wurde, die Durchsetzung der anderen verhindert worden ist. Hier lag eine doppelte Möglichkeit vor. Schon der *iudex* der zuerst angestellten *actio* konnte auf das Konkurrenzverhältnis Rücksicht nehmen und seinen Restitutionsbefehl bezw. seine *condemnatio* davon abhängig machen, daß der Kläger dem Beklagten die andere oder anderen *actiones* ganz bezw. teilweise erlasse. Diese Rücksicht zu nehmen, lag entweder im *officium* des *iudex*, wie bei der arbitrarischen *rei vindicatio* und der *hereditatis petitio*, auch bei einer *bonae fidei actio*, oder er wurde dazu durch die in die Formel gerückte *doli exceptio* genötigt, zufolge welcher er den Beklagten freisprechen mußte, wenn der Kläger sich nicht zu dem *remittere actionem* verstand. Das *remittere actionem* wurde schwerlich durch eine einfache Verzichtserklärung bewirkt, sondern etwa durch eine dem Beklagten zu leistende Kaution, z. B. *se lege Aquilia non acturum*, oder, wenn die zu remittierende Klage eine *actio ex stipulatu* war, durch Acceptilation. Nicht immer aber war die Sache der Billigkeit gemäß durch das Abhängigmachen der *condemnatio* von dem *remittere* der andern *actio* zu erledigen. Die eine der beiden konkurrierenden *actiones* war in irgend welcher Beziehung vorteilhafter. Es handelt sich z. B. um einen herauszugebenden Sklaven, der vom Besitzer schuldvollerweise beschädigt ist. Die Beschädigung kann bei der *rei vindicatio* oder, falls es sich um einen *hereditarius servus* handelt, der *hereditatis petitio* abgeschätzt und in der *condemnatio* berücksichtigt werden, es kann aber auch wegen derselben mit der *actio legis Aquiliae* geklagt werden. Die *actio legis Aquiliae* bot dem Klagberechtigten den Vorteil gegenüber der *rei vindicatio*, daß infolge Leugnens des Beklagten die *condemnatio* auf das Doppelte stieg. Hier soll wenigstens nach der Ansicht späterer Juristen, so des Pomponius und Paulus, dem Klagberechtigten die Wahl gegeben werden, ob er Abschätzung des Schadens bei der zuerst erhobenen *rei vindicatio* bezw. *hereditatis petitio* will, so daß nach Restitution des Sklaven immer noch gegen Verzicht auf die *actio legis Aquiliae* auf den Betrag dieses Schadens zu kondemnieren ist, oder ob er lieber den Schadensersatzanspruch mit der *actio legis Aquiliae* verfolgen will. Letzterenfalls ist bei der *rei vindicatio* bezw. *hereditatis petitio* der Beklagte nach erfolgter Restitution des Sklaven zu absolvieren, kann dann aber bei der dann noch geltend gemachten *actio legis Aquiliae* im Fall seines Leugnens auf das Doppelte verurteilt werden.[1] Konkurrieren *condictio furtiva* und *rei vindicatio*, so soll, wenn die *rei vindicatio* zuerst angestellt wird, der Restitutionsbefehl davon abhängig gemacht werden, daß der Kläger auf die *condictio furtiva* ver-

Sicherheit als interpoliert anzusehen. Wenn hier schon Sicherheit vorliegen soll, dann ist allerdings die Annahme von Interpolationen sehr leicht gemacht.

[1] L. 13 u. 14 D. de r. v. 6, 1. L. 36 § 2 D. de hered. pet. 5, 3.

zichtet. Die *rei vindicatio* bietet gegenüber der *condictio furtiva* den Vorteil, daß, falls dem Restitutionsbefehl des *iudex*, nicht Folge geleistet wird, der Kläger zum *iusiurandum in litem* zugelassen wird, vermittelst welches er einen höheren Interessenbetrag erlangen kann. Ist nun die *condictio furtiva* zuerst angestellt und vom Beklagten die *litis aestimatio* gezahlt, so soll bei der dann erhobenen *rei vindicatio officio iudicis* dem Kläger die Wahl gelassen werden, ob der Beklagte zu absolvieren sei, oder ob er die bereits erhaltene *litis aestimatio* freiwillig zurückgeben will, so daß er, wenn der Beklagte dem Restitutionsbefehl nicht nachkommt, zum *iusiurandum in litem* zugelassen wird. Auch bei Konkurrenz der *commodati actio* mit der *actio legis Aquiliae* wird von Ulpian in entsprechender Weise entschieden. Wird hier mit *commodati actio* geklagt, so soll nach l. 7 § 1 D. commodati 13, 6 die *condemnatio* nur erfolgen, wenn der Kläger auf die *actio legis Aquiliae* verzichtet: *nisi forte quis dicet agendo eum e lege Aquilia hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est: quod viditur habere rationem.* Hier ist jedoch, wenn auch in sehr vorsichtigem Ausdruck, ein etwas anderer Weg vorgeschlagen. Es ist nicht davon die Rede, daß bei der *commodati actio* dem Klagberechtigten eine Wahl einzuräumen sei, oder daß er bei der später erhobenen *legis Aquiliae actio* die erhaltene *aestimatio* freiwillig zurückzugeben habe, sondern er soll bei der später erhobenen Klage einfach auf so viel weniger kondemniert werden, als er schon vermittelst der frühern Klage erhalten hat. Ob auch Paulus dieser Ansicht war, läßt sich nicht mit Sicherheit entscheiden, denn es ist meines Erachtens nicht unwahrscheinlich, daß der Schluß vor l. 34 pr. D. de obl. et act. 44, 7 interpoliert ist.[2]

Ganz regelmäßig finden wir das zuletzt betrachtete Verfahren eingeschlagen in Fällen, in welchen mehrere Kontraktsklagen auf dasselbe Interesse begründet sind. Konkurrieren die *actiones* aus einem *bonae fidei* Kontrakt, z. B. einer Societät oder einem Kaufkontrakt, und aus einer *stipulatio poenae*, so kann nach den Entscheidungen Julian's und Ulpian's in l. 28 D. de act. empt. 19, 1 und l. 42 D. pro socio 17, 2 nach Beitreibung der *poena ex stipulatu* mit der *actio ex vendito* oder *pro socio* nur noch auf den Betrag geklagt werden, um welchen das mit dieser geltend zu machende Interesse die versprochene *poena* übersteigt. Dem entspricht die Entscheidung Ulpian's in l. 43 D. eod. tit., nach welcher bei Konkurrenz von *actio communi dividundo* und *actio pro socio* nach Durchsetzung der ersteren mit der letzteren um so viel weniger erlangt werden kann, als mit jener bereits erlangt ist.[3] Auffällig ist daher gar nicht der Ausspruch desselben Ulpian in l. 47 pr. D. eod. tit., daß bei Konkurrenz von *condictio furtiva* und *actio pro socio* nach Durchsetzung der ersteren die letztere

[1] L. 9 § 1 D. de furtis 47, 2.

[2] Beim Konkurrieren der *actio legis Aquiliae* mit einer Kontraktaklage, z. B. der *actio commodati*, konnte in Frage kommen, ob nicht nach Durchsetzung der letztern die *actio legis Aquiliae* noch angestellt werden könne auf das *amplius*, welches sich infolge der bei der letztern stattfindenden eigentümlichen Schätzung ergeben konnte. Dieses *amplius* war aber ein bloßes, unselbständiges *accessorium* des einfachen Betrags der Obligation. Paulus hat geschrieben: *non remanere*, die Kompilatoren aber haben das *non* gestrichen, ohne auch in ihrer Flüchtigkeit die zu dieser Streichung nicht passende Begründung zu ändern. Vgl. Huschke in d. Ztschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. Bd. II S. 184 ff. Eisele, a. a. O. S. 345 ff.

[3] Daß das Subjekt zu *consequitur* vorher nicht genannt ist, kann deshalb nicht befremden, weil die kleinen Fragmente von l. 41 an in Verbindung miteinander stehen, auch l. 43 ein aus einer zusammenhängenden Darstellung losgelöstes Stück sein kann.

wegfalle, *nisi si pluris mea intersit.* Eisele hält den Zusatz *nisi si pluris mea intersit* für interpoliert, meines Erachtens aus nicht zureichenden Gründen. Es sei nicht einzusehen, inwiefern mit der *actio pro socio* ein höherer Schadensersatz sollte erzielt werden können, als mit der *condicto furtiva.* Dergleichen Fälle können aber gewiß vorkommen. Wenn z. B. ein gemeinschaftlicher Sklave, welcher wichtige Geschäfte der *socii* verwaltete, von einem der *socii* entwandt wird, so kann wohl der Wert des Sklaven (bezw. auch der Wert einer ihm hinterlassenen Erbschaft, um welche die *socii* nun gebracht sind) mit der *condictio furtiva* verlangt werden, aber schwerlich der Schaden, welchen sie in ihren Geschäften durch den Verlust des tüchtigen Geschäftsführers erleiden. Die etwas nachlässige Ausdrucksweise kann gewiß die Annahme einer Interpellation nicht begründen.

Im allgemeinen scheinen die späteren Juristen geneigter gewesen zu sein, nicht dem *iudex* der früheren Klage, sondern dem der späteren die Berücksichtigung des Einflusses der Konkurrenz zu überlassen, weil der erstere nur durch die Erzwingung des *remittere actionem* die Konkurrenz zur Geltung bringen, der letztere aber das bereits vermöge der früheren Klage Erhaltene anrechnen und auf den etwaigen Überschuß verurteilen konnte. In einer allgemeinen Äußerung scheint dies in l. 41 § 1 D. de obl. et act. 44, 7 ausgesprochen zu sein: *Si ex eodem facto duae competant actiones, postea* (wohl entstanden aus der Abkürzung *poster.* = *posterioris*) *iudicis partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus, id* (lies *nil*) *consequatur.* Aber in Zeiten, in welchen die Formeln noch nicht alle Bedeutung verloren hatten, wird man es nicht immer ohne weiteres als im *officium* des *iudex* gelegen angesehen haben, bei der *condemnatio* das schon vermöge der frühern Klage Erlangte in Abzug zu bringen. Wenn aus einem deliktschen Handeln zwei Pönalklagen entspringen, wie aus dem Raub die *actio vi bonorum raptorum* und die *actio furti nec manifesti*, so kann nach Durchsetzung der umfassenderen, der *actio vi bonorum raptorum in quadruplum,* die *actio furti* nicht mehr angestellt werden, der Prätor denegiert sie. Dagegen nach Durchsetzung der minder umfassenden, der *actio furti* auf das *duplum*, kann die *actio vi bonorum raptorum* noch angestellt werden, aber nur mit der Beschränkung, daß der Kläger nur *quod amplius in ea est consequatur.* Würde nun aber der Prätor die Klage ohne Beschränkung gewähren, so würde der *iudex* ohne irgend welchen Abzug auf das *quadruplum* verurteilen können, ja er würde dazu, ohne irgend eine Ermächtigung zum Abzuge, verpflichtet sein. Solchenfalls wird also der Prätor den *iudex* durch eine der *condemnatio* der Formel hinzugefügte Beschränkung zu dem Abzuge ermächtigt haben. Schon Trebatius sprach sich bei Konkurrenz, der auf verschiedenen Gesetzen beruhenden *actio arborum furtim caesarum* und *actio legis Aquiliae* dahin aus, nach l. 1 D. arb. furtim caes. 47, 7: *sed Trebatius ita utramque dandam, ut iudex in posteriore deducat id quod ex prima consecutus sit et reliquo condemnet.* Die Worte *ita utramque dandam* zeigen, daß Trebatius an die Hinzufügung einer Kondemnationsbeschränkung bei der *posterior actio* denkt.

Es bleiben noch einige allgemeinen den Aktionenkonkurs betreffenden Quellenstellen zu betrachten. In l. 60 D. de o. et a. 44, 7 stellt Ulpian die allgemeine Regel auf: *Nunquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit.* Ich kann mich nur der Interpretation dieser Äußerung entschliessen, wonach die infolge der einen Klage erfolgte Prozeßkonsumtion die andere nicht ausschließt.[1] Damit stimmt überein eine Stelle des jüngsten in den

[1] Vgl. die bei Merkel, Über den Konkurs der Aktionen S. 60 A. 5 Citierten.

Digesten excerpierten Juristen, des Hermogenian, l. 32 D. eod. tit. *Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit, cum arbores furtim caesae dicuntur, omnibus experiri permitti, post magnas varietates optinuit.* Hier ist nur gesagt, daß nicht das *experiri* mit der einen der verschiedenen aus der einen deliktischen Handlung entspringenden *actiones*, die Anstellung derselben, die anderen aufhebe, nicht aber, daß sie alle nebeneinander durchgesetzt werden können. Zugleich aber ist aus den Worten *post magnas varietates optinuit* zu entnehmen, daß der Satz, welchen Hermogenian als den siegreichen bezeichnet, früher sehr bestritten war. Es mögen überhaupt über die Behandlung von *actiones concurrentes* mehr Kontroversen unter den römischen Juristen bestanden haben, als jetzt noch erkennbar ist. — Nicht in Widerspruch mit den zuletzt angeführten Stellen steht die Äußerung des Modestinus in l. 53 D. eod. tit.: *Plura delicta in una re plures admittunt actiones, sed non posse omnibus uti probatum est: nam si ex una obligatione plures actiones nascantur, una tantummodo, non omnibus utendum est.* Unter den *plura delicta* sind hier nicht mehre deliktische Handlungen zu verstehen, sondern *plura delicta in una re* sind in einer Thatsache enthaltene mehrere Deliktsbegriffe (wie *vis* und *dolus, rapina* und *furtum*). Demgemäß ist unter *una obligatio* e i n e obligierende Handlung zu verstehen. *Actione uti* ist nun von Modestin nicht in dem Sinne gebraucht, in welchem Hermogenian *actione experiri* gebraucht. Er denkt sich dabei ein Gebrauchen mit Erfolg und will mit den Worten *una tantummodo, non omnibus utendum est* wohl nur sagen, das der Klagberechtigte sich mit einer Klage (nämlich der Durchsetzung derselben) begnügen müsse.

Die in l. 60 D. cit. enthaltene Äußerung Ulpian's findet sich in etwas veränderter Fassung wiederholt in l. 130 D. de r. j. 50, 17: *Nunquam actiones praesertim poenales de eadem re concurrentes alia aliam consumit,* womit § 1 I. si quadrupes 4, 9 wörtlich übereinstimmt. In den Institutionen schließt sich der Satz mit einem zwischen *nunquam* und *actiones* eingeschobenen *enim* an die vorhergehenden Worte: *praeter has autem aedilitias actiones et de pauperie competit.* Darin folgen die Institutionen wohl einfach dem Vorgange Ulpian's, der im 17. Buch seines Ediktskommentars auch über das Edikt „*si quadrupes pauperiem fecerit*" handelte. Die ursprüngliche Fassung des Ulpianischen Textes geben aber nicht diese Stellen, sondern die l. 60 cit. wieder. Das eingeschobene *praesertim* und *de eadem re* statt *de eadem pecunia* ist auf Rechnung der Kompilatoren zu setzen.[1] Die Kompilatoren wollten den von Ulpian nur für *actiones poenales* ausgesprochenen Satz verallgemeinern: sie nahmen in den Titel *de regulis iuris* die Stelle in einer Fassung auf, in welcher sie aussprechen sollte, daß bei Klagenkonkurrenz durch die (bloße) Anstellung der einen Klage die andere nicht vernichtet werden sollte. Der Moment, der früher in Fällen, in welchen zwischen zwei Klagen gewählt werden sollte, die getroffene Wahl unwiderruflich machte, nämlich der der Litiskontestation bei der zuerst angestellten Klage, konnte nach justinianischem Recht, welches die prozessualische Konsumtion nicht mehr kannte, nicht maßgebend sein. Auch l. 43 § 1 D. de r. j. 50, 17 von Ulpian: *Quotiens concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, una quis experiri debet* hat im justinianischen Recht den Sinn, daß von den konkurrierenden Klagen nur eine durchgesetzt werden kann.

[1] Darin ist Eisele, a. a. O. S. 379 f., zuzustimmen; rücksichtlich des Grundes der Änderung weiche ich von ihm ab.

Die Exceptionen.

§ 106. In einer Darstellung des *ius honorarium* können die Exceptionen ihrer materiellen Bedeutung nach nicht übergangen werden. Sie gehören einem bereits entwickelteren Zustand des Rechts an, in welchem die die Eigentümlichkeit des konkreten Falls berücksichtigende *aequitas* für den Beklagten in ihr ein regelmäßiges Organ gewonnen hat. Die *exceptio* setzt ein bestehendes Recht des Klägers voraus. Käme nur die Existenz desselben in Betracht, so müßte der Beklagte vom *iudex* kondemniert werden, da er in der Formel angewiesen wird, bei Existenz des Rechts zu kondemnieren. Die *exceptio* ist prozessualisch eine Verteidigung des Beklagten gegenüber dem in der *actio* liegenden Angriff; sie will trotz der Existenz des Klagrechts die Kondemnation des Beklagten vereiteln. Die *condemnatio* zieht die Folgerung aus dem in der *intentio* behaupteten Recht, sie ist die Geltendmachung des Inhalts des Rechts gegen den Beklagten, sie verlangt die Gewährung des Inhalts des Rechts seitens des Beklagten (wenn auch in Geld umgesetzt). Die *exceptio* ist nun materiell eine Zuständigkeit, auf Grund deren in dem konkreten Fall die Gewährung des dem klägerischen Recht Entsprechenden verweigert werden kann, also die Kondemnation ausgeschlossen wird. Die durch die *exceptio* bewirkte Unwirksamkeit des Klagrechts beruht auf einem innern Zusammenhange beider und der Billigkeit der Berücksichtigung dieses Zusammenhangs. Indem der Kläger nur sein Recht geltend macht und die der *exceptio* zu Grunde liegenden Umstände nicht berücksichtigt, läßt er die totale Natur des konkreten Falls außer acht: nur *prima facie* ist seine *actio iusta*, bei Berücksichtigung der Totalität des konkreten Falls ist sie *iniqua*.[1] Indem so die *exceptio* die Individualität des konkreten Falls gegenüber der Regel des Klagerechts zu Gunsten des Beklagten zur Geltung bringt, ist sie ein Organ der *aequitas*. Es ist darnach auch begreiflich, daß der Legisaktionenprozeß, welcher streng den Rechtssatz, auf welchem die *actio* beruht, zur Durchführung bringt, ohne Rücksicht auf Momente des einzelnen Falls, welche in dem Rechtssatz keine Beachtung gefunden haben, und in welchen die die Individualität des konkreten Falls ins Auge fassende *aequitas* noch nicht eingedrungen war, keine Exceptionen kannte. Das *agere per sponsionem* besaß aber bereits die Geschmeidigkeit, welche dazu erforderlich war, um Einwänden auf Grund der *aequitas* Eingang zu verschaffen: in die *sponsio*, deren Fassung vom Magistrat angeordnet werden konnte, ließ sich auch eine *exceptio* aufnehmen (vgl. lex Rubria XIX: — *is in id decretum interdictum sponsionem iudicium exceptionem addito addive iubeto* u. s. w.). Das Hauptanwendungsgebiet der Exceptionen wurden aber erst die *formulae iudiciorum*.

Zunächst kommt hier für uns die Frage in Betracht, ob, wie es *actiones* verheißende Edikte gab, so überhaupt Exceptionen verheißende Edikte vorgekommen seien. Das, meine ich, ist schon nach dem Begriff der Exceptionen zu verneinen. Die *exceptio*, mag sie auch Mängel des klägerischen Rechts hervorheben, welche häufig im praktischen Leben vorkommen, will doch als solche nicht selbst eine Regel zur Geltung bringen, sondern einen Umstand hervorheben, welcher die Anwendung der der *actio* zu Grunde liegenden Regel im konkreten Fall als unbillig erscheinen läßt. So auf den konkreten Fall

[1] Vgl. darüber namentlich Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts S. 178 ff.

berechnet, eignet sie sich nicht zu einem eine Regel aufstellenden, vorhergehenden ediktalen Versprechen. In der That sind auch solche Versprechen von Exceptionen, etwa in dem die Klage verheißenden Edikt, nicht nachweisbar.[1] Eine Ausnahme ist nur nachweisbar für die *temporis exceptio* der *temporales actiones*. Es war sehr natürlich und durch das Bedürfnis gefordert, daß der Prätor in dem die Klage verheißenden Edikt angab, binnen welcher Frist er sie gewähren wolle.

Wenn auch keine Verheißung einer *exceptio*, so findet sich doch für gewisse Fälle die Ankündigung in einem Edikt, daß der Prätor eine Klage denegieren, sie nicht gewähren wolle. Das führt auf die Frage, ob ein Unterschied bezw. welcher zwischen prätorischer *denegatio actionis* und Gewährung der *actio cum exceptione* bestand. Es kann kein Zweifel sein, daß in solchem Fall, in welchem der Prätor eine *actio* denegieren will oder etwa nach einem Senatuskonsult denegieren soll, er dieser Verheißung oder Vorschrift auch in der Weise nachkommen kann, daß er die *actio cum exceptione* gewährt, also für den Fall, daß die *exceptio* begründet sei, den *iudex* anweist, den Beklagten zu absolvieren. Sicher ist auch andererseits, daß in der Mehrzahl der Fälle, in denen der Prätor Exceptionen gewährt, er nicht etwa in der Form im voraus im Edikt die *exceptio* verspricht, daß er für die betreffenden Fälle ankündigt, er werde die *actio* denegieren. Keller sagt (Civilpr. § 36): „Ist dagegen die Einwendung schon vor dem Prätor sowohl ihrer Wahrheit als ihrer Erheblichkeit nach unbestritten oder unzweifelhaft, so kann sie nicht durch *exceptio* zur Untersuchung verstellt werden, sondern es muß schon jetzt die Wirkung Platz greifen, welche sie bei günstigem Ausgange der Untersuchung gehabt haben würde, d. i. die Abweisung der Klage durch den Prätor selbst, die *denegatio actionis*." Das erklärt gewiß genügend, warum in den Fällen, in welchen die *denegatio actionis* im Edikt versprochen oder in einem Senatuskonsult angeordnet ist, die Verheißung oder Vorschrift meistens in der Weise zur Ausführung kommt, daß die *actio cum exceptione* gewährt wird. Es giebt uns aber keinen Aufschluß, warum in gewissen Fällen die *denegatio actionis* vorher versprochen bezw. vorgeschrieben wird. Bevor wir diese Fälle betrachten, sei darauf hingewiesen, daß die Einfügung einer *exceptio* einen Antrag des Beklagten voraussetzt. Es kann aber im öffentlichen Interesse, also im *officium* des Prätors liegen, eine *ipso iure* begründete *actio* auch ohne solchen Antrag zu denegieren. Solchen Fall behandelt l. 15 § 1 D. ad leg. Falcid. 35, 2: *Frater cum heredem sororem scriberet, alium ab ea cui donatum voluit stipulari curavit, ne Falcidia uteretur et ut certam pecuniam, si contra fecisset, praestaret. privatorum cautione legibus non esse refragandum constitit et ideo sororem iure publico retentionem habituram et actionem ex stipulatu denegandam.*

Die Fälle, in denen *denegatio actionis* versprochen wird, sind nun folgende.

Für den Fall, daß der zu Belangende den ihm deferierten Schiedseid leistet, verspricht das Edikt *denegatio actionis*, nach l. 3 pr., l. 7 pr. D. de iureiurando 12, 2: *Sis is cum quo agetur condicione delata iuraverit — — eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo.* Es war wohl ohne Zweifel das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung des nach vorheriger Delation geleisteten Schiedseids (dieses *maximum remedium expediendarum litium*), welche den Prätor bewog, die

[1] Vgl. Dernburg in den Festgaben für Heffter S. 129.

Denegation der solchem Eide zuwider dennoch begehrten *actio* im Edikt im voraus zu versprechen. —

Das Edikt enthielt ferner eine Bestimmung, nach welcher dem, welcher Hazardspiel in seiner Wohnung geschehen ließ und dadurch demselben Vorschub leistete, bezüglich der persönlichen und sachlichen Beschädigungen und Entwendungen, die er infolge davon erlitten, keine Klage gewährt werden soll. Daraus ferner, daß die *exceptio negotii in alea gesti* unter dem Titel *„quarum rerum actio non datur"* aufgeführt wird (l. 2 § 1 D. quarum rerum 44. 5), läßt sich schließen, daß im Edikt der Prätor angekündigt hatte, er werde Klagen aus einem *negotium in alea gestum* denegieren.[1] Es ist auch hier das öffentlich-polizeiliche Interesse, daß dem Hazardspielen entgegengetreten werde, welches die Prätoren bewogen, jene Klagdenegationen im voraus anzukündigen. Wenn sodann die Prätoren im Edikt ankündigten, daß sie den Patronen aus keinem *onerandae libertatis causa* gegebenen Versprechen eine Klage gegen den *libertus* gewähren würden, so war es wieder das besondere öffentliche Interesse an dem Verhindern solches *onerare libertatem*, welches die vorhergehende Ankündigung der Klagdenegation im Edikt veranlaßte.

Es ist bekannt, daß in der Kaiserzeit, als die Senatuskonsulte schon *legis vicem* hatten, in einer Zeit also, in welcher der Senat schon *ius civile* schaffen konnte, der Senat sich in wichtigen Fällen veranlaßt fand, sich der Vermittlung des Prätors zur Durchführung seiner Rechtssätze zu bedienen, also honorarisches Recht zu schaffen. Es sind Fälle, zu deren Regulierung man in republikanischer Zeit auch wohl nicht die Gesetzgebung in Bewegung gesetzt hätte, sondern die edicierende Thätigkeit der Prätoren hätte walten lassen.[2] Diese Fälle können also ganz gewiß nicht zu dem Beweise benutzt werden, daß die Fähigkeit des Senats, civiles Recht zu schaffen, zweifelhaft gewesen wäre: sie sind aber von großem Interesse für die veränderte Stellung der republikanischen Magistratur. Man überließ es den Prätoren nicht mehr, aus eigener Initiative durch ihre Edikte so bedeutsame Sätze, durch welche das alte *ius civile* korrigiert wurde, ins Leben zu führen. Der Senat, zu dessen Gebiet nach der Teilung der Herrschaft zwischen *princeps* und Senat die republikanischen Magistrate gehörten, wies sie an, wie sie in den betreffenden Fällen die Jurisdiktion handhaben sollten,[3] das Senatuskonsult tritt hier an Stelle des Edikts. Im *sct. Macedonianum* wurde also bestimmt[4]: *placere, ne cui — — actio petitioque daretur* u. s. w., im *sct. Vellaeanum*[5]*: — tametsi ante videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur — — — arbitrari senatum recte atque ordine facturos ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur.* Endlich im *sct. Trebellianum* heißt es[6]: — *— placet, ut actiones, quae in heredem heredibusque dari solent, eas neque in eos*

---

[1] Dernburg (Festgabe für Heffter S. 129) sagt, die Fassung mit *dicetur (si quis, apud quem alea lusum esse dicetur)* sei auffallend. Indessen die Verheißung: *iudicium non dabo* nötigt den Prätor ja nicht, die Klage zu denegieren. Er kann auch die Klage mit entsprechender *exceptio* geben, was materiell auf dasselbe hinauskommt, und er that das, wenn noch irgend etwas zweifelhaft, noch zu untersuchen war.

[2] Vgl. meine Schrift: „Das Rechtsgeschäft" S. 137.

[3] Auch in republikanischer Zeit kommt es übrigens schon vor, daß der Senat den Provinzialstatthaltern Vorschriften bezüglich der Jurisdiktion macht, vgl. Cic. ad Att. V, 21, 12. VI, 2, 7.

[4] L. 1 pr. D. de Scto Macedoniano 14, 6. [5] L. 2 § 1 D. ad Sctum Vellejanum 16, 1.

[6] L. 1 § 2 D. ad Sctum Trebell. 36, 1.

neque his dari, qui fidei suae commissum sic, uti rogati essent, restituissent, sed his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset —.[1]

Es ist nun gewiß nicht daran zu denken, daß auf Grund dieser Senatuskonsulte der Prätor noch besonders im Edikt angekündigt habe, er werde aus dem gegen das Senatuskonsult verstoßenden Geschäft keine *actio* gewähren. Da das Senatuskonsult selbst schon ausgesprochen, es sollten die *actiones* denegiert werden, so verstand sich die Befolgung durch den Magistrat von selbst.[2] Er wird also unter der Rubrik: *ad Sctum. Macedonianum* nur die Formel der *exceptio Scti. Macedoniani*, unter der *ad Sct. Velleianum* außer dem Versprechen der *actio restitutoria* und der *actio institutoria* nur die Formel der *exceptio Scti Velleiani* proponiert haben. Es wird diese Annahme manchem Zweifel begegnen in Hinblick auf die *exceptio: si in ea re nihil contra legem senatusve consultum factum est*, welche man sich so denkt, daß in dem konkreten Fall die bestimmte *lex* oder das bestimmte Senatuskonsult in die Exceptionsformel eingerückt sei (z. B. *contra Sctum Macedonianum*). Meines Erachtens bezog sich diese *exceptio* nicht auf solche Gesetze und Senatuskonsulte, welche geradezu die *denegatio* von *actiones* vorschrieben, z. B. nicht auf das Gesetz der l. 25 D. de reb. a. i. p. 42, 5 und nicht auf das *Sct. Macedonianum*. Für diese werden spezielle Exceptionsformeln im Edikt proponiert worden sein, und ist denn auch der *exceptio Scti Macedoniani* und *Scti Velleiani* in den Ediktskommentaren zu jener allgemeinen *exceptio* mit keinem Worte gedacht. Bei der Rubrik *„si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicetur"* ist vielmehr an Gesetze und Senatuskonsulte gedacht, welche sich nicht geradezu der magistratischen Jurisdiktion zur Durchführung eines Gedankens bedienten, sondern nur irgend ein Geschäft verboten, ohne doch das dem Gesetz zuwiderlaufende Geschäft geradezu für nichtig zu erklären (also an *leges imperfectae* und gleichartige Senatuskonsulte). An einzelne dieser Gesetze hat sich allerdings ein besonderes Edikt angeschlossen, z. B. an die *lex Cincia* (vgl. Fr. Vat. 298—309, Paulus libro LXXI. ad edictum ad Cinciam).[3]

Auch eine besondere Rubrik *„ad legem Laetoriam de minoribus viginti quinque annis"* wird sich im prätorischen Edikt befunden haben, unter welcher die Formel der *exceptio legis Laetoriae* proponiert war.[4] Immerhin wird es *leges* und *senatusconsulta* imperfekter Natur gegeben haben, an welche sich kein besonderes Edikt anschloß. Mit Rücksicht darauf fand es der Prätor für nötig, im Edikt unter der Rubrik: *si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicetur* ein Formular einer allgemeinen *exceptio* aufzustellen, bezüglich dessen man bezweifeln kann, ob im konkreten Fall in dasselbe der Name der betreffenden *lex* oder des Senatuskonsults, gegen welche verstoßen sein sollte, aufgenommen wurde.

Ein Problem, welches schon an dieser Stelle nicht übergangen werden kann, ist, ob auf Grund einer *exceptio* eine teilweise Kondemnation, teilweise Absolution des Beklagten möglich war, eine gerade in neuerer Zeit sehr be-

---

[1] Im Vorhergehenden ist wohl statt: *ex his eos subire* zu lesen: *ea (sc. iudicia) his et in eos subire* (d. h. zufallen).

[2] Vgl. Wlassak, Edikt und Klageform S. 90 A. 4; Lenel, *Edictum* S. 218 A. 6.

[3] Die Rubrik *„ad legem Cinciam"* und das dazu gehörige Edikt sind in den Digesten nicht überliefert.

[4] Vgl. darüber Bd. II, S. 307 f.

strittene Frage.[1] Wir wollen hier nicht auf die allgemeinen Bestimmungen des Begriffs der *exceptio* seitens der römischen Juristen eingehen, weil sie nicht geeignet sind, die bestehenden Zweifel zu beseitigen. Aber auf die überlieferten Fassungen der *exceptio* in den Formeln verlohnt es sich einzugehen. Daß die Fassungen mit den Partikeln *si non*, *ac si non*, *extra quam si*, *praeterquam si* nur mit einer völligen Ausschließung der Kondemnation, falls die *exceptio* begründet ist, vereinbar sind, läßt sich nicht leugnen. Anders steht es mit den Fassungen: *qua de re non*, *quod non*, welche man als ganz gleichbedeutend ansieht. Die erstere Fassung findet sie in der im Eingang der erhaltenen Reste der *lex Rubria* überlieferten *exceptio: — is in id decretum interdictum sponsionem iudicium exceptionem addito addive iubeto: Q(ua) d(e) r(e) operis novi nuntiationem II vir IIII vir praefectusve eius municipei non remeisserit.* — Die Formel der *remissio* der *operis novi nuntiatio* lautete nach l. 1 pr. D. de remiss. 43, 25: *Quod ius sit illi prohibere, ne se invito fiat, in eo nuntiatio teneat: ceterum nuntiationem missam facio.* Nur soweit ein *ius prohibendi* bestand, war gegen das *interdictum demolitorium*, bezw. die Sponsion oder das *iudicium* daraus die *exceptio remissionis* begründet, darüber hinaus nicht. Es konnte sein, daß die Nuntiation zu weit eingelegt war: über den Teil des Grundstücks hinaus, bezüglich dessen das *ius prohibendi* begründet war. Nur so weit als das *ius prohibendi* ging, erstreckte sich auch die *remissio*. Die *exceptio* mußte also eine Fassung erhalten, welche auf eine nur teilweise Aufhebung der *nuntiatio* Rücksicht nahm, nach welcher also das Interdikt, bezw. die Klage teilweise durchsetzbar, teilweise ausgeschlossen war. Das ist geschehen in der Fassung: *qua de re operis novi nuntiationem non remeisserit.* —

Ferner ist darauf hinzuweisen, daß in Bezug auf das *interdictum ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit* in l. 1 § 6 D. 43, 13 die *exceptio* erwähnt wird: *quod eius ripae muniendae causa non fiet*, d. h. soweit *(quod eius)* es nicht der Befestigung des Ufers halber geschehen wird.[2] Nach dieser Fassung erscheint es möglich, daß das Interdikt nicht durchgesetzt werden konnte, soweit das Vorgenommene *ripae muniendae causa* geschehen war, wohl aber, soweit es nicht *ripae muniendae causa* geschehen war. Es konnte also die *exceptio* in dieser Fassung teilweise Ausschließung des Interdikts bezw. der daraus entspringenden Klagen zur Folge haben.

Auch sind hierher zu ziehen die Exceptionen: *quod praeiudicium hereditati non fiat* und *quod praeiudicium fundo partive eius non fiat*, woneben auch die Fassung vorkommt *„si in ea re, q. d. a., praeiudicium hereditati non fiat.* Nehmen wir einen Fall an, in welchem der mit der *actio familiae erciscundae* Belangte, welcher die ganze Erbschaft besitzt, das Miterbrecht des Klägers, welcher Miterbe zur Hälfte zu sein behauptet, nicht ganz in Abrede stellt, aber nur zu einem Viertel anerkennt, so würde die *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat* nicht die völlige Ausschließung des Klägers, sondern nur Ausschließung zu einem Teil, nämlich zu einem Viertel, zur Folge haben.

Es giebt aber noch andere Exceptionen, bei welchen, wenn auch bei ihnen die Möglichkeit der angegebenen Fassung nicht erwähnt wird, dieselbe doch auch angenommen werden muß. So bei der *exceptio Sct. Macedoniani.* Man denke

---

[1] Vgl. die Litteraturangaben bei Pernice, Labeo II, 1[2] S. 261 A. 2 u. 3.

[2] Vgl. das *quod eius per leges* u. s. w. *licebit* des Edikts in l. 2 § 1 D. ex quib. causis 4, 6.

sich, daß der Vater seine Einwilligung zu einem dem Sohn zu gebenden Darlehn bis zu einem bestimmten Betrage erteilt, der Sohn aber ein diesen Betrag weit übersteigendes Darlehn erhalten habe, oder daß der Sohn nach seiner Befreiung von der väterlichen Gewalt für die Darlehnsschuld ein Pfand gegeben habe. Für diesen letzteren Fall wird in l. 9 pr. D. de Scto Macedoniano 14, 6 ausdrücklich gesagt: — *dicendum erit senatus consulti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem.* Die *exceptio* muß also in solchem Fall die Fassung erhalten haben: *quod eius* oder *quod contra sctum Macedonianum factum sit,* und teilweise Abweisung der Klage zur Folge gehabt haben.

Ähnlich stand es bezüglich der *exceptio scti Velleiani.* Es führt uns das zur Betrachtung einer Stelle, welche in unserer Streitfrage vorzugsweise eine Rolle gespielt hat, nämlich l. 17 § 2 D. ad Senatusconsultum Velleianum 16, 1. Der Schlußsatz von *quodsi an* soll nach der Annahme einzelner ein Zusatz der Kompilatoren sein. Als solcher werde er dadurch kenntlich, daß er, sprachlich betrachtet, aus der Konstruktion falle, indem er von der bisher innegehaltenen indirekten Rede plötzlich mit den Worten *quodsi an* in die direkte Rede übergehe.[1] Die Stelle ist aus Afrikan's Quästionen entlehnt, und in von *dicebat* abhängiger indirekter Rede sind wohl Entscheidungen Julian's angeführt, von *Quodsi an* beginnt der von Afrikan selbst herrührende Zusatz in direkter Rede.[2] Daß dieser Zusatz nur eine matte Umschreibung des *partem duntaxat petere* sei, ist nicht zuzugeben. Afrikan spricht klarer aus, wie dieses *partem duntaxat petere* prozessualisch zu denken sei. Nach unseren vorhergehenden Darlegungen konnte die *exceptio scti Velleiani* hier, wo in der Aufnahme des Darlehns nur *pro parte* eine Intercession der Frau gesehen werden konnte, gegen die Klage des Darlehnsgläubigers nur mit der Fassung: *quod (eius) contra senatusconsultum Velleianum factum est* gegeben werden und mußte so nur zu teilweiser Abweisung der Klage d. h. zur Minderung der Kondemnation führen. Dem Dargelegten nach wird die Definition, welche Paulus von der *exceptio* in l. 22 D. de except. 44, 1 giebt: *Exceptio est condicio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem* als ganz berechtigt erscheinen; es liegt keine Veranlassung vor, anzunehmen, daß er bei der *exceptio, quae minuit damnationem* an das *beneficium competentiae* gedacht habe. Daß Gaius bei seiner Beschreibung des Wesens der *exceptio* die Fälle, in denen sie nur minuierende Wirkung hatte, nicht berücksichtigt, kann in einem für den ersten Rechtsunterricht bestimmten Lehrbuche, in welchem z. B. bei den *obligationes, quae re contrahuntur*, Depositum, Kommodatum und *pignus* übergangen wurden, gewiß nicht auffallen. Ulpian berücksichtigt die minuierende Wirkung, deren einige Exceptionen in besonderer Fassung fähig waren, auch nicht,[3] und ihm könnte das eher zum Vorwurf gereichen, obgleich man ja nicht wissen kann, ob er nicht die

---

[1] Nach Pernice a. a. O. ist der ganze Satz von *at si* an als Einschiebsel verdächtig. Wie er von dem plötzlichen Eintreten indirekter Rede sprechen kann, ist mir nicht verständlich. Von Anfang an findet indirekte Rede statt *(pro parte socii videri intercessisse dicebat — — potius esse, ut senatusconsulto locus non sit. at si — — hanc pro parte intercessionem factam videri)* u. s. w.

[2] Vgl. Bd. II, S. 714.

[3] In der Stelle der l. 2 pr. D. de except. 44, 3: — *quae opponi actioni cuiusque rei solet ad cludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est* ist statt *cludendum* zu lesen: — *intercludendum.* Das ausgefallene *inter* ist in F[2] an der falschen Stelle vor *opponi* wieder eingerückt.

Versäumte später nachgeholt hat. Als *exclusoria* kann freilich eine *exceptio* auch dann bezeichnet werden, wenn sie die *condemnatio*, welche der *intentio* gemäß geschehen müßte, nur zum Teil *excludit*.

Bezüglich der Anordnung der Exceptionen im Edikt hat Lenel[1] die Ansicht ausgesprochen, die im Album zuerst proponierten Exceptionen entsprächen ihrem Charakter nach dem ersten Ediktsabschnitt: sie bezögen sich auf die Ordnung und Sicherung des Rechtsgangs. Soviel ist wohl richtig, daß gewisse sich auf den Beginn des Prozesses beziehende Exceptionen in dem die Exceptionsformulare proponierenden Ediktsabschnitt den Anfang machten. Wenn aber zu diesen von Lenel auch die *exceptio temporis*, die *exceptiones praeiudiciales* und die *exceptio rei iudicatae* und *in iudicium deductae* gestellt werden, so beruht das, glaube ich, auf einem Irrtum. Der Grund, aus welchem die *exceptio temporis*, die *praeiudiciales*, die *exceptio rei iudicatae* zusammengestellt wurden, ist wohl der, daß diese Einwendungen, bevor sie in Exceptionen verwandelt wurden, die Gestalt von *praescriptiones pro reo* gehabt haben. —

Die Interdikte.

1. Allgemeines. Befugnis zum Erlaß von Interdikten.

§ 107. Neben den *actiones* stehen bekanntlich als eine große Gruppe von Rechtsverfolgungsmitteln die *interdicta*.[2] Der Ausdruck *interdicta* ist der allgemeine, sowohl die *interdicta* im engeren Sinn als auch die *decreta* umfassende geworden. Daß diese umfassendere Bedeutung nach der Etymologie des Wortes: *quia inter duos dicuntur* die ursprüngliche sei, ist zu bezweifeln. Die Deutung des *interdicere* als *inter duos dicere* ist eine künstliche, welche die vorgefundene weitere Bedeutung der *interdicta* als die *decreta* mit umfassend zu erklären sucht. Ein wahres Analogon von *interdicere* ist *interpellare*. Wie dieses dazwischen reden, durch Reden unterbrechen, stören, hindern bedeutet, so hat auch *interdicere* ursprünglich den Sinn eines störenden, hindernden Dazwischenredens. Daß neben der nicht verschwundenen ursprünglichen Bedeutung *interdictum* jene allgemeinere Bedeutung bekommen hat, ist in anderer Weise zu erklären. In dem prätorischen Edikt sind die *interdicta* in wesentlich anderer Weise behandelt, als die *actiones honorariae*. Die letzteren stützen sich bekanntlich meistens auf ein sie im voraus verheißendes generelles Edikt, und es heißt daher so häufig: *actio ex hoc edicto profisciitur, actio ex hoc edicto dabitur* u. s. w. Den Interdiktsformularen im Edikt dagegen wird ein sie verheißendes Edikt nicht vorausgeschickt. Vielmehr wird das Interdiktsformular selbst wie ein Edikt behandelt.

[1] Edictum S. 37.

[2] Zur Zeit der klassischen römischen Juristen sind unter den *actiones* im weiteren Sinn auch die *interdicta* begriffen, und es wird namentlich unbedenklich der Ausdruck *interdicto agere* gebraucht. L. 35 pr. l. 37 pr. D. de obl. et act. 44, 7. Wunderbarer Weise findet Ubbelohde in Glück's Kommentar Bd. 43 I, S. 5 A. 4 eine Anwendung dieses Sprachgebrauchs überall, wo in einem Interdikt die Klausel vorkomme „*qua de re agitur*". Es scheint also nicht überflüssig, noch besonders zu bemerken, daß in dieser Klausel *agitur* bedeutet: es handelt oder dreht sich um etwas, betrifft etwas. Vgl. Huschke, Gaius S. 221 f. Keller, Civilpr. S. 156 A. 440. Auch zu Cicero's Zeit bezeichnete man wohl schon ein *interdictum* als eine *actio*, aber das Gefühl des Gegensatzes zwischen *actio* und *interdictum* war doch wohl noch lebhafter, als zur Zeit Ulpian's und Paulus', das zeigen Stellen, wie Cic. pro Caecina 11, 32: *hanc puto me habere actionem, ut per interdictum meum ius teneam* u. s. w. 14, 40: — *Huiusce generis una est actio per hoc interdictum, quo nos usi sumus, constituta* — — — *ut vos iudicetis, huius rei interdictum atque actionem in mentem maioribus nostris non venisse.*

Ständig geht der Anführung desselben das *Praetor ait* vorher, es wird von *caput interdicti*,[1] wie von *caput edicti*[2] gesprochen. Das hat darin seinen Grund, daß das Interdikt, wenn auch nicht ausdrücklich, doch der Sache nach eine Klage für den Fall der Nichtbefolgung des prätorischen Gebots oder Verbots verspricht. So wie *ex edicto*, wird auch *ex interdicto* eine Klage gegeben. Diese Betrachtung gewährt auch wohl die beste Aufklärung über eine Erscheinung, welche unseren Juristen Kopfbrechen gemacht hat. Aus verschiedenen Zeugnissen wissen wir, daß die Sponsionen aus dem Interdikt die Fassung hatten: *si adversus edictum praetoris vis facta est — si adversus edictum fecisti — si contra edictum praetoris non exhibuisti* oder *restituisti*. Dementsprechend sagt auch Quintilian Institt. Or. IX, 3, 22: — *Pisonem, adversae partis advocatum, alloquens Cicero dicit: Restituisse te dixti; nego me ex edicto praetoris restitutum esse.* Zweifelhaft ist nicht, daß *edictum* hier nichts anderes bedeutet wie *interdictum*. Dennoch soll der Ausdruck *edictum* auf das Jurisdiktionsedikt des interdizierenden Magistrats hinweisen. Huschke[3] will die Gleichstellung von *edictum* und *interdictum* darauf zurückführen, daß der Prätor regelmäßig die Interdikte *ex edicto* gab, d. h. auf Grundlage des Album gab. Diese Erklärung ist, wie man mit Recht gesagt hat, schon deshalb hinfällig, weil Interdikte gewährt werden, welche niemals im Jurisdiktionsedikt einen Platz gefunden haben. Auch wäre ja unnatürlich, daß das *contra edictum facere* oder *adversus edictum non restituere* als ein Zuwiderhandeln gegen das Interdiktsschema, nicht als ein Zuwiderhandeln gegen den wirklichen Befehl oder gegen das wirkliche Verbot charakterisiert würde. In dieser Not fragt Ubbelohde,[4] ob nicht der Prätor den Abschnitt des Album über die Interdikte mit einem allgemeinen Edikt eingeleitet habe, worin er für jedes einzelne Interdikt, welches er erlassen würde, bei Wahrheit der Voraussetzungen desselben Gehorsam forderte u. s. w. Das hieße also: Ich befehle Euch, daß Ihr meine zu erlassenden Befehle respektiert. Ich zweifle, daß es einen römischen Prätor gegeben, der geglaubt hat, seinen Dekreten und Interdikten durch solches allgemeines Edikt mehr Respekt zu verschaffen. Allein möglich scheint es, den Ausdruck *edictum* in dem Sponsionsformular auf das konkrete prätorische Gebot oder Verbot selbst zu beziehen. Bewiesen wird diese Bedeutung von *edictum* zwar nicht, wie Schmidt[5] meint, durch l. 102 D. de r. i. 50, 17, denn diese Stelle bezieht sich, wie Lenel[6] wohl mit Recht sagt, auf Worte der Formel für den Fall, *si quis eum (in ius) vocaverit quem ex edicto non debuerit*. Sie kann aber auf unsere obige Betrachtung gestützt werden, denn der Erlaß des Gebots oder Verbots ist immer sogleich die Verheißung einer *actio* für den Fall der Übertretung, somit ein Edikt.

Es giebt eine Ansicht, nach welcher in frühester Zeit in den Streitsachen, welche später durch das Interdiktenverfahren erledigt wurden, der Magistrat selbst nach gepflogener Verhandlung entschied und diesen Entscheid in Gestalt eines Befehls oder Verbots eröffnete. Ein solches Verfahren scheint mir in Bezug auf die Sachen, welche später durch *interdicta prohibitoria* erledigt wurden, undenkbar zu sein, denn immer hätte nach Erlaß des Verbots im Streitfall eine Verhandlung darüber stattfinden müssen, ob die Partei, an welche das

[1] L. 1 § 9 D. de arbor. caed. 43, 27: *Differentia duorum capitum interdicti haec est* u. s. w.

[2] L. 2 § 1 D. ex quib. caus. maiores 4, 6. L. 3 D. de coniung. cum emancipato 37, 8.

[3] Studien S. 9. [4] Glück's Erläut. d. Pandekten, Serie d. Bücher 43 u. 44, 2. Tl. S. 92 f.

[5] Interdiktenverfahren S. 241. [6] Ztschr. d. Savignystiftg. II, S. 28 N. 24.

Verbot gerichtet war, das Verbot übertreten habe oder nicht. Meines Erachtens hat der Magistrat in solchen Sachen wohl immer einen bedingten Befehl oder ein bedingtes Verbot erlassen, d. h. er hat für den konkreten Fall eine Norm, einen Satz aufgestellt, nach welchem die betreffende Partei sich zu richten habe. Sie konnten daher sehr wohl *edicta* genannt werden. Die Interdikte reichen, worauf demnächst noch einzugehen ist, in die Legisaktionenzeit, ein Teil derselben wohl in sehr frühe Zeit zurück, in eine Zeit, in welcher die Magistrate noch kein allgemeines Edikt über die Handhabung ihrer Jurisdiktion aufstellten. Ein solches allgemeines Edikt über die Handhabung der Jurisdiktion gab es überhaupt wohl vor Einführung des Formularprozesses nicht. Erst seit die Prätoren beim Antritt ihres Amts ein solches allgemeines Edikt aufstellten, wurden auch Interdiktsschemata in dasselbe aufgenommen. Durch diese Aufstellung im Edikt, durch die öffentliche Bekanntmachung erhielten sie eine erhöhte Bedeutung. Vorher hatten solche Formulare, wie die Schemata für andere häufig wiederkehrende amtliche Handlungen, nur die Bedeutung, den Beamten eine exakte Erledigung ihrer Geschäfte zu ermöglichen bezw. zu erleichtern. Im Edikt dem rechtsuchenden Publikum bekanntgemacht, bekommen sie für dieses Bedeutung. In der Aufstellung des Interdiktsformulars im Edikt liegt ein Versprechen des Magistrats, vorkommenden Falls nach diesem Schema ein Interdikt zu erlassen. Das zeigen klar die hinter einzelnen Interdiktsschematen sich findenden Klauseln, des Inhalts, daß der Magistrat in gewissen Fällen ein Interdikt geben oder nicht geben werde. Wenn z. B. an das *interdictum de fonte* die Klausel angefügt ist: *De lacu, puteo, piscina item interdicam,* so ist damit deutlich gesagt, daß der Prätor *de fonte* vorkommendenfalls ein Interdikt nach dem vorstehenden Schema geben werde. Damit waren aber die *interdicta* den *actiones* mehr angenähert. Durch die öffentliche Aufstellung des Interdiktsformulars hatte der Magistrat sich gebunden, ohne besondere Gründe konnte er vorkommendenfalls auf Antrag einer Partei den Erlaß des Interdikts nicht wohl verweigern. Wohl seit Aufstellung der allgemeinen *edicta* über die Handhabung der Jurisdiktion hat sich die Anwendung des Wortes *edictum* für unsere Spezialbefehle im gewöhnlichen Sprachgebrauch verloren: wie aber überhaupt Formeln zäher das Alte festhalten, so hat sich auch hier in den Formeln der Sponsionen aus dem Interdikt *edictum* in dem alten Sinn erhalten. Sonst wurde später als allgemeine Bezeichnung für unsere Spezialbefehle der Ausdruck *interdictum* gebraucht, wohl deshalb, weil die *interdicta* im engern Sinn zahlreicher waren, als die *decreta*, also der für sie gebräuchliche Name sich als Gesamtbezeichnung für alle die alten *edicta* mehr zu empfehlen schien.

Die nun zunächst zu erörternde Frage ist, welche Magistrate zur Aufstellung unserer Spezialbefehle befugt waren. In den Digesten wird in dem die Interdiktsformulare einleitenden *Praetor ait* nur der Prätor genannt. In seiner allgemeinen Erörterung in den Institutionen IV, 139 nennt Gaius *praetor aut proconsul* als Interdizierende.[1] Mit dem Prokonsul meint er jeden Provinzialvorsteher, wie denn auch in l. 1 u. 2 C. de interdictis 8, 1 der *praeses provinciae* als zum Erlaß eines Interdikts berechtigt genannt wird. Übereinstimmend mit diesem Zeugnisse wird auch in l. un. C. uti possidetis 8, 6 der *rector provinciae* als derjenige genannt, welcher in dem Besitzstreit *vim fieri prohibebit.*

[1] Vgl. auch pr. I. de interdictis 4, 15 u. Theoph. zu der Stelle.

Danach werden nur die höchsten zur Leitung der Jurisdiktion berufenen Magistrate, diejenigen, welche *imperium mixtum* hatten, zum Interdizieren befugt gewesen sein. Da in den justinianischen Digesten Erörterungen über das Interdiktsverfahren planmäßig getilgt sind, so finden sich begreiflicherweise nur wenige Spuren davon, daß die Befugnis zum Erlaß eines Interdikts im *imperium*, nicht in der *iurisdictio* im engern Sinn lag: es sind l. 7 D. ne quid in loco publico 43, 8 und l. 2 C. de interd. 8, 1 verbunden mit l. 3 D. de off. praes. 1, 18.[1] Einen entschiedenen Beleg aber dafür, daß den Munizipalmagistraten Befugnis zum Interdizieren nicht zustand, haben wir in einer bisher nicht berücksichtigten bezw. nicht verstandenen Stelle der Lex Rubria de Gallia Cisalpina. In den erhaltenen Resten von c. 19 heißt es: . . . *iussum iudicatumve erit, id ratum ne esto, quodque quisque quom(que) d(e) e(a) r(e) decernet interdeicetve seive sponsionem fierei iudicareive iubebit iudiciumve quod d(e) e(a) re dabit, is in id decretum interdictum sponsionem iudicium exceptionem addito, addere iubeto: Q(ua) d(e) r(e) operis novi nuntiationem II vir IIII vir praefectusve eius municipei non remeisserit.* Es würde für die Bürger des cisalpinischen Galliens etwas sehr Drückendes gewesen sein, wenn sie die Remission des durch die *operis novi nuntiatio* auf das betreffende Grundstück gelegten Banns nur beim Prätor in Rom hätten nachsuchen und erlangen können. Es ist die *remissio operis novi nuntiationis* eine Sache, welche *celeritatem desiderat,* und es wurde daher in der Lex Rubria, wahrscheinlich dem nicht erhaltenen Teil des cap. XIX, dem *magistratus rei sitae* das Recht der *remissio* gegeben. Was solcher *remissio* zuwider befohlen oder geurteilt würde, sollte nichtig sein. Hätte die Lex Rubria den Munizipalmagistraten des cisalpinischen Galliens überhaupt das *imperium* übertragen, so würde eine solche besondere Erteilung des Rechts zur *remissio* einer *operis novi nuntiatio* nicht nötig gewesen sein. Auch geht aus dem Folgenden hervor, daß sie das Recht zu interdizieren nicht hatten. Wer immer nur über diese Sache (d. h. in dieser Nuntiationssache) ein Dekret oder Interdikt erlassen, darüber eine Sponsio anordnen oder ein *iudicium* niedersetzen werde, soll in das Dekret, die Sponsion u. s. w. die *exceptio* aufnehmen, *qua de re* u. s. w. Daraus folgt, daß der *magistratus rei sitae* selbst, der das Remissionsdekret erlassen, das Interdikt, in welches die angeführte *exceptio* aufgenommen werden soll, nicht zu erlassen hat; denn ihm die Aufnahme jener *exceptio* anzubefehlen, wäre durchaus unnötig und sinnlos gewesen. Wohl aber war es nötig, dem Prätor in Rom, der auf Grund der *nuntiatio* das *interdictum de opere restituendo* gab, die Berücksichtigung der Remission des *magistratus rei sitae* anzubefehlen. Man kann nun fragen, warum denn nicht gesagt werde: *quodque praetor isque qui Romae iuri dicundo praeerit decernet* u. s. w., sondern *quod quisque quomque* u. s. w. Es ist indes die Aufnahme der angeführten *exceptio* nicht bloß in ein Interdikt, sondern in eine *sponsio,* ein *iudicium* vorgeschrieben. Die *actiones ex interdicto,* sowohl das Sponsionsverfahren wie die *actiones orbitrariae* gehörten zum Ordinarverfahren, für welches die gewöhnliche *iurisdictio* ausreichte, die ja, wenigstens bis zu einer bestimmten als Grenze bezeichneten Summe, auch den Munizipalmagistraten zustand. Der Interdiktskläger aus dem cisalpinischen Gallien konnte also die Gewährung der *actio ex interdicto* vom Magistrat des Domizils seines Gegners, welcher vielleicht mit dem *magistratus rei sitae* nicht identisch war, begehren; auch jenem mußte also die Beachtung

[1] Vgl. darüber Ubbelohde, a. a. O. I, S. 14 ff.

der von diesem ausgesprochenen Remission der *operis novi nuntiatio* vorgeschrieben werden; der umfassende Ausdruck *quisque quomque* ist also mit Absicht gewählt.

Wenn nun aus der soeben erörterten Bestimmung der Lex Rubria hervorgeht, daß den Magistraten des cisalpinischen Galliens nach besonderer Bestimmung wohl das Recht der Remission einer *operis novi nuntiatio*, nicht aber die Gewährung eines Interdikts auf Grund derselben zustand, so kann nicht wohl, wie dies einzelne Schriftsteller behaupten,[1] das in cap. XXII derselben Lex erwähnte *restituere oportere* auf die restitutorischen Interdikte bezogen werden. Es sei, meint man, an das Eingeständnis des Beklagten sofort auf die *postulatio interdicti* zu denken. Wir wollen hier absehen von dem Zweifel, ob man schon zur Zeit der Lex Rubria, wo die Gleichstellung der *interdicta* mit den übrigen *actiones* noch nicht so weit vorgeschritten war, wie in der späteren Kaiserzeit, schon vor Erlaß des *interdictum restitutorium* von einem *restituere oportere*, zumal in einem Gesetz, sprechen konnte. An Interdikte zu denken, verbietet sich schon deshalb, weil das Gesetz nur sagt: *a quo petetur, quodve cum eo agetur* u. s. w. Der genaue, umständliche Gesetzesstil würde, falls auch an Interdikte gedacht wäre, verlangt haben, daß das Verlangen des Interdikts, die *postulatio interdicti* besonders erwähnt wäre. Es ist also bei dem *restituere oportere* an irgend welche *actiones in personam* zu denken, wogegen man nicht einwenden darf, daß es keine *actio* gebe, deren *intentio* auf *restituere oportere* laute, denn bei der Aufzählung der verschiedenen Klagansprüche findet keine formgerechte Angabe der *intentio*, sondern nur eine solche des materiellen Inhalts derselben statt; wie es denn gewiß kein Erfordernis der *confessio in iure* war, daß in derselben die *intentio* des zugestandenen Anspruchs formgerecht bezeichnet wurde.

Schließlich ist für unsere Frage die Äußerung des Gaius IV, 139 heranzuziehen: *Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit.* Einverstanden ist man darüber, daß Gaius mit diesen Worten das Interdiktenverfahren in einen Gegensatz zu dem gewöhnlichem Aktionenverfahren stellt. Nach der einen Ansicht aber soll *principaliter* gleich anfangs,[2] d. h. vor geführtem Beweise, nach der andern hauptsächlich, in hervorragender Weise bedeuten. Hätte *principaliter* hier die erstere Bedeutung, so würde gar kein Gegensatz zu dem gewöhnlichen Aktionenverfahren herauskommen, denn auch bei diesem bestellt der Magistrat das *iudicium* vor geführtem Beweise. Nimmt man das Wort in der anderen Bedeutung, so darf man sich als Gegensatz dazu nicht „nebensächlich", sondern „in gewöhnlicher, nicht hervorragender Weise" denken. Auch in der Niedersetzung eines *iudicium* liegt ein *auctoritatem interponere*, aber kein *principaliter interponere*, zu welchem eine hervorragende Amtsgewalt gehört, an welche zu denken wir einmal schon dadurch aufgefordert werden, daß nur *ex certis causis* dieses *principaliter auctoritatem interponere* geschehen soll, sodann dadurch, daß dasselbe nur dem *praetor* oder *proconsul* zugeschrieben wird. Man hat gesagt, zu der Auffassung des *principaliter* im zeitlichen Sinn stimme es vortrefflich, daß Gaius im § 141 fortfahre: *Nec tamen cum quid iusserit fieri aut fieri pro-*

[1] Bethmann-Hollweg, d. röm. Civilproz. II, S. 359. Huschke, D. Multa S. 71 A. 171. Demelius, D. Confessio S. 147 f. Ubbelohde, a. a. O. I, S. 7 A. 10.

[2] Vgl. Schmidt, Interdiktenverfahren S. 6 f. und die litterarischen Angaben bei Ubbelohde a. a. O. I, S. 8 f.

hibuerit, statim peractum est negotium etc. Mit diesen Worten giebt er aber nicht etwa eine Erläuterung des *principaliter*, sondern er führt etwas Neues, bisher nicht Berührtes an.

2. Einteilung der Interdikte nach der Art des Befehls.

§ 108. Die *interdicta* im weiteren Sinn werden nun eingeteilt in *decreta* und *interdicta* im engeren Sinn. Das ist eine Einteilung nach der Form des Befehls, der gebietenden oder verbietenden. Die sich bei Gaius unmittelbar daran anschließende Einteilung in *interdicta prohibitoria*, *restitutoria*, *exhibitoria* bezeichnet Eisele[1] und, durch ihn verführt, Ubbelohde[2] als logisch inkorrekt, insofern nämlich für das zweite und dritte Glied der Einteilung der Inhalt des Befehls den Einteilungsgrund abgebe, für das erste aber die Form desselben. Das ist unrichtig: auch für das erste Glied ist der Inhalt des Befehls der Einteilungsgrund, denn bei der Stellung der *interdicta prohibitoria* neben die *restitutoria* und *exhibitoria* ist nicht an die verbietende Form gedacht, sondern an den Inhalt des Befehls, welcher nur nicht nach der Pflicht des Beklagten, etwas zu unterlassen, sondern nach der Seite des Klägers, der den Gegner an etwas verhindern darf, bezeichnet ist.

Wie das Gesetz, kann das *imperium* gewähren, erlauben, gebieten, verbieten. Vermöge des Imperium kann aber ein Magistrat nie ein *ius*, ein rechtliches Können gewähren: der Prätor kann nicht zum *heres* machen, kein *meum esse ex iure Quiritium* u. s. w. gewähren; er kann nur faktische Zustände der Personen schaffen und diese durch seine obrigkeitliche Macht schützen: so kann er durch *missio in possessionem* jemandem die weiter von ihm geschützte Möglichkeit verschaffen, sich zum Detentor von Sachen oder Sachkomplexen zu machen, er kann eine *possessio* von *bona* gewähren u. dergl. Das prätorische Gebot zum *restituere* oder *exhibere*, welches zwischen zwei Streitenden erlassen wird, kann kein rechtliches Sollen, kein *restituere oportere* begründen. Die Verpflichtung zum *restituere* beruht nur auf dem magistratischen Befehl, und es kann daher als Bedingung der Sponsion bezw. als Bedingung der *condemnatio* in der *arbitraria actio* aus dem Interdikt nur das *contra edictum praetoris non restituisse* angegeben werden. In dem zu Gunsten der klagenden Partei an die andere erlassenen Restitutions- oder Exhibitionsbefehl liegt zugleich, wenn es sich nicht um Geltendmachung einer bereits erfolgten magistratischen Gewährung handelt, eine Gewährung an die klagende Partei, eine Gewährung nämlich, wegen Nichtvornahme des befohlenen *restituere* oder *exhibere* zu klagen. Der Inhalt des Befehls bei den *interdicta* im engeren Sinn oder den *interdicta prohibitoria* ist ein verschiedener, was sich in der Verschiedenheit der Fassung ausdrückt. Der Inhalt des Verbots kann einfach der sein, daß der Impetrat eine bestimmte Handlung unterlassen möge. In diesem Fall ist die Formulierung noch eine doppelte: Entweder ist das Verbot im Konjunktiv mit *ne* oder durch *veto* ausgedrückt. Es fragt sich, ob sich in dieser Verschiedenheit der Formulierung eine sachliche Verschiedenheit ausdrückt. Das *veto* lautet kategorischer, als der mildere Konjunktiv. Nun beachte man, daß der Prätor bei den auf den *locus sacer* und die *via publica* bezw. das *iter publicum* sich

[1] Eisele, Freiburger Prorektoratsprogramm von 1885 (unverbindlicher Gesetzesinhalt) S. 41. [2] A. a. O. I, S. 193 A. 2.

beziehenden Interdikten das energische *veto*, dagegen bei den auf den *locus publicus* sich beziehenden den Konjunktiv gebraucht. Was die *flumina publica* betrifft, so findet sich das *veto* in den zum Schutz gegen *facere immittere, quo aliter aqua fluat etc.* bestimmten Interdikten, dagegen der Konjunktiv in dem zum Schutz gegen *facere immittere, quo statio iterve navigio deterior sit fiat* aufgestellten. Der Schutz der *loci sacri* und der öffentlichen *viae* und *itinera* schien energischeres Verbot zu verlangen, als der des *locus publicus*, welcher nicht so heilig bezw. nicht so vielen Einwirkungen ausgesetzt war. Bei den *flumina publica* aber werden die Einwirkungen der Anwohner, welche den Lauf des Wassers veränderten, häufiger und gefährlicher gewesen sein, als diejenigen, welche der Schiffahrt Hindernisse bereiteten. Der Magistrat wird es aber kaum bei der Wahl milderen oder strengeren Ausdrucks haben bewenden lassen: die Übertretung des strengeren Verbots wird härtere Folgen, also wohl die Aufnahme einer höheren Summe in die Sponsion beim Sponsionsverfahren zur Folge gehabt haben.

Der Inhalt des Verbots kann ferner der sein, bestimmte Handlungen eines andern bezüglich einer Sache oder einen Zustand des andern bezüglich dieser nicht zu hindern, zu stören. Hier bedient sich der Magistrat ständig der Worte: *quominus — vim fieri veto.* Um zu ermitteln, warum der Magistrat sich hier stets der kategorischen Form des Verbots bedient, muß zunächst geprüft werden, was das Verbot zu Gunsten des Impetranten desselben bestimmt. In Bezug auf diesen erteilt es eine Erlaubnis, wie es in dem *quominus — liceat, v. f. v.* äußerlich hervortritt. Der erlaubende Satz hat kein rechtliches Können, kein Recht, sondern ein Dürfen zur Folge. So hat auch das prohibitorische Interdikt mit der Formel *quominus — liceat, v. f. v.* kein Können, sondern nur ein Dürfen zur Folge, ein Dürfen, welches durch das an den Impetranten gerichtete Verbot der Störung, der Hinderung der dem Impetranten erlaubten Handlungen geschützt ist. Bei einem Teil der auf *vim fieri veto* lautenden Interdikte wird, wie sonst, der Beklagte, an den das *v. f. v.* gerichtet ist, angeredet, und der Kläger als ein Dritter *(ille)* bezeichnet. Bei anderen auf *v. f. v.* lautenden Interdikten aber wird der Kläger angeredet, der Beklagte als eine dritte Person *(ab illo)* bezeichnet. SCHMIDT[1] sagt, offenbar hätten beide Fassungen den gleichen Sinn. Indessen, daß es nur vom Zufall abgehangen, ob der Magistrat bei der Proponierung der Interdikte die eine oder andere Form wählte, ist gewiß nicht anzunehmen. Die letztere Fassung finden wir bei den Interdikten, bei welchen der Kläger nicht etwa in der Vornahme bestimmter Handlungen, sondern im Besitz einer Sache oder der Ausübung einer *servitus rustica* geschützt werden soll. Es findet sich also diese Fassung insbesondere bei dem *interdictum de itinere actuque privato*, dem *de itinere reficiendo*, dem *de aqua cottidiana et aestiva*, dem *de fonte* und *de fonte reficiendo.* Auch das *interdictum uti possidetis* hat diese Fassung, nur daß hier, da es ein *duplex* ist, die Anrede an beide Parteien gerichtet ist. Wenn es in zwei *interdicta simplicia* aufgelöst würde, so müßte das einzelne die Fassung erhalten: *quominus ita possideas v. f. v.* Der Grund dieser Fassung ist aber wohl der, daß bei den possessorischen und quasipossessorischen Interdikten der faktische Zustand, der Ausübungszustand und somit die magistratische Anerkennung, das Erlauben desselben im Vordergrunde steht, wie dies recht deutlich in der älteren bei Festus *s. v. possessio*

[1] A a. O. S. 151 A. 1.

erhaltenen Fassung des *interdictum uti possidetis* hervortritt, welche in zwei Sätze zerfällt: *Uti nunc eum fundum — — possidetis, ita possideatis. Adversus ea vim fieri veto.* Die Fassung der Interdiktsformel ist bei den Diskussionen über das Wesen des Besitzes keineswegs genügend beachtet. Der Besitz ist kein Recht, d. h. kein durch das Recht gewährtes Können, keine rechtliche Verfügungsmacht, sondern er ist ein durch magistratische Erlaubnis gewährtes Dürfen, welches dem im *Petitorium* durchgeführten rechtlichen Können des andern weichen muß. Aus dem rechtlichen Können folgt in der Regel das Dürfen; es kann aber das Können mit einem Nichtdürfen zusammenbestehen. Das zeigt, wie JELLINEK[1] mit Recht sagt, die *lex minus quam perfecta;* das zeigt auch das Eigentum, welchem der Besitz des Nichteigentümers gegenübersteht: einstweilen wenigstens ist dem Eigentümer die Störung des Besitzes des andern verboten. Das prohibitorische Interdikt mit der Formel *v. f. v.* ist nur zum Schutz des magistratisch gestatteten Dürfens bestimmt, auch wenn in der Interdiktsformel zur Begründung der magistratischen Erlaubnis das rechtliche Können des Interdiktskläger angeführt wird. Instruktiv sind in dieser Beziehung die Interdikte *de mortuo inferendo et sepulcro aedificando:* durch dieselben werden geschützt das Dürfen des *mortuum inferre et sepelire* bezw. des *sepulcrum aedificare.* Gestützt aber wird die magistratische Erlaubnis auf das *ius illi esse mortuum inferre invito te,* das Dürfen wird hier auf das Können gestützt.

Das auf eine Erlaubnis sich stützende Dürfen braucht übrigens nicht einem rechtlichen Können gegenüberzustehen, dessen Durchführung ihm ein Ende macht. Es möge in dieser Beziehung auf das *interdictum quo ex castello* verwiesen werden. Auch hier wird die magistratische Erlaubnis gestützt auf das dem Interdiktenkläger etwa von dem, *cui eius rei ius fuit,* zugestandene *ius aquae ducendae;* es wird also auch hier aus dem Können das Dürfen abgeleitet. Darum handelt es sich hier aber nicht um ein einstweiliges Dürfen, wie l. 1 § 44 D. de aqua quotidiana 43, 20 zeigt: *Meminisse autem debemus in hoc interdicto totam quaestionem finiri adsignationis: non enim praeparat hoc interdictum causam, ut superiora interdicta, nec ad possessionem temporariam pertinet, sed aut habet ius adsignatum sibi aut non habet, et interdictum* (*l. interdicto*) *totum finitur.*

Bemerkenswert ist der Unterschied in der Fassung des *interdictum de fonte reficiendo* und des *de rivis.* Bei dem ersteren wird, wie bei den übrigen quasipossessorischen Interdikten, der Kläger angeredet, bei dem letzteren aber der Beklagte. Die abweichende Fassung des *interdictum de rivis* erklärt sich wohl aus Ulpian's Angabe in l. 3 § 4 D. de rivis 43, 21: *Hoc interdictum ad omnes rivos pertinet, sive in publico sive in privato sint constituti.* An öffentlichen Sachen ist ein quasipossessorischer Zustand der Partei nicht möglich; daher erhielt

[1] Zu bestreiten ist also der Satz JELLINEK's (System des subjektiven öffentlichen Rechts S 47), daß jedes Dürfen notwendig ein Können zur Voraussetzung habe. Der Besitz ist ein an das faktische Können geknüpftes, durch das Recht erlaubtes und durch ein Störungsverbot geschütztes Dürfen. Wegen aller vermöge dieses Dürfens mit der Sache vorgenommenen Handlungen bleibt der Besitzer denen, welchen das Können bezüglich der Sache zusteht, mehr oder weniger verantwortlich. Erwähnt möge hier auch werden die Ansicht BIERLING's, Juristische Prinzipienlehre I, S. 93, daß die erlaubende Rechtsnorm ihrer Wirkung nach nicht weiter reiche als die Erkenntnis, daß der „erlaubten" Handlung ein Verbot nicht entgegenstehe. Richtig ist nur, daß die erlaubende Norm für sich eine imperfekte ist. Unsere Interdiktsformeln zeigen, daß an die magistratische Erlaubnis einer Handlung oder eines Zustandes immer das *v. f. v.*, das Verbot der Störung der erlaubten Handlung oder des erlaubten Zustandes geknüpft ist.

dieses Interdikt dieselbe Fassung, wie die anderen zum Schutz öffentlicher Sachen bestimmten prohibitorischen, auf *vim fieri veto* lautenden Interdikte. — Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß in der in l. 1 pr. D. de cloacis 43, 23 erhaltenen Formel des *interdictum prohibitorium de cloacis (privatis)*, welches nur das Bestehen der Kloakenleitung, keinen weiteren Quasibesitz voraussetzt, demgemäß auch nicht der Kläger, sondern der Beklagte angeredet wird.

Ulpian fügt in l. 1 § 1 D. de interdictis 43, 1 der Anführung der *tres species* der *interdicta exhibitoria, prohibitoria* und *restitutoria* die Bemerkung hinzu: *sunt tamen quaedam interdicta et mixta, quae et prohibitoria sunt et exhibitoria.* Sodann sagt derselbe Ulpian in l. 3 § 2 D. ne vis fiat ei, qui in poss. 43, 4: *Praetor ventrem in possessionem mittit, et hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est.* Endlich fügt wieder Ulpian nach Anführung der Formel des *interdictum de aqua (quotidiana)* in l. 1 pr. D. de aq. cott. 43, 20 in dem darauf folgenden § 1 die Worte hinzu: *Hoc interdictum prohibitorium et interdum restitutorium est.*

Schmidt[1] sagt, die Form der beiden letzterwähnten Interdikte sei immer die prohibitorische gewesen, Ulpian bezeichne aber beide als im materiellen Sinne restitutorisch, weil sie dem Impetranten, wenn derselbe gegenwärtig den Besitz verloren habe, eine materielle Restitution brächten. Ulpian's Bezeichnungsweise, meint Schmidt, sei nicht als eine glückliche zu preisen, denn er werfe eine, von der Form hergenommene Bezeichnung *(prohibitorium interdictum)* mit einer anderen, in der Regel auch in formellem Sinne gebrauchten, hier aber materiell verstandenen *(restitutorium interdictum)* zusammen. Meines Erachtens ist dieser Vorwurf ungerecht. Gaius bezeichnet IV, 170 in seiner Erörterung über die *interdicta secundaria*, welche der Prätor gewährt, wenn nach erlassenem *interdictum uti possidetis* eine Partei eine von den Handlungen nicht vornehmen will, welche zum Fortgang des Interdiktsprozesses notwendig sind, als *vis et potestas* dieser Interdikte, daß der, welcher die *cetera ex interdicto non faciat — sive possideat, restituat adversario possessionem, sive non possideat, vim illi possidenti ne faciat.* Man meint nun, daß für den Fall, daß der, *qui cetera ex interdicto non faciat*, besitze, ein *interdictum restitutorium*, für den Fall, daß er nicht besitze, ein *i. prohibitorium* gegeben werde. Diese Erklärung ist unmöglich, denn vor der Entscheidung in dem durch das *i. uti possidetis* veranlaßten Prozeß weiß man ja nicht, welche der beiden Parteien besitzt. Vielmehr liegt hier eines der von Ulpian erwähnten *interdicta mixta* vor: der prätorische Befehl lautet für den Fall, daß der Impetrat besitze, auf *restituas*, für den Fall, daß er nicht besitze, auf *illi possidenti vim fieri veto. Si cetera ex interdicto uti possidetis non faciat* oder ähnlich war wohl die Rubrik des Ediktsabschnitts über die *interdicta secundaria*, und für die einzelnen Fälle dieser *cetera ex interdicto* waren wohl besondere *interdicta secundaria* aufgestellt. Auch der Frau, welche *ventris nomine in possessionem missa erat*, wurde ganz ähnlich ein *interdictum* gegeben, welches für den Fall, daß sie an dem *in possessionem venire* verhindert werde, prohibitorisch gefaßt war, für den Fall, daß sie aus der Detention verdrängt werde, auf *restituas* lautete. In l. 3 § 2 D. ne fiat 43, 4 heißt es von diesem Interdikt: *et hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est.* Danach und nach der Natur der Sache ist anzunehmen, daß auch das Interdikt zu Gunsten des *legatorum servandorum causa in possessionem missus*, sowie das zum Schutz des *damni infecti nomine in possessionem missus* in der gleichen Weise

[1] A. a. O. 68 f.

mixta (prohibitoria und *restitutoria)* waren. Dahingestellt muß bleiben, warum das *interdictum de aqua* als ein *mixtum (prohibitorium et interdum restitutorium est)* bezeichnet ist. Das *interdum* sowie das in l. 1 pr. D. de aq. cott. 43, 20 mitgeteilte Formular zeigen, daß es regelmäßig nur prohibitorisch gefaßt war. Ulpian spricht in l. 1 § 1 D. de interdict. 43, 1 von *interdicta mixta, quae et prohibitoria et exhibitoria sunt.* Daß wir von solchen keine Spur finden, ist noch gar kein Grund, gegen Ulpian's Angabe mißtrauisch zu machen und von einer Erfindung seinerseits zu sprechen. Unser Nichtwissen ist kein Grund, dies Existierthaben von Einrichtungen, für welche ein solches Zeugnis spricht, in Abrede zu stellen. Denken ließe sich schon, daß ein Interdikt zu Gunsten des Gewalthabers bezüglich seiner Kinder gemischt je nach Verschiedenheit der Sachlage auf *exhibeas* und auf *quominus — ducere liceat v. f. v.* lautete.

Eine andere hier zunächst zu erörternde Einteilung der Interdikte ist die in *simplicia* und *duplicia.*[1] Zu den *interdicta duplicia* werden in den Quellen gerechnet die *interdicta uti possidetis* und *utrubi,* ferner gewisse nach Analogie des *uti possidetis* gebildete *interdicta* und das *interdictum de aqua inter rivales.* Die *i. simplicia* werden als solche erklärt, bei welchen die eine Partei die Rolle des *actor,* die andere die des *reus* einnehme, die *duplicia* als solche, bei welchen die Lage beider streitenden Parteien die gleiche sei, also keine vorwiegend als Kläger oder Beklagter erscheine, sondern jede sowohl die Rolle des Klägers als des Beklagten einnehme. Es giebt eine Auffassung der Duplizität von Interdikten, welche nur auf das Äußerliche sieht, daß bei ihnen *praetor pari sermone cum utroque loquitur.* Die *i. duplicia* sind danach Doppelbefehle des Prätors, deren Zusammenfassung zu einem Ausdruck eine rein äußerliche sei. Die praktische Bedeutung der Duplizität sei die, daß durch so formulierte Interdikte die Beklagtenrolle für die Vindikationen bestimmt werden solle.

Mann muß sich aber der anderen, namentlich von Krüger[2] entwickelten Auffassung der Duplizität der fraglichen Interdikte anschließen. Ihre Eigentümlichkeit, sagt er, liegt gegenüber einer Verbindung zweier einseitiger Interdikte darin, daß das Objekt in beiden ein einheitliches ist, daß sie sich nicht in zwei *simplicia* auflösen lassen, daß der Streit sich nur darum bewegt, ob der eine oder der andere zum Besitz berechtigt ist. Er hätte nur näher zeigen sollen, warum eine Auflösung des *i. duplex* in zwei *interdicta simplicia* nicht möglich ist. Schmidt[3] sagt nach dem Vorgange von Rudorff, in der Zeit wo das *interdictum uti possidetis* lediglich und allein zur Sicherung des Besitzes gegen künftige Störungen gedient, habe es dafür nur eines *simplex interdictum* bedurft. Erst seitdem das Interdikt die Bestimmung erhalten habe, die Parteirollen für den Eigentumsprozeß zu regulieren, habe der Prätor ihm die *duplex forma* gegeben. Die Sache dürfte sich wohl umgekehrt verhalten. Da das *interd. uti possidetis,* seitdem es bestand, ein *i. duplex* war, eignete es sich dazu, durch Entscheidung der Besitzfrage die Beklagtenrolle für den Eigentumsprozeß zu bestimmen. Ganz abgesehen vom Eigentumsstreit, pflegt ein Besitzstreit in der Art aufzutreten, daß beide Streitenden Besitzer der fraglichen Sache zu sein behaupten. Für solchen konkreten Besitzstreit soll das Interdikt die magistratische Norm aufstellen. Hätte der Prätor jeder der Parteien ein *interdictum simplex* in der Art, wie sie von Schmidt (Interdikten-

[1] Gai. IV, § 156—160. § 7 J. de interd. 4, 15. Theoph. ad h. l. L. 2 pr. D. de interd. 43, 2.
[2] Krit. Versuche S. 90 f. vgl. Ubbelohde a. a. O. I, S. 277 ff. [3] A. a. O. S. 184.

verfahren S. 184) formuliert werden, gegeben, so würde damit gar nicht dasselbe gesagt sein, wie mit dem *i. duplex*. Für den Fall, daß A besitze, hätte er diesem nur zu besitzen erlaubt und dem Beklagten B Störungen des Besitzes jenes verboten; für den Fall, daß A nicht besitze, hätte er an den B kein Verbot von Störungen erlassen, aber auch nicht Besitzhandlungen des A verboten, denn das bloße Nichterteilen einer Erlaubniß steht dem Verbot nicht gleich. Durch das andere *i. simplex* hätte er, falls B besitze, diesem zu besitzen erlaubt und dem A Störungen des Besitzes jenes verboten: für den Fall, daß B nicht besitze, hätte er wieder nur kein Verbot der Störung an A erlassen, aber Besitzhandlungen des ersteren wieder nicht besonders erlaubt, aber auch nicht verboten. Also in dem einen Interdikt hätte der Prätor die betreffenden Handlungen nur nicht mit dem Siegel seiner Erlaubnis versehen, in dem andern hätte er sie verboten. Das wäre ein nicht miteinander stimmendes Verhalten des Magistrats. Der Sinn der *i. duplex* ist ein anderer. Bei Erteilung desselben setzt der Magistrat voraus, daß eine der streitenden Parteien besitze, die *iudex* soll demnächst untersuchen, *uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus quo interdictum redditur — — possederit.* Trifft die Voraussetzung nicht zu, kommt der *iudex* zu der Erkenntnis, daß keiner von beiden besitze, so hat das Verfahren kein Ergebnis: der *iudex* müßte dann bezüglich beider Parteien erkennen, daß sie nicht *adversus edictum praetoris* eine *vis* gegen die andere Partei begangen hätten, müßte sie also bei den *actiones* aus den Sponsionen beide freisprechen, bei den Klagen aus den Restipulationen beide kondemnieren, was sich aber gegenseitig aufheben würde. Berechnet ist das Interdikt recht eigentlich nur auf den Fall, daß eine der Parteien besitzt.[1] Der Magistrat sagt nun jeder der Parteien, für den Fall, daß sie besitze, sei dieser ihr Besitz erlaubt und die Störung desselben von Seiten der andern verboten; für den Fall, daß sie nicht besitze, also die andere besitze, seien die im ersten Fall erlaubten Handlungen ihr verboten. Vielleicht ist aber eine der Parteien nach erlassenem Interdikt zu der Erkenntnis gekommen, daß sie keine genügend sichere Aussicht habe, mit ihrer Besitzbehauptung bei den Klagen *ex interdicto* durchzukommen, oder hat überhaupt ihrerseits von Anfang an nicht zu besitzen behauptet. Dann kann sie darauf verzichten, ihrerseits den Gegner *sponsione* zu provozieren, in welchem Fall es dann nur zu *una sponsio* und *una restipulatio* kommt. Daß auch bei den übrigen erwähnten Fällen von *i. duplicia* die Duplizität in entsprechender Weise aufzufassen ist, soll an dieser Stelle nicht weiter dargelegt werden. — Entschieden zu widersprechen ist der Meinung Schmidt's (a. a. O. S. 185), daß *i. duplicia* auch restitutorische und exhibitorische Fassung zulassen würden, und daß kein inneres Hindernis entgegenstehe, das *i. de tabulis exhibendis* als *duplex* zu fassen, wenn der, welcher nach dem Verlangen eines andern das fragliche Testament vorzeigen solle, seinerseits behaupte, daß dieser andere das Testament habe und von ihm die Vorzeigung verlange. Hier läge in Wahrheit kein innerer Zusammenhang zwischen den äußerlich zu einem Ganzen zusammengefaßten mehreren Interdikten vor. Ein

[1] Nach meiner jetzigen Auffassung des alten Eigentumsstreits in der Form der *l° a° sacramento* ist auch dieser auf den Fall berechnet, daß einer der Streitenden Eigentümer sei. Kommt der Richter zu der Erkenntnis, daß keiner der Streitenden Eigentümer sei, so kann er bezüglich keiner der Parteien erkennen, daß sie dem Gegner gegenüber *iniuste* vindiciert habe, es kann keines der beiden *sacramenta* für verfallen, für *iniustum* erklärt werden.

solcher könnte etwa angenommen werden, wenn in dem Fall, daß der eine die Urkunde besäße, notwendig der Anspruch des andern gegen ihn begründet wäre, dagegen für den Fall, daß dieser andere sie besäße, notwendig der Anspruch jenes gegen ihn begründet wäre. Es muß indessen der Impetrant hier irgend ein Interesse daran haben, daß ihm die Testamentsurkunde, das Kodizill u. s. w. exhibiert werde, er muß dieses bestimmte Interesse mindestens angeben und auch wohl darthun, aus welchen Gründen er annimmt, daß er im Testament zum Erben oder Substituten ernannt oder ihm etwas legiert sei, denn der Impetrat kann leugnen, *se exhibere oportere*, und daraufhin das Interdikt erlassen werden. Wie sollte der Streit, ob der die Urkunde besitzende Beklagte zu exhibieren verpflichtet sei, entschieden werden, wenn der Kläger nicht das konkrete Interesse behaupten bezw. die Gründe seiner Annahme, über deren Zureichen der *iudex* zu entscheiden haben wird, angeben bezw. nachweisen müßte?

Diese Fragen des Interesses der Parteien an der Exhibition wären nun, wenn beide Parteien voneinander die Exhibition verlangten, ganz verschiedene, an sich zusammenhanglose; sie könnten nicht zu einem Interdiktsprozeß vereinigt werden.

3. Einteilungen der Interdikte nach den Voraussetzungen des Befehls.

§ 109. Unsere bisherigen Betrachtungen haben sich wesentlich mit dem in der Interdiktsformel ausgesprochenen Befehl oder Verbot selbst beschäftigt. Der Befehl ist aber kein unbedingter, sondern ein hypothetischer, er ist an gewisse Voraussetzungen geknüpft. Nur für den Fall, daß diese Voraussetzungen zutreffen, ist durch das Interdikt eine Verpflichtung der betreffenden Partei zu einem *restituere* oder *exhibere* oder zur Unterlassung bezeichneter Handlungen oder von Störungen bezeichneter Handlungen oder Zustände der Gegenpartei begründet. Diese Voraussetzungen nehmen häufig einen eigenen Satzteil ein; es ist das aber nicht notwendig: aus dem Inhalt des Befehls selbst können sich die Voraussetzungen desselben, wenigstens bei prohibitorischen Interdikten, ergeben. Diese Voraussetzungen sind prätorische Gewährungen, faktische Zustände, Sachen von bestimmter rechtlicher Bedeutung (wie *res sacrae, itinera* und *flumina publica*), faktische Handlungen und Rechtsakte, Unterlassungen, auch Rechte. Auch da aber, wo ein Recht die Voraussetzung eines Interdikts bildet, besteht doch zwischen der *actio* und dem Interdikt in Bezug auf das *ius*, auf welches sich beide beziehen, ein wesentlicher Unterschied. Die *actio* zielt zunächst und wesentlich auf die richterliche Anerkennung des *ius* ab, und aus der Existenz des *ius* als des Grundes wird die *condemnatio* hergeleitet. Bei den Interdikten aber ist das etwaige *ius*, worauf das Interdikt sich bezieht, doch auch nur eine Voraussetzung desselben, wie andere auch. Mag auch diese Voraussetzung für den Magistrat eine höhere Bedeutung haben, wie andere: die Verpflichtung der Partei zu der betreffenden Handlung oder Unterlassung wird hier doch immer nur aus dem magistratischen Befehl oder Verbot, nicht aus dem *ius*, welches die Voraussetzung desselben bildet, hergeleitet, und die auf das Interdikt noch folgende *actio* ist immmer nur eine *actio ex interdicto*.

Auch von der *actio in factum concepta* unterscheidet sich das Interdikt wesentlich, denn bei der erstern weist zwar der Magistrat den *iudex* nicht an, die Kondemnation aus der Existenz eines in der *intentio* bezeichneten *ius* herzuleiten, sondern nimmt es auf seine Autorität, seine Jurisdiktionsgewalt, daß

der *iudex* die *condemnatio* aus den in der *quasi intentio* bezeichneten Thatsachen herzuleiten habe, aber er setzt doch diese Thatsachen an die Stelle des *ius*, der *iudex* soll unmittelbar aus diesen vom Magistrat als wirksam anerkannten Thatsachen die Kondemnation herleiten.[1]

Gehört nun ein *ius* zu den Voraussetzungen des Interdikts, so lautet die Interdiktsformel immer auf die gegenwärtige Existenz des Rechts: so *quo quave illi mortuum inferre invito te ius est* beim *i. de mortuo inferendo; quominus id iter actumque, ut tibi ius est, reficias* beim *i. de itinere reficiendo.* Ist eine Handlung, eine Thatsache Voraussetzung des Interdikts, so gebraucht die Formel, je nachdem der Befehl von einer vergangenen oder gegenwärtigen Thatsache oder Handlung abhängig gemacht werden soll, das Perfektum oder Präsens. Darauf beruht die Einteilung der Interdikte in *in praesens* und *in praeteritum relata* (entsprechend den uneigentlichen *conditiones, quae ad praeteritum vel ad praesens tempus referuntur*). Doch entscheidet nicht unbedingt der Ausdruck, vielmehr geht auch hier die *mens praetoris* den *verba* vor: von dem *interd. quod vi aut clam* wird in l. 11 § 4 D. quod vi aut clam 43,24 gesagt, trotz des Wortlauts der Formel *(quod vi aut clam factum est) in hoc interdicto praesentis temporis significationem accipi debere,* d. h. das verbotwidrige *opus* muß zur Zeit des Erlasses des Interdikts noch fortbestehen.[2] Ganz grundlos aber ist es, wenn Ubbelohde auch das *interdictum de vi* zu den *i. in praesens relata* rechnen will, weil es erfolglos bleibe, wenn vor seiner Erwirkung der Dejizierte bereits vollständig wegen der erlittenen Dejektion entschädigt worden sei, während es mit Erfolg hätte erbeten werden können, so lange nur noch ein Teil des durch die Dejektion veranlaßten Schadens Erstattung nicht gefunden hätte. Ist der Schaden vor Erlaß des Interdikts ersetzt, so kann der zu Belangende sagen, daß er bereits vollständig restituiert habe. Es handelt sich also hier nur um die Auslegung des Ausdrucks *restitui,* nicht um die Voraussetzungen des Befehls. Ist noch nicht vollständig restituiert, so kann das Interdikt immer noch Platz greifen, denn die in der Vergangenheit liegende Voraussetzung des Interdikts wirkt hier noch immer fort[3] (l. 1 § 32 D. de vi

[1] Wenn Keller, Civilpr. § 83 die *actio in factum concepta* dahin charakterisiert, daß dabei der Prätor den Rechtspunkt, anstatt ihn den *iudex* im *ius civile* finden zu lassen, auf sein Imperium genommen habe, so möchte ich zweifeln, ob Keller hier den Ausdruck Imperium absichtlich gebraucht habe. Seitdem überhaupt *actiones in factum conceptae* gegeben werden konnten, lag die Befugnis dazu in der gewöhnlichen *iurisdictio.* Unter den zur Kompetenz der nur mit *iurisdictio* versehenen Municipalmagistrate des cisalpinischen Galliens gehörigen *actiones* werden in Kap. XXII der *lex Rubria* auch solche angeführt, welche auf *(adversariam) rem habere, eam rem fecisse* gegründet waren. Damit möchten doch wohl *actiones in factum conceptae* gemeint sein (vgl. Ihering, Geist III, 1[2] S. 59 A. 45).

[2] In l. 11 § 4 D. cit. heißt es weiter: *si tamen, inquit (sc. Julianus), ex opere damnum datum fuerit aut dominus aut is, cuius fundo nocitum erit, sua impensa id sustulerit, utilius probari, quod Julianus temptat, ut et damnum sarciatur et impendia restituantur.* Diese Entscheidung wird durch das *tamen* in Gegensatz zu dem vorhergehenden gesetzt, denn nach Beseitigung des *opus* besteht dasselbe zur Zeit des Interdikts nicht mehr. Auch die Ausdrücke *utilius probari* und *quod Julianus temptat* weisen darauf hin, daß es sich um eine aus praktischen Zweckmäßigkeitsgründen angenommene Anwendung des Interdikts über seine ursprünglichen Grenzen hinaus handele, was Ubbelohde, a. a. O. I, S. 189 A. 13, mit Unrecht bestreitet.

[3] Nach der im Text gegebenen Darlegung trifft Ulpian wohl nicht der ihm von Lenel, Ediktum S. 373, gemachte Vorwurf, daß er das Motiv der Entscheidung nicht richtig angegeben habe, denn mit den Worten *quia verum est, vi esse deiectum,* will er sagen, daß die Voraussetzung des *vi deiectum esse* noch fortwirke.

43, 16: *Si fundus, a quo vi expulsus sim, mihi restitutus esset, ceterae vero res quae vi ablatae sunt, non restituantur, hic dicendum est interdictum nihilominus teneri, quia verum est vi esse deiectum*). Ein Interdikt ist also nicht deshalb weniger *in praeteritum relatum*, weil die Wirksamkeit seiner in die Vergangenheit fallenden Voraussetzung noch fortdauert. Ein *in praesens relatum* ist aber (abgesehen von aus praktischen Gründen zugelassenen Ausdehnungen über seine Grenzen heraus) nur begründet, wenn die betreffende, in die Gegenwart gesetzte Voraussetzung noch zur Zeit des Erlasses des Interdikts vorhanden ist. Möglich ist auch, daß der Interdiktsbefehl alternativ von einer in die Gegenwart oder in die Vergangenheit fallenden Thatsache abhängig gemacht ist.

Daß es unter den Interdikten solche giebt, zu deren Voraussetzungen ein *ius* gehört, erklärt die Einteilung derselben in solche, welche *proprietatis* bezw. *velut proprietatis causam continent*, und solche, welche *possessionis causam habent*. Von dieser Einteilung, aber nicht bloß von dieser, ist die Rede in l. 2 § 2 D. de interd. 43, 1. In dieser Stelle scheinen einander entgegengestellt werden zu sollen *interdicta, quae rei persecutionem continent*, und die, *quae possessionis causam habent*. Die letzteren werden aber doch den ersteren nicht ausdrücklich gegenübergestellt, sondern kommen nur beiläufig in der Weise zur Erwähnung, daß gesagt wird, es sei nicht wunderbar, daß auch gewisse *interdicta* welche sich auf das Vermögen bezögen, *proprietatis, non possessionis causam habeant*. Die Stelle bietet aber auch sonst Auffälliges. Auffällig ist schon die Bezeichnung der *i., quae proprietatis* und *velut proprietatis causam continent*. als solcher, *quae rei persecutionem continent*, im Gegensatze solcher, welche *possessionis causam continent*. Auffällig ist ferner die Auslassung des Wortes *reficiendo* hinter *de itinere actuque privato*, obwohl nur das *i. de itinere reficiendo* gemeint sein kann. Auffällig auch die Worte: *item illa de liberis exhibendis, quae iuris tuendi causa diximus competere;* da trotz des *illa* nur ein Interdikt genannt wird. Diesem letzteren Übelstand hat man dadurch abzuhelfen gesucht, daß man die Worte *de liberis exhibendis* als ein aus dem vorhergehenden Paragraphen entlehntes, in den Text geratenes und zu streichendes Glossem betrachtet. Meines Erachtens ist die ganze Stelle von den Kompilatoren durch ungeschickte Kürzungen und Auslassungen entstellt. Paulus sprach wohl zunächst von dem Gegensatz der *interdicta, quae rei persecutionem continent*, und der *interdicta poenalia* bezw. *noxalia*. Wenigstens schwebte ihm dieser Gegensatz vor. Das Beispiel eines *i. rei persecutionem continens*, welches er anführt, führt ihn dann zu einem andern Gegensatz, nämlich den der *interdicta, quae proprietatis* bezw. *velut proprietatis causam continent*, und solcher, *quae possessionis causam habent*. Hinter *illa de liberis exhibendis* wird ausgelassen sein *et de liberto exhibendo*, so daß dann das folgende: *quae iuris tuendi causa diximus competere* vollkommen zutrifft, denn diese beiden Interdikte sind als *iuris sui tuendi causa* dienend vorher genannt. Es werden also in Wahrheit von Paulus die *i., quae possessionis causam habent*, keineswegs als Gegensatz der *i., quae rei persecutionem continent*, betrachtet. Von dem nicht direkt ausgesprochenen Gedanken ausgehend, daß die meisten der *i., quae ad rem familiarem pertinent*, sich auf *possessio* und *quasi possessio* beziehen, bemerkt der Jurist, es sei doch nicht wunderbar, daß sich auch unter ihnen einzelne befänden, *quae proprietatis, non possessionis, causam habeant*, da es ja unter den übrigen Interdikten so manche gäbe, welche *proprietatis* bezw. *velut proprietatis causam* enthielten. Daß Paulus aber (mag man dies tadelnswerth finden oder nicht) die *interdicta adipiscendae possessionis*

zu denen, *quae possessionis causam habent*, nicht zu denen, *quae proprietatis causam continent*, rechnet, ist nicht zu bezweifeln. Unmittelbar nach der Bemerkung, daß auch gewisse *i.*, welche *ad rem familiarem pertinent, proprietatis causam*, nicht *possessionis causam habent*, fährt er fort: *Haec autem interdicta, quae ad rem familiarem spectant, aut adipiscendae sunt possessionis aut reciperandae aut retinendae.* Unter diesen *i., quae ad rem f. spectant*, kann er also nur die große Mehrzahl derselben verstehen, nämlich die, *quae possessionis causam habent.* Man muß aber auch sagen, daß Paulus die *adipiscendae p. interdicta* mit Recht zu denen rechnet, *quae possessionis causam habent*, denn sie verschaffen, wie die Erörterung der einzelnen bei den betreffenden Materien zeigen wird, nichts weiter als die *possessio* der betreffenden Sachen.

Gegen die Bemerkung Schmidt's (a. a. O. S. 86), die *i., quae proprietatis* oder *velut proprietatis causam continent*, beruhten auf Rechten, welche solche seien, ganz unabhängig von den Interdikten, wendet Ubbelohde (a. a. O. I. S. 94 f.) ein, es sei nicht wohl zu erkennen, wie bei Ermangelung eines jeden andern Rechtsschutzes, als eben des durch Interdikte gewährten, die Verhältnisse der *loca sacra et religiosa* und diejenigen der *flumina publica* abgesehen vom Interdiktenschutze als Rechtsverhältnisse anzusprechen seien. Das ist eine verwunderliche Auffassung. Wenn Gaius II, 5 das rechtliche Wesen des *sacrum* dahin bestimmt: *sed sacrum quidem hoc solum existimatur, quod ex auctoritate populi Romani consecratum est, veluti lege de ea re lata aut senatusconsulto facto*, so hat er dabei doch wahrhaftig nicht an den Interdiktenschutz gedacht. Über die etwa zweifelhafte Rechtsfrage in Bezug auf Sachen, deren Eigenschaft als *res sacra* oder *religiosa* behauptet wurde, hatten weltliche Behörden, Magistrate, Richter überhaupt nicht zu entscheiden, sondern es waren die *pontifices* darüber anzugehen, und diese hatten die Entscheidung bedingt abzugeben. Nur die Untersuchung der faktischen Voraussetzungen des *sacrum* oder *religiosum esse* fiel den weltlichen Magistraten bezw. von ihnen ernannten *iudices* zu, und der Schutz der unzweifelhaften *res sacrae* bezw. *religiosae* gegen Okkupationen und Verunglimpfungen von seiten Privater. Solcher Schutz fand aber auch auf andere Weise, als durch Interdikte, statt. Das zeigt Liv. 40, 51, 8: *(censores) complura sacella publicaque usu occupata a privatis publica sacraque ut essent paterentque populo curarunt.* Auch ist nicht zu bezweifeln, daß die Verletzung von *res sacrae* und *religiosae* nach altem Sakralrecht Folgen für den Verletzer nach sich gezogen haben wird, wenn wir darüber auch nichts Näheres wissen. — Auch der Schutz der zum öffentlichen Gebrauch bestimmten Sachen fiel keineswegs bloß den Interdikten zu. Aus dem bei Fest. s. v. *vindiciae* p. 376 M. erhaltenen Fragment erhellt, daß für den *populus* in Anspruch genommene Sachen Gegenstand eines Vindikationsprozesses sein konnten. Vor allem aber war es Sache der Censoren, und in Ermangelung von solchen der sie vertretenden Beamten, also besonders der Konsuln, nach vorhergehender Untersuchung zu entscheiden, ob bestimmtes Land und Wasser öffentliches sei oder nicht. Das zeigen Stellen, wie die vorhin angeführte, ferner Liv. 4, 8, 2: *publicorum ius privatorumque locorum*, C. J. L. VI, 919: *[Ti. Claudius Caes. Aug. L. Vitellius P. f. ex] s. c. censores loca a pilis et columnis, qua a pri-fatis possidebantur, causa cognita ex forma in publicum restituerunt.* Auch die Ufer von *flumina publica* wurden durch Terminationssteine kenntlich gemacht (C. J. L. I, 608—614). Solche Terminationen öffentlichen Landes werden auch sonst erwähnt, C. J. L. VI, 1263, 1264: *terminarunt locum publicum a privato.* Liv. 42,

1, 6. c. 19, 1. Namentlich wurde Überbauen und Einbauen seitens der Privaten auf öffentlichen Grund und Boden oder in öffentliche Gebäude von den Censoren beseitigt. Liv. 39, 44, 4: *quae in loca publica inaedificata, inmolitave privati habebant, intra dies triginta demoliti sunt.* 43, 16, 4: — *libertinum parietem in sacra via adversus aedes publicas demoliri iusserunt, quod loco publico inaedificatus esset.* — Da jene Terminationen, welche öffentliches Land von privatem abschieden, *ex forma*, d. h. auf Grund von Karten, Plänen, welche öffentlichen Glauben hatten, geschahen, so waren selbstverständlich auch die *iudices* bei ihren Entscheidungen in Interdiktsprozessen daran gebunden.

Ob das Land bezw. Gewässer, worauf ein Interdikt sich beziehen sollte, öffentliches sei, wird danach wohl selten Gegenstand des Streits gewesen sein.

4. *Interdicta, quae rei persecutionem continent*, und *interdicta poenalia.*

§ 110. Bei der Besprechung von l. 2 § 2 D. de interd. 43, 1 ist von uns angenommen worden, daß Paulus in der ursprünglichen, von den Kompilatoren noch nicht bearbeiteten Fassung der Stelle einen Gegensatz gemacht habe zwischen *interdicta, quae rei persecutionem continent*, und *interdicta poenalia.* Als letztere können bezeichnet werden das *interdictum de vi*, das *interdictum quod vi aut clam* und das *interdictum fraudatorium*, denn sie entspringen alle aus deliktischem Handeln, wie das aber nur bei einer Besprechung der einzelnen Interdikte selbst gezeigt werden kann. Die beiden ersteren kommen daher, falls ein Sklave des Imploraten die Dejektion oder *vis* begangen hat, als *i. noxalis* vor, was in Bezug auf das *fraudatorium*, welches nur aus Handlungen des in Konkurs Geratenen selbst gegeben wird, nicht denkbar ist. Es gehören ferner jene drei Interdikte auch zu denen, welche nur innerhalb eines Jahrs gegeben werden; also derselben kurzen Verjährungsfrist unterliegen, wie *actiones poenales.* Endlich gehen das *interdictum de vi* und das *quod vi aut clam* gegen die Erben nur *in id, quod ad eos pervenit.* Schmidt[1] meint, aus den drei Fällen, welche eine Beschränkung auf das Jahr darbieten, ein bleibendes Prinzip abzuziehen, werde man vergeblich sich bemühen. Jene drei Interdikte deshalb als *annales* zu betrachten, weil sie einseitige Strafklagen seien, sei aus dem Grunde nicht möglich, weil es andere Interdikte gäbe, welche, auf diesen Namen den gleichen Anspruch habend, nichtsdestoweniger *perpetua* seien. Dahin gehöre zunächst das *interdictum de vi armata*, von welchem es bei Cic. ad. famil. XV, 16 heißt: *In hoc interdicto non solet addi: in hoc anno.* Hier wird es aber gerade als etwas Besonderes, Ausnahmsweises hervorgehoben, daß die Worte *in hoc anno* wegbleiben. Die sonstige Regel für die Ansprüche aus Delikten, daß sie nicht über einen *annus utilis* hinaus geltend gemacht werden sollen, findet hier ausnahmsweise keine Anwendung, weil die *vis armata* besonders scharf getroffen werden soll. Bedenklicher wäre es, wenn das *interdictum restitutorium ex operis novi nuntiatione* als eine Deliktsklage behandelt würde, wie Schmidt[2] und, ihm folgend, Ubbelohde[3] annehmen. Dieses Interdikt unterscheidet sich sehr wesentlich von dem *i. quod vi aut clam*, mit welchem es ja Berührungspunkte hat. Die *prohibitio*, welche die Voraussetzung des *i. quod vi* ist, wird gegen die Person eingelegt, und gerade die Nichtachtung des gegen die Person dessen, der das *opus* vorgenommen, eingelegten Verbots wird als eine *iniuria*, eine

[1] A. a. O. S. 125. [2] A. a. O. S. 177. [3] A. a. O. I, S. 449.

calliditas angesehen. Die *operis novi nuntiatio* aber geschieht nicht *in personam*, sondern *in rem*, sie legt einen Bann auf die Sache selbst und ist wirksam auch gegen *absentes* und *ignorantes*, wenngleich aus solcher *nuntiatio* nicht das *interdictum quod vi* entspringen kann, welches ja, wenn die an Ort und Stelle eingelegte *nuntiatio* dem Nuntiaten persönlich gegenüber vorgenommen ist, also auch die Erfordernisse der *prohibitio* an sich trägt, aus derselben neben dem *i. demolitorium* entspringen kann. Es ist wirksam auch gegen den Singularsuccessor in das mit dem Bann bestrickte Grundstück. Die Verletzung dieses Banns durch Vornahme des *opus* ist an sich, wenn nicht zugleich einer in der *nuntiatio* liegenden *prohibitio* zuwider gehandelt wird, kein Delikt, es ist nur ein Handeln gegen das Verbot des Edikts, welches die seinen Vorschriften gemäß geschehene *nuntiatio* bestätigt hat, und als Ediktsübertretung erscheint die Haftung für das *restituere* auf eigene Kosten als eine *poena* (l. 22 D. de op. n. n. 39, 1: — — *nam et in restituendo huiusmodi opere eius, qui contra edictum fecit, poena versatur*). Das *interdictum ex op. novi nuntiatione* ist daher auch kein *annale*, sondern ein *perpetuum*, was man nicht, wie bei dem *i. de vi armata*, aus einer besondern Strenge, sondern nur daraus erklären kann, daß dieses Interdikt *rei persecutionem continet*. Es liegt gar kein Grund vor, dieses Interdikt mit Schmidt und Ubbelohde zu den *noxalia* zu rechnen, wie es denn auch in den Quellen nirgends als solches genannt oder charakterisiert wird. Die Fassung: *quod — in loco factum est* erklärt sich ja vollständig aus dem auf die Sache selbst gelegten Bann, so daß auch der Singularsuccessor des Nuntiaten, der der *nuntiatio* zuwider baut, mit dem Interdikt belangt werden kann. Daß die Haftung des Erben dessen, der *contra edictum* der *nuntiatio* zuwider gebaut hat, eine mildere ist, nur auf *patientiam destruendi operis adversario praestare* geht, ist kein Grund, die Klage im allgemeinen für ein Delikt zu erklären; in welchem Sinne die strengere Haftung des Erblassers als eine *poena* anzusehen sei, ist früher dargelegt.

Von dem aktiven und passiven Übergange der Interdikte auf die Erben der Parteien kann hier nicht näher gehandelt werden, soweit einzelne Interdikte später eine besondere Erörterung erheischen. Es kann sich dabei nur um die Interdikte, *quae ad rem familiarem pertinent*, handeln[1], und im allgemeinen kann gesagt werden, daß diese Interdikte vererblich sind, mit Ausnahme derer, welche gegenwärtigen Besitz voraussetzen, wie das *interdictum uti possidetis* und das *utrubi*. Auch die *quasi possessio* von Servituten als solche vererbt sich nicht, wie auch der Anspruch des Nuntianten aus der *operis novi nuntiatio* auf Unterlassung des Bauens, der ja etwas der *quasi possessio* Analoges ist, mit seinem Tode erlischt. Des praktischen Bedürfnisses halber hat hier aber der Prätor bei den auf Wege und Wassergerechtigkeiten bezüglichen quasipossessorischen Interdikten den Erben und Singularsuccessoren des Quasipossessors ein *interdictum adipiscendae possessionis* gegeben. Da es sich hier um eine durch besonderes praktisches Bedürfnis hervorgerufene, auf besondere Ediktsbestimmung und deren analoge Anwendung auf Schenknehmer u. s. w. sich stützende Gewährung der fraglichen Interdikte an die Successoren handelt, so ist es äußerst bedenklich, dasselbe für den Besitz aller anderen unständigen Prädialservituten

[1] Wo ein sonstiges Interdikt lediglich an das Vorhandensein eines *ius* geknüpft ist, ist es, soweit dieses *ius* ein vererbliches ist, auch vererblich, wie das *interdictum de mortuo inferendo*.

anzunehmen, z. B. für den Besitz von Weidegerechtsamen. Für das römische Recht fehlt es für solche Ausdehnung auch nur der gewöhnlichen *i. de itinere* oder *de aqua* auf Weideservituten an jeder Spur, und auch unser heutiges Recht weiß, wie DERNBURG mit Recht sagt, von einer analogen Anwendung des *i. de itinere* auf Weideservituten nichts.

Von dem etwaigen Übergang des Interdikts auf die Erben des zu Belangenden ist bei den einzelnen Interdikten zu reden.

5. Verhältnisse, für welche Interdikte aufgestellt sind.

§ 111. Wir kommen jetzt zu der wichtigen Frage, für welche Gegenstände Verhältnisse überhaupt Interdikte aufgestellt sind. Allgemeine Übersichten über diese Gegenstände finden sich in l. 1 pr. D. de interdictis 43, 1 aus Ulpian's 67. Buch *ad edictum*, und l. 2 § 1 D. eod. tit. aus Paulus 63. Buch *ad edictum*. Bei beiden ist die oberste Einteilung dieselbe. Interdikte giebt es *aut de divinis rebus aut de humanis* (Ulpian), *vel hominum causa vel divini iuris aut de religione* (Paulus). Diese Unterscheidung ist gewiß altherkömmlich, sie entspricht der altrömischen Anschauung, welche die *res divinae* den *humanae* vorgehen läßt. Man vergleiche nur die Äußerung Varro's bei Gell. 14, 7, 9: *de rebus divinis prius quam humanis ad senatum referendum esse.* Danach darf man wohl annehmen, daß an den für Erlaß von Interdikten bestimmten Tagen die Interdikte *de rebus divinis* die ersten in der Reihenfolge bildeten. In der weiteren Einteilung gehen die beiden Juristen aber verschiedene Wege. Ulpian teilt nämlich die *de rebus hominum interdicta* in solche *de his, quae sunt nullius* und *de his, quae sunt alicuius*, und rechnet zu den ersteren die Interdikte, welche die *liberae personae* betreffen, zu den letzteren die, welche *res publicae* und *res singulorum* betreffen. Diese Einteilung Ulpian's ist eine recht äußerliche und dringt wenig in das Wesen der Interdikte ein. Innerlicher ist die des Paulus: er teilt die *hominum causa* aufgestellten Interdikte ein in *vel ad publicam utilitatem pertinentia vel sui iuris tuendi causa vel officii tuendi causa vel rei familiaris.* Indem er die Interdikte *de rebus publicis* hier an erster Stelle nennt, rückt er sie in unmittelbare Nähe derer *de rebus divinis*, mit welchen sie ja das gemeinsame Merkmal haben, daß sie *res extra commercium* betreffen. Die das engere privatrechtliche Gebiet betreffenden teilt er auch nach verschiedenen Gebieten innerhalb des Privatrechts ein, denn unter den *iuris sui tuendi causa* aufgestellten Interdikten versteht er die zum Schutz von Familienherrschaftsrechten, unter den *officii tuendi causa* die zum Schutz der Freiheit, unter den *rei familiaris* die auf das Vermögensrecht bezüglichen. Was nun diese letzteren anlangt, so weichen auch in deren Einteilung Ulpian und Paulus voneinander ab. Ulpian verfährt auch hier äußerlicher: er scheidet die Interdikte *de rebus singulorum* in solche, welche *ad universitatem*, und solche, welche *ad singulas res pertinent.* Paulus stellt dagegen, wie früher bei der Erörterung von l. 2 § 3 D. h. t. gezeigt ist, mehrere Einteilungen nebeneinander, mit deren einer er allerdings wieder über die Interdikte, *quae ad rem familiarem spectant*, hinausgreift: er unterscheidet *interdicta, quae rei persecutionem continent*, und *interdicta poenalia*; ferner *interdicta, quae proprietatis* bezw. *velut proprietatis causam continent*, und *interdicta, quae possessionis causam habent.*

Von den auf die *res sacrae*, *religiosae* und *publicae* bezüglichen Interdikten sind weitaus die meisten *interdicta popularia*, sowie andererseits die *interdicta*

popularia fast ganz auf diesen Kreis beschränkt sind. In der Natur der *res extra commercium* liegt es, daß Privatrechte daran ausgeschlossen sind. Vermöge staatlicher Erlaubnis darf aber jeder Bürger die *res publico usui destinata* in gewisser Weise gebrauchen, jeder Bürger hat also als solcher auch ein Interesse daran, daß die *res publico usui destinata*, falls sie schadhaft geworden, wieder in gebrauchsfähigen Zustand gesetzt werde, und darf die dazu erforderlichen Handlungen vornehmen; jeder Bürger hat auch ein Interesse daran, daß von keinem andern Handlungen an *res sacrae* und *publicae* vorgenommen werden, die ihrer Bestimmung zuwiderlaufen bezw. das Gebrauchendürfen der andern beeinträchtigen. So sind denn zum Schutz solches Gebrauchendürfens bezw. zum Schutz gegen die angedeuteten Beeinträchtigungen des Interesses aller Interdikte aufgestellt, welche jeder, *quilibet ex populo*, anstellen kann. Bezüglich einzelner der auf *res publicae* sich beziehenden Interdikte ist ihre Qualität als Popularinterdikte bestritten. Nicht zu leugnen ist auch, daß das *interdictum ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur* u. s. w. nicht zu den *popularia* gehört, denn es steht nicht jedem, sondern nur dem zu, dem durch das *facere, immittere* ein Vermögensschaden droht, und kann daher der zur Anstellung des Interdikts Berechtigte hier auch einen *procurator* bestellen,[1] was der Kläger bei Popularklagen nicht kann.

Weiter wird nun aber noch ein Unterschied gemacht zwischen den auf *res extra commercium* bezüglichen Interdikten, durch welche eine diese Sachen bezw. die Brauchbarkeit derselben für bestimmte Benutzungen benachteiligende Einwirkung auf dieselben von seiten des zu Belangenden verboten oder die Restitution des frühern Zustandes geboten wird, und den Interdikten, wodurch die Störung gewisser Handlungen an der zum öffentlichen Gebrauch bestimmten Sache verboten wird. Bei der erstern Kategorie von Interdikten wird in der Interdiktsformel gar kein bestimmter Kläger bezeichnet; es heißt hier allgemein: *facere, immittere veto — ne quid facias — restituas* (nicht *illi restituas*). Bei der letztern Kategorie aber wird der Kläger in der Formel in Bezug genommen: *Quominus illi ire agere — reficere — navigare — opus facere liceat, v. f. v.* Diese letzteren stehen zwar insofern allen zu, als jeder das jedem Bürger zustehende Dürfen geltend machen kann: sie sind aber, wie Bruns[2] mit Recht behauptet hat, keine *interdicta popularia* im strengen Sinne, weil nur der sie anstellen kann, der das betreffende öffentlich-rechtliche, jedem Bürger als solchem zu-

---

[1] L. 6 D. ne quid in loco publico 43, 8: *Ei, qui hoc interdicto experitur, ne quid in loco publico fiat, quo damnum privato detur, quamvis de loco publico interdicat, nihilominus procuratoris dandi facultas est.* Auf unser Interdikt bezieht sich meines Erachtens auch l. 42 pr. D. de procur. 3, 3: *Licet in popularibus actionibus procurator dari non possit, tamen dictum est merito eum qui de via publica agit et privato damno ex prohibitione adficitur, quasi privatae actionis dare posse procuratorem.* Daß hier nicht, wie Schmidt a. a. O. S. 133 A. 20 annimmt, das *i. restitutorium de itinere publico* gemeint, sondern nur ein *prohibitorium (ex prohibitione* = nach oder seit der *prohibitio)* gemeint sein kann, bemerkt Ubbelohde a. a. O. I, S. 27 A. 63 mit Recht. Ebensowenig kann aber mit ihm an das *i. proh. quominus illi via publica itinereve publico ire agere liceat, v. f. v.* gedacht werden, denn es handelt sich doch wohl um ein Interdikt, welches eine solche Einwirkung auf die öffentliche Sache, wodurch dem Kläger ein Schaden zugefügt werde, verbietet. Unter den Begriff des *locus publicus* fallen aber namentlich auch die *viae publicae itineraque publica* nach l. 1 § 8 D. ne quid in l. p. 43, 8. Daß der Jurist, welcher den Wortlaut der Interdiktsformel nicht anführt, nur die *via publ.* nennt, hat nichts Bedenkliches.

[2] Ztschr f. Rechtsgesch. S. 393 ff.

stehende Dürfen geltend machen will und darin gestört werden soll. Wer nicht *ire agere* oder *reficere* oder *navigare* u. s. w. will, kann das betreffende Interdikt nicht anstellen. Die wichtigere Frage ist aber, ob aus dem hier angedeuteten Unterschiede auch praktische Konsequenzen hergeleitet werden? Meines Erachtens kann Bruns darin nicht zugestimmt werden, daß bei jener zweiten Kategorie von Popularinterdikten stets ein Prokurator zulässig sei, daß sie auch bei Frauen und Kindern stets zuzulassen seien u. s. w. Der einzige Unterschied besteht darin, daß nur wer wirklich *ire agere, navigare, reficere, opus facere* will, zu diesen Interdikten zugelassen wird. Bei den Interdikten beider Kategorieen wird der aus dem Interdikt Verklagte in die Sponsionssumme bezw. in das *id quod actoris interest* stets dem Interdiktskläger, nicht dem Volk verurteilt. Der Gedanke war aber doch wohl nicht der, daß der Interdiktsbeklagte sich durch Zahlung der *litis aestimatio* von der Pflicht, den frühern Zustand der Sache herzustellen, frei machte; denn der Kläger, der diese *litis aestimatio* empfangen, konnte nicht dazu gezwungen werden, sie seinerseits zur Herstellung des frühern Zustandes zu verwenden. Das öffentliche Interesse ist aber dann noch nicht befriedigt. Meines Erachtens kann hier der, welcher das die öffentliche Sache für den Gemeingebrauch verschlechternde *facere immittere* vorgenommen, bei Fortdauer des Zustandes immer noch von einem andern mit demselben Interdikt belangt werden, ohne daß ihm die *exceptio rei iudicatae* gewährt würde. Die Zahlung der *litis aestimatio* an den früheren Interdiktskläger erscheint als eine reine *poena contumaciae* (vgl. l. 3 § 13 D. de homine lib. exhib. 43, 29 und l. 3 § 14 D. de tab. exhib. 43, 5). Daß, wenn kein neuer Kläger sich findet, der Prätor auch Naturalexekution anwenden kann, wenigstens bei Bauten *in loco publico*, dürfte sich aus l. 7 D. de loco publico 43, 8 ergeben. Gegen die Versagung der *exceptio rei iudicatae* in unserem Fall darf man nicht einwenden, daß auch bei Popularklagen, wenn wegen desselben Faktum öfter geklagt werde, gegen den neuen Kläger die *exceptio rei iudicatae* gebraucht werden könne (l. 3 pr. D. de pop. act. 47, 23); denn bei den *a. populares* handelt es sich um eine Geldstrafe wegen einer Handlung, die nicht mehrmals bestraft werden soll, bei unsern Popularinterdikten um einen dauernden verschlechterten Zustand der öffentlichen Sache. Das ungehorsame Fortbestehenlassen des verschlechterten Zustandes begründet hier das neue Interdikt.

Es sind nun die einzelnen von Paulus und Ulpian in ihren Einteilungen in Bezug genommenen Interdiktsgruppen hier soweit ins Auge zu fassen, als es für die Ermittelung des allgemeinen Wesens der Interdikte notwendig ist: die Erörterung aber der einzelnen Interdikte ist der Darstellung der betreffenden Materien, denen sie angehören, zu überlassen, mit Ausnahme der auf die *res extra commercium* bezüglichen, deren Einzelerörterung den Schluß unserer allgemeinen Darstellung der Interdiktslehre bilden soll.

Die Interdikte beziehen sich alle entweder auf Personen oder auf körperliche Sachen bezw. Sachkomplexe. Das zeigt schon der Inhalt des Interdiktsbefehls: das gebotene *exhibere* oder *restituere* oder das verbotene *facere, immittere* oder die verbotene Störung von Handlungen des andern bezieht sich immer auf Personen oder Sachen. Die auf Personen (abgesehen von Sklaven) bezüglichen Interdikte sind sämtlich exhibitorische und gegen Verhinderung des erlaubten *ducere* gerichtete, und unter den exhibitorischen Interdikten befindet sich nur ein nicht auf Personen bezügliches: das *interdictum de tabulis exhibendis*. Ein Restitutionsbefehl ist in Bezug auf freie Personen nicht möglich, er setzt immer

etwas Sachliches voraus. Verschiedene der auf freie Personen bezüglichen Interdikte haben eine *potestas* des Klägers über die Person, deren Exhibition verlangt wird, oder deren Duktion nicht gestört werden soll, zur Voraussetzung. Wenn aber auch der Interdiktskläger diese Voraussetzung im Bestreitungsfalle beweisen muß, so sind doch diese Interdikte vorzugsweise dazu bestimmt, die Herstellung des der väterlichen Gewalt u. s. w. entsprechenden thatsächlichen Zustandes zu bewirken. Es muß also der angebliche Gewaltunterworfene sich bei einem andern befinden, der ihn dem Kläger wider den Willen desselben vorenthält oder sich der Duktion von seiten des Klägers widersetzt. Besteht nun ein Streit über das Bestehen der väterlichen Gewalt zwischen dem angeblichen Gewalthaber und dem angeblichen Gewaltunterworfenen, so sind unsere Interdikte nicht die geeigneten Rechtsmittel, um solchen Streit zum Austrag zu bringen (l. 3 § 3 D. de lib. exhib. 43, 30). Auch das *i. de homine libero exhibendo* soll dem rechtlich Freien den dieser rechtlichen *libertas* entsprechenden faktischen Zustand der Freiheit verschaffen, gegenüber demjenigen, der ihn *dolo malo retinet*. Es setzt sogar voraus, daß der, dessen Exhibition verlangt wird, sicher frei sei (l. 3 § 7 D. de h. lib. exhib. 43, 29: *Plane si dubitat, utrum liber an servus sit, vel facit status controversiam, recedendum erit ab hoc interdicto et agenda causa libertatis. etenim recte placuit tunc demum hoc interdictum locum habere, quotiens quis pro certo liber est: ceterum si quaeratur de statu, non oportet praeiudicium fieri alienae cognitioni).*

Auch das *interdictum de liberto exhibendo* soll den Patron in dem faktischen Genuß des mit seinem Patronat verbundenen Rechts auf die *operae* des *libertus* schützen, denn die *operae officiales* werden ihm nicht eher geschuldet, als bis er sie dem *libertus* angesagt hat. Wird ihm nun der *libertus* von einem andern faktisch vorenthalten, so kann er jenem nicht *operas indicere* (Gai. IV, 161).

Auf das *exhibere* von Sachkörpern geht im allgemeinen kein Interdikt, sondern die *actio ad exhibendum*, welche, wie an anderer Stelle gezeigt wurde, eine bereits im Civilrecht begründete Klage ist. Nur bezüglich der Testamentsurkunde bezw. anderer auf den letzten Willen eines Verstorbenen bezüglicher Urkunden ist das *i. de tabulis exhibendis* begründet. Es hat dieses ein von dem der *a. ad exhibendum* wesentlich verschiedenes Ziel. Der Eigentümer der Testamentsurkunde, mag das nun der Testator selbst oder der Erbe sein, kann natürlich bezüglich des Körpers der Urkunde gegen den Inhaber derselben die *actio ad exhibendum* haben, um sie nach erfolgter Exhibition zu vindizieren (l. 2 § 5 D. de tab. exhib. 43, 5). Das *interdictum de tabulis exhibendis* soll aber nicht eine andere Klage vorbereiten, sondern ihr Zweck ist der, dem Interessenten die Einsicht der Urkunde und Abschrift derselben zu ermöglichen. Es ist also auch das Testament, wenn es noch nicht eröffnet ist, zu diesem Zweck zu eröffnen. Das kann aber nur vor dem Prätor geschehen, die Vorzeigung hat dann also vor dem Prätor bezw. Statthalter zu geschehen. Es wird das Testament in Bezug auf dieses Recht des Interessenten auf Kenntnisnahme vom Inhalt wie ein *instrumentum publicum* angesehen (l. 2 pr. D. testamenta quemadmod. aper. 29, 3: *Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis hoc est heredis, sed universorum, quibus quid illic adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum).* Gestattet wird aber die Einsichtnahme, damit die Wahrheit bezüglich der *controversiae, quae ex testamento proficiscerentur,* vor dem Richter ermittelt werden könne (l. 1 § 1 D. eod. tit.). Durch das *i. de tabulis exhibendis* soll also die Ausübung des auf das Testament oder den Kodizill

sich stützenden Rechts gesichert werden: um das Recht selbst handelt es sich in dem Interdiktsprozeß nicht.

Von den restitutorischen und prohibitorischen Interdikten, welche Sachen betreffen, beziehen sich gewisse auf Vermögensganze. Dahin gehört vor allem das *i. quorum bonorum* des *bonorum possessor*. Bei Darstellung des prätorischen Erbrechts wird wahrscheinlich zu mahnen sein, daß dieses Interdikt das älteste in die Legisaktionenzeit zurückreichende Rechtsmittel des *bonorum possessor* ist, welches, um Leist's Worte zu gebrauchen, „rücksichtlich der *corpora hereditaria* die eigentlich praktische Realisierung der prätorischen Erteilung der *possessio* ist". Die *datio bonorum possessionis* ist Verleihung der Ausübung des Erbrechts an einen *heres* oder *non heres*, und das *i. quorum bonorum* ist das Schutzmittel für die Ausübung des Erbrechts rücksichtlich der *corpora hereditaria*. — Die Erteilung der *bonorum possessio* setzt auch das *interdictum quod legatorum* voraus: es steht dem *bonorum possessor* gegen den Legatar, der ohne des erstern Einwilligung Besitz von der legierten Sache ergriffen hat, auf Herausgabe des Besitzes zu, wobei aber über das Recht des Legatars auf die Sache noch nicht entschieden wird. Dem *interdictum quorum bonorum* nahe verwandt sind die den *bonorum emtori* zustehenden Interdikte: das *possessorium* und *sectorium*. Auch diese *bonorum emtores* sind Universalsuccessoren des lebenden oder verstorbenen Schuldners, dessen *bona* ihnen verkauft sind: jene Interdikte dienen zum Schutz der Ausübung ihres Rechts an den gekauften *bona*, doch auch nur bezüglich der zu diesen *bona* gehörigen *corpora*. Auch das *interdictum fraudatorium* müssen wir zu den Interdikten rechnen, welche eine *universitas* betreffen. In anderm Zusammenhange kann die Bestimmung dieses Interdikts erst näher gezeigt werden. Meines Erachtens ist es dazu bestimmt, den Gläubigern eines Insolventen, denen *missio in bona* erteilt ist, die Ausübung ihres Rechts an den zu verkaufenden *bona* gegenüber fraudulösen Handlungen des Insolventen, welche er mit Vorwissen des Interdiktsbeklagten vorgenommen, zu schützen und die Restitution des fraudulös Veräußerten zu diesen *bona* zu erwirken. So leitet uns dieses Interdikt über zu den anderen Interdikten, welche eine magistratische *missio in bona* oder *in rem* voraussetzen, also den Interdikten zum Schutz der *missio legatorum servandorum causa*, der *missio ventris nomine* und der *damni infecti nomine*. Diese *interdicta* sind *mixta*: prohibitorisch, sofern sie ein Verbot enthalten, den, welcher zufolge der *missio* sich in Besitz setzen will, daran zu hindern; restitutorisch, sofern sie gebieten, dem aus der Detention der Sache Verdrängten dieselbe zu restituieren. Sie schützen also in der Ausübung der durch *missio* erfolgten magistratischen Erlaubnis zur Detention der Sache. Die Missionen sollen nur einen provisorischen Zustand begründen, die Interdikte selbst sind also nur zum Schutz dieses provisorischen faktischen Zustandes bestimmt.

Von den zum Schutz einzelner Sachen bestimmten Interdikten sind vor den übrigen die die *res extra commercium* betreffenden, und zwar zunächst die auf die *res divini iuris* bezüglichen, kurz zu charakterisieren. Schon früher ist darauf hingewiesen worden, daß die dem *ius sacrum* angehörige Frage, ob eine Sache eine *sacra* oder *religiosa* sei, durch ein Dekret des Pontifikalkollegiums zu entscheiden war, durch welches sogar der Senat und natürlich auch Prätoren und *iudices* gebunden waren. Die faktische Ausführung solcher Entscheidungen war aber Sache der Magistrate u. s. w.[1] So dienen auch die prohibitorischen und

[1] Vgl. darüber Bd. I, S. 273 f.

restitutorischen Interdikte in Bezug auf einen *locus sacer* und *religiosus* zum Schutz derselben gegen unzulässiges *facere* und *immittere:* der der Heiligkeit solcher Orte entsprechende faktische Zustand sollte gewahrt bezw. wiederhergestellt werden. Auch die *interdicta de mortuo inferendo* und *sepulchro aedificando* sollen, wenngleich sie das *ius invito te mortuum inferre* zur Voraussetzung haben, ihrem wesentlichen Zwecke nach das jenem Recht entsprechende faktische Begrabendürfen, Denkmal-Errichtendürfen gegen faktische Störung schützen. Was dann die *res publico usui destinatae* betrifft, so soll das allgemein auf *loca publica* bezügliche Interdikt den bestehenden faktischen Zustand gegen ein beabsichtigtes *facere immittere* schützen, wodurch einem andern ein privatrechtlicher Schaden zugefügt werden würde. Hier wird aber durch eine Anhangsklausel erklärt, daß *de eo, quod factum est,* ein Interdikt nicht gewährt werden solle. Derjenige, dessen Privatinteresse durch das *facere immittere* des andern beeinträchtigt werden würde, mag sich zeitig rühren. Ist einmal gebaut, so soll nicht in seinem bloßen Privatinteresse das einmal Gebaute wieder niedergerissen zu werden brauchen. —

Zum Schutz der öffentlichen Wege gegen ein sie verschlechterndes *facere immittere* giebt es ein prohibitorisches und ein restitutorisches Interdikt, sodann ein das Gehen-, Reiten-, Viehtreibendürfen jedes Bürgers schützendes *interdictum prohibitorium,* endlich ein das erlaubte *reficere* des Wegs schützendes *interdictum prohibitorium.* Der der rechtlichen Bestimmung solcher Wege zum Gemeingebrauch entsprechende faktische Zustand soll also im Interesse der einzelnen Bürger gegen Beeinträchtigungen geschützt, bezw. die Wiederherstellung des frühern Zustandes erzwungen bezw. geschützt werden. — Auch das *interdictum de loco publico fruendo,* obwohl es voraussetzt, daß die Erhebung der Abgaben von *loca publica* von demjenigen, der das *ius locandi* habe, verpachtet sei, soll in der Geltendmachung der Ausübung des der *lex locationis* entsprechenden *frui* den *conductor* oder dessen *socius* schützen.

Die auf die öffentlichen Gewässer bezüglichen Interdikte sind noch zahlreicher: zwei Interdikte (ein prohibitorisches und ein restitutorisches) zum Schutz der Schiffahrt gegen dieselbe störendes *facere* oder *immittere* bezw. *factum* oder *immissum habere* in dem öffentlichen Fluß oder am Ufer desselben, zwei (ein prohibitorisches und ein restitutorisches) gegen *facere* oder *immittere* bezw. *factum* oder *immissum habere,* wodurch der Wasserlauf in schädlicher Weise gegenüber dem, wie er *priore aestate* stattgefunden, abgeändert wird; ferner ein Interdikt zum Schutz des erlaubten *navigare,* des Ein- und Ausladens am Ufer gegen Störungen, endlich ein Interdikt zum Schutz des gestatteten, also die Schiffahrt nicht benachteiligenden Ausbesserns und Befestigens der Flußufer und des angrenzenden Landes. Bei allen diesen Interdikten handelt es sich also um den Schutz bezw. die Herstellung des der rechtlichen Bestimmung der *flumina publica* entsprechenden faktischen Zustandes bezw. des Schutzes der Handlungen der einzelnen Bürger, welche jener rechtlichen Bestimmung entsprechen.

Bezüglich der possessorischen und quasipossessorischen Interdikte, also der *interdicta de vi (quotidiana* und *armata),* auch in ihrer Ausdehnung auf den *ususfructus,* des *uti possidetis,* ebenfalls in seiner Ausdehnung auf den *ususfructus,* des *interdictum de superficiebus,* des *de itinere actuque privato,* des *de aqua cottidiana et aestiva,* des *de fonte,* bedarf es keiner weitern Auseinandersetzung, daß sie zum Schutz bezw. zur Herstellung faktischer Zustände und

der Ausübung dinglicher Rechte bestimmt sind. Die Interdikte *de itinere reficiendo* und *de rivis* sollen die Ausübung des Rechts bezw. der Erlaubnis, die zur Ausübung der betreffenden Servituten dienenden Anlagen und Vorrichtungen auszubessern, schützen. Das *interdictum quo ex castello* schützt den, welcher, obrigkeitlicher Erlaubnis gemäß, aus öffentlichem Wasserbehälter Wasser leiten darf, in der Ausübung dieses Wasserleitendürfens. — Der *interdicta de cloacis* gab es, wie früher gezeigt ist, zwei auf *cloacae privatae*, ein auf *cloacae publicae* bezügliches, das letztere mit einer Anhangsklausel, welche erforderlichenfalls auch ein *interdictum prohibitorium* zu geben versprach. Die ersteren schützen die Ausübung des Reinigen- und Ausbesserndürfens einer Privatkloake, welche vom Hause des Interdiktsklägers nach dem des Interdiktsbeklagten führt, die letzteren schützen öffentliche Kloaken gegen *facere* oder *immittere* bezw. *factum* oder *immissum habere*, wodurch der Gebrauch derselben verschlechtert wird. — Auch das *interdictum demolitorium* wegen eines der *operis novi nuntiatio* zuwider vorgenommenen Baues auf Herstellung des früheren Zustandes ist possessorischer Natur: es soll provisorisch den gegenwärtigen Zustand gegenüber der beabsichtigten baulichen Änderung schützen. Hat aber der, welcher bauen will, die *satisdatio ex operis novi nuntiatione* geleistet, so wird er seinerseits, mag er ein Recht zur Vornahme des beabsichtigten *opus* haben oder nicht, in der Ausübung des Bauendürfens geschützt. Auch das *interdictum quod vi aut clam* schützt den an einem Grundstück rechtlich Interessierten gegen dessen Verbot oder hinter dessen Rücken ein sein Interesse verletzendes *opus* vorgenommen ist, er kann mit dem Interdikt Herstellung des frühern Zustandes verlangen, und der Interdiktsbeklagte kann dem Interdikt gegenüber nicht die *exceptio* geltend machen, daß er ein *ius faciendi* gehabt habe. Bis zur gerichtlichen Durchführung des *ius faciendi* darf er das verbotene *opus* nicht vornehmen.

Das *interdictum de precario* schützt den, welcher einem anderen die widerrufliche Liberalität der Überlassung des Besitzes oder der Detention einer Sache erwiesen, gegenüber der Vorenthaltung des Besitzes bezw. der Detention nach Widerruf der Liberalität; es ist also *recuperandae possessionis*. Die *interdicta de arboribus caedendis* und *de glande legenda* schützen die Ausübung des Abhauendürfens des betreffenden Baums und der betreffenden Zweige von seiten des Eigentümers des Nachbargrundstücks, des Betretendürfens des benachbarten Grundstücks und des Auflesendürfens der hinübergefallenen Baumfrüchte. Es handelt sich dabei um die Ausübung von Eigentumsbeschränkungen. Das *utrubi* schützt den Besitz von beweglichen Sachen. Das *interdictum de migrando* schützt die Ausübung des Wegbringendürfens der in den gemieteten Raum eingebrachten, für die Mietzinsschuld verpfändeten Sachen nach erfolgter Befriedigung des Vermieters; endlich das *Salvianum* das Inbesitznehmen- und Abführendürfen der in das gepachtete Grundstück eingebrachten, für die Pachtzinsforderung durch bloßen Vertrag verpfändeten Sachen durch den Verpächter, der wegen des fälligen Pachtzinses nicht befriedigt wird.

Es giebt noch gewisse Interdikte mit prozessualischen Zwecken: die *interdicta quem fundum, quam hereditatem, quem usumfructum*, und im Verlauf des Verfahrens auf das *i. uti possidetis* die *interdicta secundaria*. Die drei ersten Interdikte gehen auf Translation des Besitzes auf den Kläger bei der *hereditatis petitio*, der *rei vindicatio*, der *confessoria in rem actio* des Usufruktuars, wenn der beklagte Besitzer dem Kläger nicht *satisdatio* leisten, also *rem non defendere* will. Es

handelt sich hier um eine provisorische Regulierung des Besitzverhältnisses: dem bisherigen Beklagten steht es frei, sein etwaiges Recht seinerseits durch *hereditatis petitio, rei vindicatio* u. s. w. gegen den nunmehrigen Besitzer geltend zu machen. Die *interdicta secundaria* aber bezwecken, wenn beim *i. uti possidetis* eine der Parteien die *cetera ex interdicto* nicht vornehmen will, den Gegner in der Besitzergreifung der Sache zu schützen oder die Restitution des Besitzes an ihn zu bewirken. Auch damit wird nur eine einstweilige Regulierung des Besitzstandes bezweckt, welche der Durchführung des Rechts an der Sache nicht präjudiziert.

6. Die den Interdikten zu Grunde liegenden leitenden Gedanken.

§ 112. Nach der hier gegebenen Übersicht über den Zweck der einzelnen Interdikte können wir uns jetzt der Erörterung der Frage zuwenden, ob den Interdikten gewisse leitende Gedanken zu Grunde lagen. Nach der Ansicht namentlich von Adolf Schmidt[1] sind die Interdikte dazu bestimmt, Lücken auszufüllen, sie seien vorzüglich da eingetreten, wo civile Klagen überhaupt nicht vorhanden waren; sie hätten ganz die gleiche Bestimmung, wie die *in factum actiones* des prätorischen Rechts. In allen Fällen der Interdikte würden nach der Annahme Schmidt's *in factum actiones* ganz ebensogut an ihrem Platz gewesen sein. In den drei Befehlsformen der Interdikte, *prohibitoria, restitutoria, exhibitoria,* ruhe das Wesen der Interdikte keineswegs; der Prätor würde, wenn anders das Bedürfnis dafür hervorgetreten wäre, kein Bedenken getragen haben, neue hinzuzufügen, z. B. für Verträge die Form *solvas.* Diese Auffassung, wohl der schwächste Punkt in dem trefflichen Buche Schmidt's, hat die unbedingte Zustimmung des neuesten Bearbeiters der Interdiktenlehre, Ubbelohde's,[2] gefunden. Auch nach ihm verdanken die Interdikte ihren Ursprung lediglich dem Umstande, daß zur Zeit des ausschließlichen Legisaktionenprozesses dem Bedürfnis nach einer im *ius civile* nicht unmittelbar gewährten Rechtshilfe nur mittels Erteilung eines Interdikts genügt werden konnte. Indes die Zahl der *legis actiones* war ja keineswegs eine abgeschlossene. Waren neue *actiones* notwendig, welche nicht unter einen der bisherigen *modi agendi* gebracht werden konnten, so hat ja die Gesetzgebung neue *modi agendi* geschaffen, wie die *actio per condictionem.* Wenn wir auch nicht alle Interdikte kennen werden, welche im prätorischen Edikt aufgestellt waren, so dürfen wir doch nach den Einteilungen von Ulpian und Paulus sagen, daß es nicht eine sehr große Zahl sein wird, von welcher wir keine Kenntnis haben. In der Zahl der uns bekannten fehlt es völlig an der geringsten Analogie für ein Interdikt mit dem Befehl *solvas.* Der prätorische Befehl geht immer auf Vornahme faktischer Handlungen oder Unterlassung faktischer Handlungen in Bezug auf bestimmte Personen oder Sachen oder enthält ein Verbot der Störung von faktischen Handlungen des Gegners in Bezug auf Sachen. Das *solvere* ist ein Rechtsakt, es ist eine Leistung in der Absicht, eine zwischen den Parteien bestehende Obligation aufzuheben. Wo Obligationen durch das Civilrecht bereits anerkannt waren, hat der Prätor das *solvere* nie durch ein Interdikt zu bewirken gesucht: Interdikte bezwecken immer nur Schutz eines bestehenden Zustandes, Herstellung oder Wiederherstellung eines faktischen Zustandes, der allenfalls einem fortbestehenden Rechtsverhältnis, wie der *lex locationis,* dem *ius itineris,* dem

[1] Das Interdiktenverfahren der Römer S. 304 ff.

[2] Glück's ausführl. Erläuter. der Pandekten, Serie der Bücher 43 u. 44 2. Tl. S. 318 f.

ius mortuum inferre, entsprechen muß. Nie befiehlt ein Interdikt eine Handlung, wodurch ein Rechtsverhältnis aufgelöst werden soll. Noch weniger konnte aber der Prätor auf den Gedanken kommen, einen Vertrag durch den Befehl solvas klagbar zu machen. Ubbelohde meint, es dürfte die Thatsache, daß kein Interdikt zur Erzwingung einer zugesagten Leistung diene, an sich die grundsätzliche und notwendige Ausschließung des Interdiktenschutzes als solchen von dem Gebiete der Schuldverträge um so weniger beweisen, als es ja bekanntlich auch keine prätorische *actio in factum* gebe, welche auf Erfüllung eines derartigen *pactum* gehe, obwohl die formelle Zuständigkeit des Prätors auch zu diesem Zweck ein *iudicium* zu gewähren, von den Römern schwerlich bezweifelt worden sei. Er fügt dann hinzu, die sogenannten *pacta praetoria* seien samt und sonders mit Klagen wegen Nichterfüllung der übernommenen Leistung geschützt. Das letztere trifft soweit zu, daß die hier in Frage kommenden *in factum actiones* zur Voraussetzung der Kondemnation immer ein *neque fecisse* oder *neque restituisse* oder *eamque — redditam non esse* haben. Ein *neque solvere* aber können sie nur dann zur Voraussetzung haben, wenn es sich um Nichterfüllung einer bereits civilrechtlich begründeten Obligation handelt, wie beim *constitutum debiti.* Daß es also keine *in factum actio* auf Erfüllung eines *pactum praetorium* giebt, zeigt gerade, daß der Prätor, wo keine civilrechtliche *obligatio* vorliegt, auch keine *actio* auf Erfüllung geben kann, sondern den Kondemnationsbefehl nur an die Nichtvornahme einer bezeichneten Leistung knüpfen kann. An die bloße Voraussetzung des Deponierthabens einer Sache aber ein an den Depositar gerichtetes *decretum* auf *restituere* der Sache zu knüpfen, dazu hat sich der Prätor nie verstanden, weil es römischer Anschauung durchaus widersprach, das *imperium* anstatt der *iurisdictio* thätig werden zu lassen. Nimmt der Prätor doch sogar die *executio interdicti* nicht selbst vor, sondern gewährt *actiones ex interdicto.* Es ist also anzunehmen, daß die Interdikte sich auf Verhältnisse bezogen, welche ihrer Natur nach sich der Geltendmachung durch *legis actio* oder gewährte *actio* entzogen. Es wird behauptet, das Edikt stelle gelegentlich ein Interdikt zur Auswahl neben eine *civilis actio,* in anderen Fällen gewähre es dagegen die Wahl zwischen einem Interdikt und einer *in factum actio.* Daß indessen hier stets Interdikt und *actio* für den ganz gleichen Fall bestimmt seien, ist zu leugnen. Die *actio confessoria* ist bestimmt zur Geltendmachung des *ius itineris,* sie geht in erster Linie auf Anerkennung des Servitutrechts, das *interdictum de itinere reficiendo,* wenn es auch das *ius itineris* zur Voraussetzung hat, setzt doch außerdem die Ausübung der Gerechtigkeit voraus und schützt, trotz jener ersten Voraussetzung, die Ausübung des Ausbesserndürfens. Daß *interdictum Salvianum* und *actio Serviana, interdictum fraudatorium* und *actio Serviana* nicht ganz denselben Zweck verfolgen, wird bei der Darstellung der betreffenden Materien zu zeigen sein. Gleich hier aber möge das Verhältnis erörtert werden, welches zwischen dem Interdikt und der *in factum actio* zum Schutz einer *missio in bona* besteht. Das Interdikt wird erteilt zum Schutz der *missio legatorum sive fideicommissorum servandorum causa,* zum Schutz der *ventris nomine* und der *damni infecti nomine.* Zum Schutz der *missio rei servandae causa* wird in den Quellen kein Interdikt erwähnt, sondern nur die *in factum actio,* die gerade für diese *missio* zuerst aufgestellt ist. Es ist daher streitig[1], ob auch das Interdikt in diesem Falle

[1] Gegen das Interdikt im Fall der *missio r. s. c.* schon Dernburg, Über die *cautio bonorum* S. 116, für dasselbe Bethmann-Hollweg, D. röm. Civilpr. II, S. 676 A. 46. Schirm.

Anwendung gefunden habe. Daß den Gläubigern eines Insolventen kein Interdikt zum Schutz der ihnen erteilten *missio* gewährt wurde, ist indessen wohl erklärlich. Sie haben durch das vermittelst der *missio* eingeleitete Verfahren, welches ja demnächst zur *venditio bonorum* führt, nicht etwa bloß eine Kaution, sondern Befriedigung ihrer Forderungen soweit möglich zu erlangen. Sucht also ein Dritter die Besitzergreifung des Gläubigers gemäß der *missio* zu vereiteln, so hat derselbe gar kein Interesse daran, zunächst die *missio* durch ein Interdikt durchzusetzen, sondern seinem Interesse ist besser dadurch genügt, daß ihm gleich eine Klage auf das *quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit,* also auf den Betrag seiner Forderung gegen den Hindernden gegeben wird. Andererseits ist es begreiflich, daß die *missio damni infecti nomine* nur durch ein Interdikt geschützt ist, denn es handelt sich hier nur um eine durch die Ausführung der *missio* indirekt zu erzwingende *cautio damni infecti;* vor eingetretenem Schaden hätte die *actio in factum* hier gar keinen Inhalt. Ebenso ist es verständlich, daß sowohl die *missio legatorum servandorum causa* als die *ventris nomine* nach Auswahl durch Interdikt oder *in factum actio* geschützt waren, denn der Zweck der *missio* ist in dem ersten Falle Erzwingung einer Kaution, *legatorum servandorum causa,* doch ist dem Interesse an der Kautionsleistung auch genügt durch die *in factum actio,* welche dem Kläger die *aestimatio* des *id quod legatum est* verschafft (l. 14 §§ 1 u. 2 D. quib. ex caus. in poss. 42, 4). Im zweiten Fall verschafft die Durchführung der *missio* durch das Interdikt der *ventris nomine missa* Alimente aus dem Nachlaß; auch hier wird dem Zweck der Mission durch die *in factum actio* auf die *aestimatio* des Interesses der *missa* ebenso genügt.

Wenn also auch in den hier besprochenen Fällen Interdikt und *actio in factum* demselben Zwecke dienen, so ist doch bei beiden der Weg zur Erreichung des Zwecks ein verschiedener, was klar darin hervortritt, daß in einem Falle nur der Weg der *actio in factum,* in einem anderen nur der des Interdikts zulässig bezw. möglich ist.

Die den sämtlichen Interdikten zu Grunde liegende gemeinsame Idee hat Huschke schon in seinen Studien des römischen Rechts[1] nach dem Vorgange von Zimmern dahin formuliert, es sei ihr Zweck, faktische Zustände, die der Prätor seiner Intervention für würdig halte, zu regulieren; und darin hat er im wesentlichen auch in der in seinem Buch über die Multa gegebenen näheren Ausführung[2] festgehalten. Nicht jedes Faktum reguliert natürlich der Prätor durch ein Interdikt, sondern solche faktische Zustände, welche Ausübung eines Rechts bezw. einer rechtlichen Eigenschaft einer Person oder Sache sind oder sein können, auch Zustände und Handlungen, welche Ausübung eines Dürfens bezüglich der Sache sind, so wie dies früher in unserer Übersicht über die den einzelnen Interdikten zu Grunde liegenden Gedanken gezeigt ist. Nicht bei einem jeden Verlust des Besitzes wird der prätorische Interdiktsschutz gewährt, auch nicht gegenüber einer durch psychischen Zwang oder durch Betrug

---

Interdiktenverf. S. 307 A. 25. Nicht also erst Rudorff und Lenel haben, wie Ubbelohde a. a. O. II, S. 358 A. 49a u. III, S. 191 A. 1 äußert, bemerkt, daß die *missio rei servandae causa* durch ein Interdikt nicht geschützt war. Vgl. auch L. Seuffert, Zur Geschichte und Dogmatik des deutsch. Konkursrechts S. 6 f., der richtig ausführt, daß, wenn der Schuldner selbst der Besitzergreifung des *in possessionem missus* Widerstand leistete, die *actio in factum* dem Gläubiger nicht frommen konnte.

[1] S. 3 ff., 353, 385 ff. [2] S. 72 ff.

hervorgerufene Besitzübertragung, sondern nur gegenüber dem Besitzer, der dem Kläger den Besitz unmittelbar durch ein bestimmtes unfügliches Handeln entzogen hat. Nie aber steht bei einem Interdikt in erster Linie die Anerkennung eines Rechts als solchen, wie bei den Aktionen. Daß die Ausübung bloßer Obligationen sich regelmäßig nicht zum Interdiktsschutz eignet, ist früher bereits dargelegt.

Da es sich nun bei Interdikten nie in erster Linie um Geltendmachung und Anerkennung eines Rechts, sondern um Regulierung von Besitzzuständen, um Schutz von Ausübung rechtlichen Könnens oder erlaubten Dürfens handelt, so ist auch das Interdicieren selbst nicht eigentlich eine Rechtsprechung, sondern Ausübung einer polizeilichen Funktion, aber nur sofern sie Streitigkeiten zwischen einzelnen Bürgern betrifft, eine Beschränkung, welche sich für die weitere Gestaltung des Interdiktsverfahrens bedeutsam erweist. Wo es sich um allgemeine polizeiliche Maßregeln handelt oder um Schutz unmittelbaren Volksinteresses, da werden keine Interdikte erlassen. So wird die Ausführung eines Dekrets des *collegium pontificum*, wonach ein bestimmter Platz nicht *res sacra* ist, durch Senatsbeschluß dem *praetor urbanus* übertragen, Cic. pro domo 53, 136 f.: — *praetori urbano negotium datum, ut curaret, ne id sacrum esset, et ut, si quae essent incisae aut inscriptae litterae, tollerentur;* und andererseits sorgten nach Liv. XL, 51, 8 die Censoren dafür: *complura sacella publicaque loca, occupata a privatis, publica sacraque ut essent paterentque populo.*

Der Schutz der *loca sancta*, insbesondere der der Mauern der Stadt, erfolgte, da hier ein unmittelbares Interesse des *populus* in Frage stand, wohl hauptsächlich unmittelbar durch die Thätigkeit der Beamten. Schon in der römischen Königszeit war die *cura* der Stadtmauer dem *tribunus celerum* anvertraut. Diese hier mehr noch, als für die *res sacrae* und *religiosae*, hervortretende unmittelbare polizeiliche Sorge der Staatsorgane erklärt es, daß der Interdiktenschutz in Bezug auf *loca sancta* keinesfalls große Bedeutung hatte. Daß es einen solchen gab, kann man höchstens aus l. 8 § 2 i. f. D. de div. rer. 1, 8 entnehmen, denn l. 9 § 4 D. eod. tit. und l. 2 u. 3 D. ne quid in loco sacro 43, 6 legen eher den Gedanken an unmittelbaren Schutz durch Staatsorgane nahe.[1]

Auch der polizeiliche Schutz der öffentlichen Straßen und Wege erfolgte, soweit das unmittelbare Interesse des ganzen Volks mehr in Betracht kam, durch unmittelbare Beamtenthätigkeit. So bezieht sich denn das *interdictum* zum Schutz der öffentlichen Wege nur auf die *viae rusticae*, nicht auf die *viae urbanae*, denn in der Stadt ragt das unmittelbare Interesse der ganzen Bevölkerung vor dem einzelner Bürger hervor, es heißt daher von ihnen in l. 2 § 24 D. ne quid in loco publico 43, 8: — *harum enim cura pertinet ad magistratus.* Auch die besonders für die Straßenreinigung eingesetzten Beamten, die *quatuorviri* und *duoviri viis purgandis*, sind nur für die Stadt und Umkreis bestimmt: den ersteren lag die Straßenreinigung innerhalb der Stadtmauern, den letzteren bis zum ersten Meilenstein ob. Daß das prohibitorische und das restitutorische Interdikt in Bezug auf *facere immittere in via publica itinereve publico* und auf *factum immissumve habere* sich auch auf die großen Staatsstraßen, die *viae conculares* und *praetoriae*, bezogen, ist nicht zu bezweifeln, denn sie sind ja gerade die hervorragendsten der *viae publicae*. Daß die Instand-

[1] Ich komme auf die Frage S. 1057 zurück.

haltung und Ausbesserung dieser Chausseen hauptsächlich den Censoren, später den *curatores viarum* oblag, ist wegen des unmittelbar öffentlichen Interesses an dieser Instandhaltung selbstverständlich. Auch sonst aber greift auch bei *viae rusticae* die polizeiliche Thätigkeit der Magistrate ein, wenn dem öffentlichen Interesse zuwider die Passage auf einem öffentlichen Wege ganz gehindert oder doch verengert ist.[1]

Der Schutz der öffentlichen Wasserleitungen erfolgte auch nicht durch Interdikte, denn auch dabei handelte es sich um das unmittelbar öffentliche Interesse, da ja nach Frontinus de aquis 94: *apud antiquos omnis aqua in usus publicos erogabatur.* Hier schritten also Censoren bezw. Ädilen gegen Unfug von Seiten der Privaten ein, auch durch Multverhängung (Cato de aqua p. 49 Jordan). Ist aber einem einzelnen Bürger die Erlaubnis erteilt, Wasser aus dem öffentlichen Wasserbehälter zu leiten, dann greift sofort wieder der Interdiktenschutz ein.

Daß auch bezüglich der *flumina publica*, wenn das Staatsinteresse es erheischt, ein unmittelbares Eingreifen der Staatsorgane stattfinden konnte, zeigt l. 2 D. ne quid in flumine publico 43, 12.

Auch die Sorge für die Reinigung und Ausbesserung der öffentlichen Kloaken fällt, als im unmittelbar öffentlichen Interesse liegend, den Magistraten zu; l. 1 § 3 D. de cloacis 43, 22: *publicae enim cloacae publicam curam merentur.*

Nur also, wo es sich um Interessen einzelner Bürger nach den früher angedeuteten Richtungen handelt, erfolgt der polizeiliche Schutz durch Interdikte. Ihrem polizeilichen Charakter entspricht es, daß sie in Geboten, Verboten, verbunden mit Erlaubniserteilungen, bestehen; nicht minder, daß sie ihrer Mehrzahl nach repressiven oder reparativen Zweck haben.

Das durch die Interdikte veranlaßte Verfahren aber trägt den Charakter eines Rechtsverfahrens an sich. Es entsprach der republikanischen Auffassung nicht, einen Streit zwischen Bürgern, wenn es sich dabei auch nicht um durch *legis actio* oder gewährte *actio* geschütztes *ius* handelte, durch Entscheidung des Magistrats selbst schlichten bezw. die Entscheidung durch die Mittel seiner obrigkeitlichen Gewalt exequieren zu lassen: vielmehr entsprach es dieser Anschauung, die Entscheidung, ob dem Edikt zuwider nicht restituiert oder exhibiert sei, ob dem Verbot zuwider gehandelt sei, auf Antrag einer oder beider Parteien einem vom Magistrat zu ernennenden Geschworenen zu überlassen, also über diese Fragen den ordentlichen Rechtsweg Platz greifen zu lassen.

Es giebt ja eine Anzahl von Fällen, in welchen die Quellen zur Auswahl neben einem Interdikt Einschreiten des Magistrats *extra ordinem* erwähnen, aber bei Erwähnung eines dieser Fälle in l. 1 § 2 D. si ventris nomine 25, 5 macht Ulpian die charakteristische Bemerkung: *sed melius et civilius faciet (sc. praetor), si eum per interdictum ad ius ordinarium remiserit.* Dieses Einschreiten *extra ordinem* ist nicht der der altrepublikanischen Anschauung entsprechende Weg. Er mag schon in spätrepublikanischer Zeit in einzelnen Fällen aus Zweckmäßigkeitsgründen vorgezogen sein, aber der ältere war er nicht. Der streng republikanischen Auffassung entsprach es, auch bei solchen Streitigkeiten polizeilicher Natur durch Erlaß eines an bestimmte Voraussetzungen geknüpften Dekrets oder Interdikts die Sache zur Entscheidung auf den ordentlichen Rechtswege d. h. durch Geschworene zu verweisen.

[1] L. 2 § 25 D. ne quid in loco publico 43, 8.

In diesem Zusammenhange muß die Frage aufgeworfen werden, ob denn die Interdikte und der Interdiktsprozeß nur auf solche Streitigkeiten römischer Bürger unter sich oder auch solche von römischen Bürgern mit Peregrinen bezw. unter Peregrinen Anwendung fanden. SCHMIDT[1] und UBBELOHDE[2] sehen es als selbstverständlich an, daß auch der Peregrine sich des Schutzes der Interdikte erfreute bezw. Partei in einem Interdiktsprozeß sein konnte. Einzelne unserer bedeutendsten Forscher haben aber eine Auffassung vom Wesen der Interdikte, nach welcher sie auf Peregrinen keine Anwendung finden konnten. So sagt HUSCHKE,[3] materiell erkenne die Obrigkeit in den Interdikten auch eigene Ansprüche der Parteien an, denen sie mit ihren Befehlen diene, und die — — — auf ihrem von der Obrigkeit auch mittelbar zu schützenden **Bürgerrechte** beruhen, insofern dieses für die einzelnen Bürger in ihrem Verhältnisse untereinander — — — auch einen gleichmäßigen — — Genuß der thatsächlichen Interessen und Vorteile mit sich bringe, welche der Staatsverein seinen Genossen auf dem Gebiete des heiligen, öffentlichen und Privatrechts an Personen und an Sachen gewähre. Ebenso scheint der Ausschluß der Peregrinen von dem Interdiktenschutz auch eine Folge der Auffassung BÖCKING's[4] zu sein, nach welcher die Interdikte Rechtsansprüche verwirklichen, welche dem einen Subjekt gegen das andere schon in der Eigenschaft als Staatsmitglieder zustehen; denn nur die *cives*, nicht die Peregrinen sind Genossen des engeren Staatsvereins, in welchem diese Schutz thatsächlicher Verhältnisse oder von Rechtsausübungen u. s. w. in der Art finden, daß sie durch den ihr Verhältnis regulierenden obrigkeitlichen Befehl auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen werden. Die Rücksicht, bei Streitigkeiten über solche Verhältnisse den ordentlichen Rechtsweg eintreten zu lassen, kannte die römisch-republikanische Auffassung nur den Bürgern, nicht den Peregrinen gegenüber, welche selbstverständlich auch Anordnungen polizeilicher Natur ausgesetzt waren, aber aus denselben keine im Rechtsweg zu verfolgenden Ansprüche herleiten konnten.

Das durch die Interdikte veranlaßte, auf sie folgende Prozeßverfahren ist denn auch ein solches, welches ganz zu dieser Auffassung stimmt, obwohl dies bestritten worden ist. Die Parteien schlossen bekanntlich Sponsionen darüber, ob von der einen *adversus* oder *contra edictum praetoris* gehandelt sei oder nicht. Diese Sitte des Sponsionenabschließens über entgegengesetzte Behauptungen, um dadurch eine gerichtliche oder außergerichtliche Entscheidung herbeizuführen, ist eine spezifisch römische. Daß sie auf den Prozeß unter Peregrinen oder mit Peregrinen angewandt sei, ist unbewiesen und, da die Sitte den meisten von ihnen wohl ganz fremdartig war, unwahrscheinlich. Es ist auch bei der Erwähnung dieses Verfahrens nicht bloß bei Gaius, sondern auch bei Cicero und wo es sonst erwähnt werden mag, immer nur von *sponsio* die Rede, also der Form der Stipulation, welche nur unter *cives romani* möglich war.

Zur Entkräftung dieses Arguments hat man darauf hingewiesen, daß die Bezeichnung *sponsio* neben jener engeren Bedeutung eine weitere, jede *stipulatio* in sich fassende habe. Es zwinge nichts zu der Annahme, daß bei dem agere *per sponsionem* stets und notwendig gerade die Fassung *spondesne? spondeo* angewandt wurde. Das heißt aber in der That nur, seine wissenschaftlichen Bedenken einschläfern; denn wenn es auch in l. 7 D. de v. s. 50, 16 heißt *‚sponsio' appellatur non solum, quae per sponsus interrogationem fit, sed omnis ob-*

[1] A. a. O. S. 244 f. [2] A. a. O. II, S. 315. [3] Die Multa S. 72 f.
[4] Römisches Privatrecht 2. Ausg. (1862) S. 317.

pulatio peromissioque, so ist doch zu verneinen, daß *sponsio* als Prozeßorgan jemals diese weitere Bedeutung habe. Nicht die *stipulatio* überhaupt, sondern nur die *sponsio* im engeren Sinne hat als unmittelbares Prozeßorgan gedient; zur Zeit der Legisaktionen fand auf Grund derselben nicht etwa irgendwelche *legis actio* statt, sondern es brauchte nur die Ernennung eines *iudex* von seiten des Magistrats hinzuzukommen. Die *sponsio* selbst enthielt die *intentio*, die Rechtsbehauptung, und ersetzte die *legis actio*. Solches Wettverfahren, wenn wir den Ausdruck einmal adoptieren sollen, war nur den Römern geläufig. Daß es auch unter Peregrinen gebräuchlich gewesen, und daß das *agere per sponsionem* jemals auf sie ausgedehnt sei, ist unerwiesen. Schmidt sucht seine Behauptung durch eine Analogie zu erhärten. Er weist auf die *lex Sempronia* vom Jahre 561 hin, durch welche, um den Umgehungen der Zinsgesetze zu begegnen, nach Liv. XXXV, 1 bestimmt wurde: *ut cum sociis ac nomine Latino creditae pecuniae ius idem quod cum civibus Romanis esset.* Zunächst ist aber nur von dem materiellen *ius creditae pecuniae*, insbesondere den Zinsgesetzen, nicht vom prozessualischen Verfahren, sodann nur von den *socii* und dem *nomen latinum*, nicht etwa von allen Peregrinen die Rede, und dabei ist zu beachten, daß mit den ersteren wohl meistens nach besonderen Verleihungen *sponsus communio* bestanden haben wird. Wenn aber das *agere per sponsionem* nur möglich war unter solchen, zwischen welchen eine *sponsio* im engeren Sinne abgeschlossen werden konnte, so folgt daraus weiter, daß die Interdikte auf Peregrinen nicht anwendbar waren, und zwar sowohl die prohibitorischen als die restitutorischen und exhibitorischen, denn auch aus den letzteren beiden Kategorien konnte ursprünglich nur *per sponsionem* geklagt werden.

Auch daß, wie aus der *lex Rubria* hervorgeht, der Peregrinenprätor wegen verweigerter *cautio damni infecti* keine *missio in possessionem* erteilte, sondern eine *actio in factum* wegen geschehenen Schadens gewährte, kann hierher gezogen werden. Zwar hätte die erste *missio*, die nur das *in possessione esse* verschaffte, an sich wohl auch einem Peregrinen erteilt werden können, aber daß sie hier durch kein dem *missus* zu erteilendes Interdikt geschützt werden konnte, ließ auch sie als nutzlos erscheinen.

Gehen wir auf die anderen durch Interdikte geschützten Verhältnisse über, so liegt es bei den meisten auf der Hand, daß sie bei Peregrinen nicht vorkommen können. Nach der richtigen Annahme, daß nur der römische Bürger vermittelst der *bonorum possessio* erben und beerbt werden kann, ist auch das zum Schutz der erteilten *bonorum possessio* dienende *interdictum quorum bonorum* nur einem römischen Bürger zu erteilen.[1] Auch das *interdictum quod legatorum* ist einmal, weil es die Erteilung der *bonorum possessio* an den Interdiktskläger voraussetzt, sodann, weil es sich ursprünglich auf *legata* bezieht, nur zwischen römischen Bürgern möglich. Gleiches wird für das *interdictum possessorium* und das *sectorium* des *bonorum emtor* und des *bonorum sector* gelten. Daß von sämtlichen auf *res sacrae*, *religiosae*, *publicae* bezüglichen Interdikten dasselbe gilt, braucht nur gesagt zu werden. Zweifel könnte man namentlich bezüglich der possessorischen Interdikte hegen. Da mag denn darauf hingewiesen werden, daß nach Frontin 36, 13—15 an gewöhnlichen Provinzialgrundstücken keine durch Interdikt geschützte *possessio* anzuerkennen ist, wie bezüglich ihrer

[1] Vgl. Schirmer, Erbrecht S. 90. Dagegen Leist, D. röm. Erbrechtsbesitz S. 87 f.

auch kein *vindicare ex iure Quiritium* denkbar ist.[1] Wie nun an den Grundstücken in diesen Peregrinengemeinden die *possessio* in diesem Sinne ausgeschlossen war, so war auch die peregrinische Person der durch Interdikt geschützten *possessio* nicht fähig. Die Formel des *interdictum de vi: Unde tu aut familia — — illum aut familiam — illius — — deiecisti* zeigt durch ihre Fassung, daß dieses Interdikt nur *cives* gewährt sein kann, denn der Peregrine kann keine *familia* haben: *familia* ist ein civilrechtlicher Begriff. Was von den possessorischen Interdikten, gilt auch von den quasipossessorischen. An Provinzialgrundstücken waren keine *seritutes iure constitutae*, sondern nur *pactionibus et stipulationibus* begründete Quasiservituten möglich. Der Peregrine war der *servitus iure (civili) constituta* nicht fähig, folglich werden auch die Interdikte, die zum Schutz des auf Ausübung solcher Servituten gerichteten *uti* bestimmt waren, ihm nicht haben gewährt werden können. Von den für die Missionen aufgestellten Interdikten hat sich das zum Schutz der *missio damni infecti nomine* dienende früher bereits als im Edikt des Peregrinenprätors nicht enthalten erwiesen. Auch das *interdictum ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit* war natürlich in diesem seinem ursprünglichen Anwendungsgebiet Peregrinen nicht zugänglich, denn einem Peregrinen konnte nicht legiert werden. Ein gleiches gilt für das die *missio ventris nomine* schützende Interdikt, denn diese *missio* setzt voraus, daß der noch Ungeborene bei seiner Geburt zur *bonorum possessio* des Verstorbenen berufen sein werde, welche nur einem römischen Bürger erteilt wird. Das *interdictum de tabulis exhibendis* wird erteilt bezüglich des Testaments oder Kodizills eines römischen Bürgers, in welchem Peregrinen nicht bedacht werden können. — Die *operis novi nuntiatio* war kein Institut des *ius gentium*, sie war ein Institut, welches in dem alten *ius civile* im engeren Sinn seinen Ursprung hatte. Freilich hat die *operis novi nuntiatio* dann nicht bloß in das Edikt des *praetor urbanus*, sondern auch in Provinzialedikte Aufnahme gefunden, aber wohl nur in abgeschwächter Weise. Unter dem *ex operis novi nuntiatione agere*, welches in l. 3 D. de alienat. i. m. c. f. 4, 7 (Gaius libro IV ad ed. prov.) erwähnt wird, dürfte nicht das *interdictum demolitorium*, sondern eine *in factum actio*, welche auch den Peregrinen zugänglich war, zu verstehen sein. In solcher Weise wird die *operis novi nuntiatio* auch in das Edikt des Peregrinenprätors aufgenommen sein. War die *operis novi nuntiatio* selbst auf *cives romani* beschränkt, so müssen es auch die durch dieselbe veranlaßten Interdikte, nämlich das *demolitorium* und das *interdictum ne vis fiat aedificanti*, gewesen sein. — Von dem *interdictum de homine libero exhibendo* heißt es in l. 3 § 9 D. de homine libero exhibendo 43, 29: *Hoc interdictum omnibus competit*, es ist aber nach Analogie der übrigen Popularklagen und *interdicta popularia* anzunehmen, daß nur ein *civis* es anstellen kann. Die *interdicta de liberis exhibendis, item ducendis* setzen voraus, daß der Mensch, dessen Exhibition bezw. Duktion verlangt wird, in der *potestas*

[1] Ubbelohde, a. a. O. II, S. 163, vermeint, es lasse sich höchstens aus der Äußerung Frontins entnehmen, daß damals das *uti possidetis* in einzelne Provinzialedikte noch keine Aufnahme gefunden habe. Dabei verkennt er den Zusammenhang der Stelle. Frontin spricht schon vorher von Fragen, die nicht der Feldmeßkunst, sondern dem *ius ordinarium* angehören. Er setzt auseinander, daß an den gewöhnlichen Provinzialgrundstücken kein Eigentum *ex iure Quiritium* möglich sei, daß daher bezüglich solcher Grundstücke nur ein *vindicare ex aequo* vorkomme. Auch eine durch Interdikt geschützte *possessio* an solchen Grundstücken gebe es nicht. Nun fährt er fort: Vieles und Mannigfaltiges nämlich kommt vor, was dem *ius ordinarium* anheimfällt, und zwar gelten in den Provinzen verschiedene Rechtssätze, was dann weiter auseinandergesetzt wird.

des Interdiktsklägers stehe: nur ein *civis* aber ist der *potestas* fähig. Das *interdictum de liberto exhibendo* setzt voraus, daß der Interdiktskläger den römischen Patronat über den *libertus* habe, dessen Exhibition verlangt wird. So werden nur wenige Interdikte übrig bleiben, bei welchen nicht schon das materielle Verhältnis, welches durch das Interdikt geschützt werden soll, die Beschränkung auf römische Bürger in sich trägt.

7. Alter der Interdikte.

§ 113. Fragen wir nun, wann die Interdikte etwa zuerst aufgekommen sind, so finden sich bei Cicero mehrfache Äußerungen, in denen er die Interdikte als etwas Alteingebürgertes, als etwas von den *maiores* Überkommenes bezeichnet. Schon danach hat es gar kein Bedenken, die Interdikte um mehrere Jahrhunderte vor Cicero hinaufzurücken. So finden wir denn auch in dem 554 a. u. zuerst aufgeführten *Stichus* des Plautus mehrfache, gar nicht zu verkennende Anspielungen auf das *interdictum utrubi*, das also damals schon etwas Allbekanntes gewesen sein muß. Die äußerste Grenze, über welche hinaus sich das Interdiktenverfahren in der uns bekannten Gestalt nicht versetzen läßt, ist das Aufkommen des Verbalakts der *sponsio*, denn ohne diesen ist das *per sponsionem agere* nicht denkbar. Wir können zwar nicht beweisen, daß es zur Zeit der XII-Tafelgesetzgebung bereits Interdikte gegeben habe, andererseits aber dürfen wir sagen, daß keine sachlichen Gründe der Möglichkeit, sie soweit hinaufzurücken, entgegenstehen. Daß sie in derselben erwähnt seien, ist nicht wahrscheinlich, denn da sie lediglich vom Imperium, damals der Konsuln, abhingen, so bot sich keine Veranlassung für ihre Erwähnung in den XII Tafeln.

Was dann das Alterverhältnis der einzelnen Interdiktsarten bezw. Interdikte betrifft, so möchte wohl eher das Bedürfnis von Interdikten in Bezug auf Sachen als in Bezug auf Personen hervorgetreten sein, es wird also früher prohibitorische und restitutorische als exhibitorische Interdikte gegeben haben. Von den prohibitorischen und restitutorischen die einen oder die anderen als die älteren zu erklären, erscheint nicht möglich. Das Bedürfnis beider macht sich bezüglich derselben Verhältnisse geltend. So giebt es bei den zum Schutz der *res divini iuris* und der öffentlichen Sachen bestimmten Interdikten regelmäßig neben dem prohibitorischen ein restitutorisches Interdikt, und auch Cicero erwähnt sie in jener allgemeinen Äußerung über das Interdicieren des Prätors, in der Rede pro Caecina c. 13 § 36: *Qui dies totos aut vim fieri vetat aut restitui factam iubet* u. s. w. Wenn also das eine oder das andere früher aufgetreten sein sollte, so wird es sehr bald das andere nach sich gezogen haben. Meines Erachtens ist denen beizupflichten, welche die auf die *res extra commercium*, also die *res divini iuris* und die *res publico usui destinatae* sich beziehenden Interdikte für die ältesten halten. A. Schmidt[1] hat für diese Annahme folgenden äußern Beweisgrund beibringen zu können geglaubt. Es giebt restitutorische und exhibitorische, gegen die Habenden gerichtete Interdikte, in denen sich ein Zusatz findet, nach welchem der Beklagte auch haften soll, wenn in seinem eigenen *dolus* der Grund des Nichthabens liege; während andere auf das Haben verstellte Interdikte einen solchen Zusatz vermissen lassen. Schmidt macht

[1] Das Interdiktenverfahren S. 158 f.

nun darauf aufmerksam, daß sich der fragliche Zusatz finde in den auf Gegenstände *privati iuris* bezüglichen Interdikten, während er in den auf *res publicae usui destinatae* sich beziehenden fehle. Er findet sich in den Interdikten *quorum bonorum*,[1] *quod legatorum*,[2] *de tabulis exhibendis*,[3] *de precario*,[4] *de liberis exhibendis*.[5] Labeo aber erst scheint auf Grund der Billigkeit bezw. nach Analogie der Interdikte, welche den ausdrücklichen Zusatz hatten, sich für die Haftung dessen, *qui dolo fecit quo minus possideret vel haberet*, auch bei den auf *publica loci* bezüglichen Interdikten ausgesprochen zu haben,[6] wie er diese Haftung auch bei den einschlagenden *actiones* verallgemeinert zu haben scheint. Man hat daraus, daß die ältere Fassung der *stipulatio Aquiliana*, welche in l. 18 § 1 D. de accept. 46, 4 überliefert ist, den Zusatz: „*dolove malo fecisti quominus possideas* noch nicht aufzeigt, während die neuere in § 2 J. quib. mod. ob. toll. 3, 29 mitgeteilte ihn hat, geschlossen, daß Aquilius Gallus das *dolo malo desinere possidere* als allgemeinen Haftgrund statt des *possidere* noch nicht gekannt habe.[7] Dies wäre zu weit gegangen, wenn der Schluß dahin ginge, daß Aquilius Gallus noch keine Interdikte mit jenem ausdrücklichen Zusatze gekannt habe. Das in den Digesten erhaltene Formular der *stipulatio Aquiliana* bietet nicht mehr die unveränderte, von Aquilius Gallus selbst herrührende Fassung der nach ihm benannten *stipulatio*, wie der darin enthaltene Passus „*vel adversus te persecutio est eritve*“ zeigt. *Persecutio* neben *actio* und *petitio* ist bekanntlich die technische Bezeichnung für die im Wege der *extraordinaria cognitio* geltend zu machenden Ansprüche.[8] Solche gab es erst seit dem Beginn der Kaiserzeit. Aquilius Gallus kannte sie noch nicht; es kann also erst in der Kaiserzeit jener Passus in das Formular der *stipulatio Aquiliana* aufgenommen sein. Man käme also, wenn jener Schluß richtig wäre, zu dem Resultat, daß man auch zu der Zeit jener Vervollständigung der *stipulatio Aquiliana* den hier in Frage stehenden Zusatz zu den betreffenden Interdikten noch nicht gekannt habe, ein Resultat, das ja falsch wäre. Man kann nur sagen, zur Zeit des Aquilius Gallus war noch kein Jurist auf den Gedanken gekommen, Haftung dessen, *qui dolo desiit possidere vel habere* bei Interdikten anzunehmen, die den Zusatz nicht hatten. Labeo war der erste, der solche Verallgemeinerung befürwortete. Aquilius Gallus mag aber die Haftung des *dolo desinere possidere* bei einzelnen Interdikten für nicht so wichtig gehalten haben, um mit Bezug darauf einen besonderen Passus in sein Stipulationsschema aufzunehmen. Daß die Interdikte, welche einen ausdrücklichen Zusatz in Bezug auf die Haftung des *dolo desinens possidere vel habere* haben, ihn alle seit ihrer ersten Aufstellung gehabt haben, wäre auch eine unbegründete Annahme. Das *interdictum quorum bonorum* z. B. hat ihn wahrscheinlich nicht von Anfang an gehabt. Da bleibt nun die Frage, warum er nur in Interdikte über Gegenstände *privati iuris*, nicht in solche, welche sich auf öffentliche Sachen bezogen, aufgenommen ist. Schmidt meint, jene Interdikte möchten erst später, in der Zeit der

[1] L. 1 pr. D. quor. bonor. 43, 2. [2] L. 1 § 7 D. quod. legat. 43, 3.
[3] L. 1 pr. D. de tab. exhibend. 43, 5. [4] L. 2 pr. D. de precar. 43, 26.
[5] L. 1 pr. D. de lib. exhibend. 43, 26. Im allgemeinen vgl. noch l. 68 § 1 D. pro socio 17, 2.
[6] L. 2 § 42 D. ne quid in loco publ. 43, 8. L. un. § 18 D. ne quid in fl. p. 43, 12.
[7] Leist, D. röm. Erbrechtsbesitz S. 395. Pernice, Labeo II, S. 255. Ubbelohde, a. a. O. I, S. 336 A. 18.
[8] L. 10. 49. 178 § 2 D. de v. s. 50, 16.

entwickelteren Jurisprudenz entstanden sein. Allein es ist sehr unwahrscheinlich, daß sie alle den betreffenden Zusatz von Anfang an erhalten haben. Und wenn der betreffende Passus erst später in diese Interdiktsformulare aufgenommen ist, warum blieben dann die auf die öffentlichen Sachen bezüglichen Interdikte im Edikt unverändert? Das praktische Bedürfnis wird hier nicht so auf eine Haftbarmachung des *dolo desinens possidere* hingedrängt haben, und eine gewisse Wahrheit mag in Schmidt's Vermutung liegen: ohne zwingendes Bedürfnis war man einer Abänderung dieser altehrwürdigen Interdikte abgeneigt.

Den auf öffentliche Wege, Flüsse, Kloaken sich beziehenden Interdikten an Alter am nächsten stehend möchte ich dann die auf den Schutz der Ausübung privater Wege- und Wassergerechtigkeiten, sowie auf Privatkloaken bezüglichen Interdikte halten. Gerade sie hebt Cicero als die Thätigkeit des Prätors fortwährend in Anspruch nehmend hervor, pro Caec. 13, 36: *Qui dies totos aut vim fieri vetat aut restitui faciam iubet: qui de fossis, de cloacis, de minimis aquarum itinerumque controversiis interdicit* u. s. w. Man darf sich nicht durch die Auffassung dieser Interdikte als *velut possessoria* beirren lassen: die Auffassung der Ausübung eines Servitutinhalts als einer *quasipossessio* ist eine viel spätere, die Interdiktsformulare selbst sprechen nur von einem zu schützenden *uti itinere, ducere aquam, uti fonte.* Daß der Gebrauch der öffentlichen Wege und Gewässer geschützt war, wird am ehesten auf den Schutz des Gebrauches auch privater Wege und Gewässer geführt haben, und das praktische Bedürfnis mag diesen Schutz noch früher haben eintreten lassen, als den des juristischen Besitzes von Grundstücken und beweglichen Sachen. Auf ein äußeres Argument für das hohe Alter dieser Interdikte hat wieder A. Schmidt a. a. O. S. 149 hingewiesen. Hinter dem *interdictum de aqua aestiva* (und ebenso hinter dem *interdictum de itinere utendo*) stand im Edikt eine Anhangsklausel, nach welcher diese Interdikte auch den Universalsuccessoren und dem Käufer gegeben werden sollten. Die Klausel lautet: (*Item*) *inter heredes et emptores et bonorum possessores interdicam.*[1] Das Auffällige, welches darin liegt, daß die *emptores* zwischen den *heredes* und *bonorum possessores* stehen, erklärt Schmidt historisch: die Interdikte für die Prädialservituten seien älter als die Entfaltung der *bonorum possessio.* Als diese erfolgt sei, habe man die *bonorum possessores* am Schluß der Klausel nachgetragen. Dem darf zugestimmt werden. Die Anhangsklausel ist wohl nicht ganz so alt, als die Interdikte selbst. Aber sogar als sie angefügt wurde, war die *bonorum possessio* noch nicht so entfaltet, daß sich die Konsequenzen derselben praktisch so bemerkbar gemacht hätten, daß man die *bonorum possessores* gleich von Anfang in die Klausel aufgenommen hätte.[2]

Weiter dürfen wir annehmen, daß die zum Schutz des Besitzes einzelner Sachen bestimmten Interdikte älter sind, als die zum Schutz des Besitzes einer *universitas,* also die *interdicta de vi, de precario, ut possidetis, utrubi* älter als die *interdicta quorum bonorum, possessorium, sectorium.* Eine nicht sinnlich faßbare *universitas* als Gegenstand einer *possessio* anzusehen, setzt immerhin schon eine

[1] L. 1 § 29 u. § 37 D. de aq. cott. 43, 20.

[2] Was Ubbelohde, a. a. O. I, S. 75 A. 88, dagegen einwendet, verdient keine Beachtung. Er meint, bei der Stellung *heredes et bonorum possessores et emptores* hätte es nahe gelegen, das Wort *emptores* zu dem vorangehenden *bonorum* zu beziehen. Abgesehen davon, daß die Versuchung zu einer solchen Beziehung gewiß nicht nahe lag, hätte der Prätor ihr in viel einfacherer Weise (etwa durch Wiederholung des *inter* vor *emptores*) begegnen können, als durch jene auffällige Stellung der Worte.

etwas verfeinerte Rechtsauffassung voraus. Von diesen letzteren Interdikten ist das *quorum bonorum* jedenfalls älter, als das *possessorium*. Mit Recht weist LEIST[1] darauf hin, daß bei der mehrfach vorkommenden Zusammenstellung von *bonorum possessio* und *bonorum emtio* die erstere immer als das Vorbildliche aufgefaßt werde, nach der sich die *bonorum emtio* analogisch richte (Gai. III. 81. Cic. ad Att. VI, 1. Gai. IV, 145). Daraus darf geschlossen werden, daß die prätorische *bonorum emtio* das jüngere Institut ist, welches in seinem juristischen Bau sich nach der *bonorum possessio* richtete. — Die *bonorum sectio*, das *publica bona emere* ist ein viel älteres Institut, die *addictio* des betr. Vermögens an den *sector* bewirkte Übergang des quiritischen Eigentums der einzelnen zu diesem Vermögen gehörigen Sachen auf den *sector*; daß aber daraus das für den *bonorum sector* zum Zweck der Erlangung der einzelnen zu dem gekauften Vermögen gehörigen *corpora* eingeführte *interdictum sectorium* schon von recht frühen Zeiten her datiert werden dürfe, ist LEIST schwerlich zuzugeben. Denkbar wäre, daß, wie dem *heres* die *hereditatis petitio*, so auch dem *bonorum sector* in alter Zeit eine civilrechtliche Universalklage zugestanden habe. Eine Spur davon findet sich nicht; das *interdictum sectorium* ist dagegen wohl späteren Ursprunges, welches dem *sector* erst nach Analogie des *interdictum possessorium* des *emtor* von *bona privata* zugestanden wurde. Von Gaius wird daher auch nach dem *interdictum quorum bonorum* zuerst das *interdictum possessorium* erwähnt, und dann IV § 146 fortgefahren: *Item ei qui publica bona emerit, eiusdem condicionis interdictum proponitur, quod appellatur sectorium* etc.

Von den zum Schutz der Missionen bestimmten Interdikten möchte ich das zur Erzwingung der *cautio legatorum servandorum causa* dienende für das älteste halten. Von der *missio ventris nomine* heißt es in l. 1 § 1 D. de ventre in poss. mitt. 37,9: — *ventrem mittit in possessionem (praetor) vice contra tabulas bonorum possessionis.* Sie war zuerst für die *bonorum possessio contra tabulas* und die *unde liberi* berechnet, setzt also deren Bestehen voraus, doch war sie nach l. 1 § 24 D. eod. tit. schon dem Servius bekannt. — Daß das Edikt über *damnum infectum* schon zu Cicero's Zeit bestand, ist an anderer Stelle erwiesen. Es muß also damals schon das *interdictum* zum Schutz der *missio damni infecti nomine* bestanden haben. Älter, als das der *missio ventris nomine* dienende, dürfte es aber wohl nicht gewesen sein. —

Verwandt sind dann wieder das zur *executio* der *operis novi nuntiatio* dienende Interdikt und das *interdictum quod vi aut clam.* Das *edictum* über die *operis novi nuntiatio*, das *interdictum demolitorium* und das Remissionsdekret sind wohl älter, als die *prohibitio* und das *interdictum quod vi aut clam.* Die letzteren erscheinen als Ergänzung einer großen Lücke, welche das erstere Rechtsmittel gelassen; zwar in ihren Wirkungen nicht so durchgreifend, wie die *operis novi nuntiatio*, sind sie in ihren Voraussetzungen nicht so eng und beschränkt, wie die *operis novi nuntiatio*, machen also dieser gegenüber den Eindruck des neueren, auf weiteren Umfang berechneten Instituts. Das *interdictum quod vi* war nun schon dem Q. Mucius Svaevola bekannt, das *edictum* über die *operis novi nuntiatio* kann, wenigstens seinem Grundstock nach, recht gut bis zu den Zeiten des Legisaktionenverfahrens zurückreichen, da zur Durchführung desselben nur ein Interdikt, keine *actio* verwandt wird. Die Kaution aber, vermöge deren der Nuntiat den durch die *nuntiatio* bewirkten Bann heben

[1] Der römische Erbrechtsbesitz S. 100 A. 94.

kann, sowie das ihm nach gestellter Kaution zum Schutz in der Vornahme des *opus* in Aussicht gestellte *interdictum prohibitorium* mögen jünger sein, als das ursprüngliche Edikt über die *nuntiatio*.

Die *interdicta quem fundum* und *quam hereditatem*, welche gegen den Besitzer der mit der *rei vindicatio* bezw. *hereditatis petitio* in Anspruch zu nehmenden Sachen im Fall mangelnder *defensio*, also wenn er die *cautio iudicatum solvi* nicht stellen will, gegeben werden, gehören wohl erst der Zeit des Formularverfahrens an, denn wenn bei der alten Sakramentsvindikation die Partei, welcher die Vindicien erteilt waren, die von ihr nach prätorischem Befehl zu stellenden *praedes litis et vindiciarum* nicht stellte, so wird der Magistrat ihr die Vindicien wieder entzogen haben.

Das *interdictum de arboribus caedendis* hat zwei *capita*. Bezüglich des Inhalts des zweiten *caput* hatte es einen Vorgänger in einer Bestimmung der XII Tafeln. Nach diesem zweiten *caput* soll nämlich, wenn ein Baum von dem Ackergrundstück des einen über das des Nachbarn überhängt, und jener die Zweige des Baumes bis zu 15 Fuß Höhe von der Erde an nicht abschneiden will, der Eigentümer des benachteiligten Grundstücks dies thun und das Holz für sich behalten dürfen. Ulpian sagt im Anschluß an die Mitteilung dieses *caput interdicti* in l. 1 § 8 D. de arb. caed. 43, 27: *Quod ait praetor, et lex duodecim tabularum efficere voluit*, woraus hervorgeht, daß auch die XII Tafeln das Wegschneiden der Zweige bis zu 15 Fuß Höhe von der Erde vorschrieben. Sie bedienten sich dabei des Ausdrucks *sublucare*, was daraus hervorgeht, daß Paulus V, 6 § 13 den Ausdruck in einer kurzen Erörterung gebraucht, welche sich nur auf die Klage aus den XII Tafeln beziehen kann. Er sagt nämlich, der Eigentümer des Baumes sei darauf zu belangen, daß er das *sublucare* vornehme. Wenn der belangte *dominus* das *sublucare* nicht vornehme, dann könne der Nachbar die Zweige abschneiden. Nach dem *caput interdicti* aber wird der Eigentümer des Baumes nicht dahin belangt, *ut sublucet*, sondern das *si per te stat, quominus — coerceas* bildet nur eine Voraussetzung des Verbots, den benachteiligten Nachbar an dem *coercere* zu hindern. Das Interdikt gewährt dem Eigentümer des Baums die *adimendi* bezw. *coercendi facultas*, aber die XII Tafeln legen ihm die Verpflichtung zum *sublucare* auf. Das Interdikt erlaubt sodann dem benachteiligten Nachbarn das *coercere* des Baume und schützt dieses sein Dürfen durch ein an den Baumeigentümer gerichtetes Verbot der Störung, die Zwölftafelbestimmung erlaubt jenem auch, falls dieser die ihm auferlegte Verpflichtung nicht erfüllt, das *sublucare* seinerseits vorzunehmen, hat aber, wie es scheint, diese seine Erlaubnis nicht durch Gewährung eines besonderen Rechtsmittels geschützt. Der Schutz durch das Interdikt war praktisch wohl wirksamer, als der durch die Zwölftafelbestimmung, und das Bedürfnis eines wirksamen Schutzes, sowie das Bedürfnis, auch Gebäude gegen Baumüberhang wirksamer noch, als es durch die *negatoria* geschah, zu schützen, mag die Aufstellung des *interdictum de arboribus caedendis* veranlaßt haben. Die Bestimmung der XII Tafeln schützte auch nur den quiritischen Eigentümer des benachteiligten Grundstücks, das Interdikt aber *non solum domino aedium, sed etiam ei qui usumfructum habet, competit*[1]; es fand also auch bezüglich der Personen der zu Schützenden eine Erweiterung statt. Auch dieses Interdikt braucht nicht erst zur Zeit des Formularprozesses entstanden zu sein; es kann schon vor der *lex Aebutia* aufgestellt sein.

[1] L. 1 § 4 D. de arb. caed. 43, 27.

Nach Plin., H. N. XVI, 5, 15,[1] haben auch schon die XII Tafeln dem Eigentümer der hinübergefallenen Baumfrüchte das Recht gegeben, dieselben auf dem Grundstück des Nachbarn aufzulesen und abzuholen, indessen mag gegenüber dem Nachbar, der das nicht dulden wollte, der Schutz durch ein Interdikt wirksamer gewesen sein, weshalb auch hierfür ein solches im Edikt proponiert wurde.

Über die Zeit, in welche die Entstehung des *interdictum Salvianum* und des *de migrando* zu setzen ist, wird im Zusammenhange der Geschichte des Pfandrechts zu handeln sein. Auch auf das *interdictum fraudatorium* wird erst später einzugehen sein.

Mit der Begründung des Prinzipats war die Zeit für Aufstellung neuer Interdikte vorüber. Gerade in diesen Geboten und Verboten trat die souveräne obrigkeitliche Gewalt republikanischer Magistrate mehr als in anderen Rechtsmitteln hervor. Wenn auch die *principes* es nicht unternommen haben, der edicierenden Thätigkeit der mit der Jurisdiktion betrauten Magistrate sofort ein Ende zu machen, so scheinen sie doch die Aufstellung neuer Interdikte faktisch nicht mehr zugelassen zu haben. Ja, einzelne Interdikte wurden durch die Konkurrenz der jetzt eingreifenden *extraordinaria cognitio* schon in den Hintergrund gedrängt, wie bezüglich des *interdictum de migrando* geradezu gesagt wird in l. 1 § 2 D. de migrando 43, 32: *Cui rei etiam extra ordinem subveniri potest: ergo infrequens est hoc interdictum.* Auch bezüglich des Schutzes der *missio in possessionem fideicommissi servandi causa* wird in l. 3 pr. D. ne vis fiat ei 43, 4 gesagt: *Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa et non admittatur, potestate eius inducendus est in possessionem, qui eum misit, aut si quis volet uti interdicto, consequens erit dicere interdictum locum habere. sed melius erit dicere extra ordinem ipsos iure suae potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnumquam etiam per manum militarem.* LEIST[2] und, ihm folgend, UBBELOHDE[3] haben behauptet, das *interdictum de aqua ex castello ducenda* könne erst in der Zeit des Prinzipats aufgestellt sein, da es eine Ermächtigung zur Wasserableitung voraussetze, welche nur der *princeps* zu erteilen vermocht habe. Nun ist zwar richtig, daß nach Frontin de aqua 74 *apud antiquos* das Wasser größtenteils *in usus publicos* verwendet wurde, aber es fand doch in beschränkter Weise auch ein Verkauf an Private statt, und es gab Magistrate, denen das *ius aquae ducendae vendendaeve* zustand. Das waren nach Frontin 95: *quotiens in re publica censores erant*, die Censoren und nur, *cum ei non erant*, die Ädilen. So werden denn schon in republikanischer Zeit die Privaten, welchen von den Censoren bezw. Ädilen die Ermächtigung erteilt war, Wasser aus den öffentlichen Wasserbehältern abzuleiten, durch jenes Interdikt in der Ausübung des ihnen erteilten Rechts geschützt sein. Hätte erst der *princeps* das Recht zur Erteilung einer solchen Ermächtigung gehabt, so würde derselbe in dem Interdiktsformular direkt genannt sein, während der betreffende Passus des Formulars vielmehr lautet: *Quo ex castello illi aquam ducere ab eo, cui eius rei ius fuit, permissum est ete.* Dieser allgemeinere Ausdruck konnte auf verschiedene Beamte je nach den Verhältnissen bezogen werden: er muß schon in der republikanischen Zeit entstanden sein, denn in der Kaiserzeit *alii nulli*, als den *principes*, competiert *ius aquae dandae* (l. 1 § 42 D. de aq. cott. 43, 20).

---

[1] L. 236 § 1 u. L. 30 § 4 D. de v. s. 50, 16.
[2] Bonor. possessio I, S. 358 A. 2.
[3] A. a. O. II, S. 344.

8. Interdikte zum Schutz der *res extra commercium*.

§ 114. Es bleibt jetzt noch übrig, die auf die *res extra commercium* bezüglichen Interdikte im einzelnen zu betrachten, zunächst die zum Schutz der *res divini iuris* bestimmten. In Bezug auf den *locus sacer* stellte das Edikt zwei Interdikte auf: ein prohibitorisches, dessen Formel nach l. 1 pr. D. ne quid in loco sacro fiat 43, 6 lautete: *In loco sacro facere inve eum immittere quid veto*, und ein restitutorisches auf Beseitigung des *illicite factum*, dessen Formel nicht überliefert ist.[1] Beide Interdikte beziehen sich nicht auf *res sacrae* überhaupt, sondern nur auf den *locus sacer*, den dem Dienst eines der *dii superi* geweihten Platz, mag sich ein Gebäude darauf befinden oder nicht. Über die Voraussetzungen, unter denen eine Sache konsekriert werden kann, bezw. über die Frage, welche Beamte zur Vornahme des Konsekrationsakts befugt waren, ist schon in früherem Zusammenhange die Rede gewesen. Hier bedarf es nur noch einer Erörterung des Weiheakts selbst. Die Dedikation geschah in der Regel nach vorausgehendem *votum*, also zufolge einer der Gottheit gegenüber übernommenen Verpflichtung. Danach ist schon von vornherein zu vermuten, daß die Hauptperson bei dem Dedikationsakte der dieselbe im Namen des Staats vornehmende Beamte ist. Nun wird aber als bei dem Akt mitwirkend auch ein Mitglied des *collegium pontificum* erwähnt. Man hat die *dedicatio* als eine Art Vertrag mit der Gottheit ansehen wollen, bei welchem der *pontifex* im Namen der Gottheit den vom Magistrat hingegebenen Gegenstand annehme.[2] Mit vollem Recht sagt dagegen A. Pernice,[3] daß die *dedicatio* ein einseitiger Akt mit dinglicher Wirkung sei. Es widerspricht überhaupt römischer Auffassung, die Gottheit (wenn auch nur durch ein Organ) als Partei an dem von einem Menschen vorgenommenen Akt teilnehmen zu lassen. Der Akt der Dedikation besteht in der Widmung der betreffenden Sache zum Dienst der von dem Weihenden angeredeten Gottheit, welche Widmung nicht ohne Entlassung derselben aus dem menschlichen Eigentum geschehen kann. Der solenne Rechtsakt besteht natürlich in dem Aussprechen einer festgesetzten Wortformel, und das Aussprechen der einseitigen Formel von seiten des Weihenden wird, wie in anderen Fällen, als ein *nuncupare*,[4] die Formel als ein *carmen*[5] bezeichnet.

Der solenne Rechtsakt, welcher eine dingliche Wirkung hervorbringen soll, besteht aber nicht bloß aus solenner Rede, sondern außerdem aus einem damit verbundenen Ergreifen der Sache mit der Hand. Dieses andere Moment fehlt auch bei der *dedicatio* nicht, es besteht bei Tempelweihen in dem *postem tenere*,[6] dem Erfassen des Thürpfostens mit der Hand, und mit Rücksicht darauf wird der Weiheakt als ein *manu dedicare*[7] bezeichnet. Die Thätigkeit des *pontifex* bei dem Akt ist eine bloß helfende, er soll dabei *adesse*. Die Dedikation war ein Akt des *ius sacrum*, die Formalitäten eines solchen mußten mit peinlichster Genauigkeit beobachtet werden, das geringste *aberrare* konnte Nichtigkeit bewirken.[8] Da man nun den weltlichen Magistraten keine aus-

---

[1] L. 2 § 1 D. de interd. 43, 1. L. 2 § 19 D. ne quid in loco publ. 43, 8. L. 1 § 1 D. de op. n. n. 39, 1.

[2] Meurer, Der Begriff und Eigentümer der heiligen Sachen S. 191 ff. Es scheint das auch die Auffassung Huschke's zu sein: Die oskisch. und die sabell. Sprachdenkmäler S. 172.

[3] Zum röm. Sacralrecht I. Sitzungsber. d. Kgl. Pr. Akad. d. Wissensch. z. Berlin 1885, S. 1150.

[4] Val. Max. 5, 10, 1. Vgl. Plut. Poplic. 14. [5] Seneca consol. ad Marc. 13.

[6] Liv. II, 8, 8. [7] Ovid. Fast. 1, 610. [8] Vgl. Cic. de har. respons. 11, 23.

reichende Kenntnis der Erfordernisse des *ius sacrum* zutrauen konnte, so war wohl die Mitwirkung eines *pontifex* als Sachkundigen vorgeschrieben: sie wurde selbst ein Teil der Formalität. Der *pontifex* hat dem Magistrat den ganzen Akt vorzumachen, und zwar nach seinen beiden Seiten: dem Aussprechen der *verba* und dem Erfassen mit der Hand, er muß ihm nicht bloß *praeire verba* sondern auch das *postem tenere* vormachen. Dieser Sinn der pontifikalen Mitwirkung tritt deutlich in der von Cicero de domo 52, 133 mitgeteilten Aufforderung des Magistrats an die *pontifices* hervor: *Ades, ades Luculle, Servi dum dedico domum (Ciceronis), ut mihi praeeatis postemque teneatis.*

Das Erfassen des Thürpfostens von seiten des *pontifex* hat also nicht den selbst von MARQUARDT[1] angenommenen Sinn, daß dadurch der *pontifex* den fertigen Tempel in Besitz nehme.[2] Was den Inhalt der auszusprechenden Dedikationsformel angeht, so läßt sich annehmen, daß sie einmal die Entlassung der Sache aus dem menschlichen Recht und weiter die Widmung für den Dienst der anzuredenden Gottheit ausgedrückt haben muß. Es ist gesagt worden, daß nach genauem Sprachgebrauch das Wort *dedicare* die Thätigkeit des Magistrats, *consecrare* die des *pontifex* bezeichne. Solche Unterscheidung läßt sich aus den Quellen nicht erweisen.[3] Genau genommen kann man das *dedicare* und *consecrare* nur dem Magistrat als der Hauptperson bei dem Akt zuschreiben, während der *pontifex* nur als assistierend, helfend bezeichnet werden kann, wie es auch in den Wendungen: *magistratus per pontificem* oder *pro pontifice dedicat* geschieht. *Dedicare* bezeichnet wohl mehr die Entlassung ab *humano iure*, das *consecrare* positiv die Bestimmung zum Dienst der Gottheit, beide Worte dürften daher in den Zeiten peinlicher Formenstrenge in der Weihungsformel nebeneinandergestellt sein, worauf auch die Worte bei Catull 18, 1 schließen lassen: *hunc lucum tibi consecro dedicoque Priape*, doch dürften in der wirklichen Weihungsformel die Worte in umgekehrter Reihenfolge *(dedico consecroque)* sich gefunden haben. Daß Dedikationen regelmäßig an eine oder mehrere Gottheiten zusammen vorgekommen wären,[4] ist für die staatliche Dedikation zu bestreiten. Nach dem durch ein Dekret der *pontifices* bezeugten *ius sacrum* kann ein Tempel nur je einer Gottheit geweiht werden. Liv. 27, 25, 7: *cum bello Gallico — — aedem Honori et Virtuti vovisset, dedicatio eius a pontificibus impediebatur, quod negabant, unam cellam duobus recte dedicari. — ita addita Virtutis aedes adproperato opere.*

Der Akt der *dedicatio* bewirkte, daß die Sache in privatrechtlicher Beziehung *extra commercium* kam. Die sacralrechtliche Wirkung war, daß die Sache dem Dienst der bezeichneten Gottheit gewidmet war. Nähere Einzelbestimmungen wurden in die *lex* aufgenommen, die auch diesem sacralrechtlichen Akt beigefügt werden konnte *(lex dedicationis, lex templi)*. Wir sind in der glücklichen Lage, nähere Kenntnis über die äußere Gestalt, in welcher sich die *lex dedicationis* mit dem Hauptakt verband, durch mehrere solche uns

[1] Staatsverwaltung III, S. 273.

[2] Daher sind auch in der Äußerung bei Serv. ad Georg. 3, 16: *Verbo usus est pontificali. Nam qui templum dedicabat, postem tenens dare se dicebat numini, quod ab illo necesse fuerat iam teneri et ab humano iure discedere* die hervorgehobenen Worte nicht mit PERNICE, a. a. O. S. 1150 A. 2, zu erklären: „was oder weil er von ihr, der Gottheit, nunmehr in Besitz genommen sein mußte", sondern: weil er (der Tempel) von jener (dem Magistrat) schon (nämlich beim Aussprechen der Weiheformel) gehalten werden mußte.

[3] Vgl. LUEBBERT, comment. pontificales p. 21 f.

[4] PERNICE, Labeo I, S. 258.

überlieferte *leges*, wenn diese sich auch nicht gerade auf römische Tempel beziehen, zu haben. Von besonderem Interesse sind die *lex aras Augusti Narbonensis* vom Jahre 11 n. Chr. und die damit merkwürdig übereinstimmende viel spätere *lex aras Iovis Salonitanae* vom Jahre 137.[1] Nach beiden Inschriften geht der Dedikationsformel folgende in beiden fast wörtlich übereinstimmende Ankündigung voraus: — *quando tibi hanc aram dabo dedicaboque, his legibus hisque regionibus dabo dedicaboque, quas hic hodie palam dixero, uti infimum solum huiusce aras titulorumque est.* Daraus ergiebt sich, daß die *leges* nicht etwa bloß in einer schriftlichen Urkunde niedergelegt, sondern im Anschluß an die Dedikation von dem dedizierenden Magistrat, auch wohl *praeeunte pontifice*, mündlich ausgesprochen wurden. Zugleich sollten auch die *regiones* genau bezeichnet werden, innerhalb welcher das betreffende Terrain bezw. die *ara* auf demselben konsekriert werden sollte. Daß diese *regiones* nach ihren Grenzen genau ausgesprochen wurden, zeigt namentlich deutlich die *lex* des Tempel des Jupiter Liber zu Furfo,[2] in der diese Grenzen näher bezeichnet werden. — Die *aras*, bei welchen nun eine besondere Dedikation vorkommt, können nicht bloße Bestandteile des Grundstücks gewesen, also nicht in demselben fundamentiert, sondern nur auf dem Boden bezw. einer Erhöhung desselben aufgestellt oder äußerlich mit ihm befestigt gewesen sein, denn sonst wäre eine abgesonderte Konsekration derselben nach den juristischen Begriffen der Römer, von welchen gerade die *pontifices* beherrscht wurden, gar nicht möglich gewesen. Erwägt man dies, so kommt man zu einer Erklärung der in den beiden uns hier beschäftigenden Dedikationsformeln gleichmäßig vorkommenden Worte: *uti infimum solum huiusce aras (titulorumque) est.* Bruns sieht dieselben als eine nähere Erklärung des *illis regionibus (dedicabo)* an, er erklärt: *Nam ibi aras termini sunt, ubi solum incipit planum esse.*[3] Ebenso nimmt Jordan an, daß die *lex aras* dem *his regionibus* epexegetisch anfüge, *uti infimum solum huius aras titulorumque*, d. h. in den Grenzen, welche der Fuß des Altars und seines Schriftschmucks hier bezeichnet. Diese Erklärung halte ich nicht für möglich. In dem unmittelbar Vorhergehenden ist gesagt: Ich werde dedizieren — innerhalb der *regiones*, welche ich heute öffentlich ausgesprochen haben werde, was mit dem unmittelbar darauf folgenden *ut solum infimum* u. s. w. noch nicht

[1] Bruns, Fonte iuris rom. ant. p. 243 ff.

[2] Auf Irrtum beruht die Äußerung Jordan's (Hermes, VIII, S. 375): „Die *regiones* selbst kann der Dedizierende nicht bestimmen; er weist nur hin auf die im Stein nun sichtbar gewordenen *regiones*, welche durch die Inauguration vorher gezogen worden sind, und welche also nur im allgemeinen als die oben sichtbaren bezeichnet zu werden brauchen." Anlage des *templum* und Dedikation des erbauten *templum* sind hier nicht scharf genug geschieden. Es ließe sich denken, daß nicht der ganze als *templum* abgesteckte Raum auch konsekriert würde. Dann fielen die Grenzen des *templum* und des konsekrierten Platzes (des *fanum*) nicht zusammen. Aber auch wenn sie zusammenfallen, so sind die Grenzen der Konsekration doch noch nicht mit der Herstellung des *templum* und mit den faktischen Grenzen des Gebäudes gegeben; denn da die Dedikation erst die Sache zur *sacra* macht, so können auch die Grenzen des der Gottheit zu weihenden Raumes erst durch die Konsekration gezogen werden. Mommsen ist doch wohl darin beizustimmen gegen Jordan (a. a. O. S. 202), daß der uns überlieferte Text bezüglich des Tempels von Furfo für eine durch einen Umbau oder Neubau des Tempels veranlaßte neue Redaktion älterer *leges* zu halten sei. Dafür spricht das bisher meines Erachtens nicht genügend erklärte *comolateis olleis legibus*, was bedeutet: unter diesen (folgenden) vermehrten *leges*. Das *comolateis* ist nur auf *legibus*, nicht auch mit Jordan auf das folgende *illis regionibus* zu beziehen.

[3] A. a. O. p. 244. n. 4.

geschehen ist. Das muß man annehmen, wenn auch in den uns überkommenen Inschriften die Angabe dieser *regiones* nicht erhalten ist. Die Worte *uti solum infimum* u. s. w. sind also nicht als epexegetisch dem *his regionibus* angefügt zu verstehen, sondern drücken den neuen Gedanken aus, daß die *ara* von Grund aus (vom Fuß bis zum Kopf) dediziert sein solle. Sie haben also denselben Sinn, der in einer Inschrift im C. J. L. 6, 360 kurz so ausgedrückt ist: *Aram cum base consecr(avit)*.

In unseren Inschriften folgt dann die Angabe des Inhalts der *leges*, und auch hier zeigt sich wieder die merkwürdige Übereinstimmung, daß nach Anführung einzelner *leges* die Verweisung folgt: *ceterae leges huic araе titulisque eaedem sunto, quae sunt araе Dianae in Aventino.* Diese Verweisung zeigt nicht bloß, daß die *leges dedicationis* nach einem Normalschema angefertigt wurden, sondern daß das Vorbild für viele die *lex dedicationis* der *ara* der Diana auf dem Aventin gewesen ist, welche auch bei Fest. p. 165b, 26 erwähnt wird. Auf den Inhalt der *leges* wird gleich in einer Beziehung näher einzugehen sein. An die Angabe der *leges* schließt sich dann, wieder nach beiden Inschriften übereinstimmend, das Aussprechen der Dedikationsformel: *Hisce legibus hisque regionibus, sic uti dixi, hanc tibi aram — — do dico dedicoque, uti sis volens propitiusque mihi* u. s. w. So wird der Inhalt der vorausgeschickten *leges* (und *regiones*) als nähere Modifikation in die Dedikationsformel selbst aufgenommen und nimmt so an der dinglichen Wirkung derselben teil: er wird zu einer *lex templi, lex araе*, gleichsam eine dauernde Eigenschaft derselben.

In den *leges araе Augusti Narbonensis* lautet nun die erste Bestimmung: *si quis tergere ornare reficere volet, quod beneficii causa fiat, ius fasque esto.* Reinigen, Schmücken, Ausbessern, falls es zum Besten der *ara* geschehe, soll nach weltlichem und göttlichem Recht gestattet sein. Ausführlicher lautet die betreffende Bestimmung in der *lex araе* des Jupitertempels zu Furfo[1]: *utei tangere sarcire tegere devehere defigere mandare ferro oeti promovere referre*[2] *(liceat) fasque esto.* Diese Bestimmung der *leges* wird uns wieder zur Betrachtung der zum Schutz der *loca sacra* dienenden Interdikte zurückleiten. Daß jede nicht zum Besten der *res sacra* dienende Einwirkung auf dieselbe untersagt sei, geht schon indirekt aus der Aufzählung der gestatteten Einwirkungen hervor. In anderen uns nur bruchstückweise erhaltenen *leges* solcher Sachen, wie der *lex luci Lucerini* und der *lex luci Spoletini*[3] ist aber ausdrücklich gesagt, daß jede verunreinigende und verletzende Einwirkung verboten und zu sühnen bezw. mit angegebenen Strafen bedroht sei.

Da nun aber die durch die *leges* der *res sacrae* aufgestellten Strafbestimmungen wenigstens in Bezug auf *loca sacra* nicht ausreichend erschienen, stellten die Prätoren dieselben auch unter den Schutz ihres *imperium*. Beide hier in Betracht kommenden Interdikte bezogen sich nur auf *loca sacra* im strengen Sinn, nicht auf *sacraria*, d. h. auf Räume, in welchen *res sacrae* aufbewahrt wurden, wenigstens wenn ein solches *sacrarium*, was möglich, nur ein *aedificium privatum* war.[3] Auch die in den Provinzen *non ex auctoritate populi Romani* dem Dienst der Götter geweihten Orte waren nicht *sacra* im eigentlichen Sinn[4] und standen folglich auch nicht unter dem Schutz unserer

[1] Bruns a. a. O. p. 242.

[2] Eine Erklärung der einzelnen Ausdrücke giebt Jordan a. a. O. S. 205.

[3] L. 10 § 2 D. de div. rer. 1, 8. L. 1 pr. D. ne quis in loco sacro 43, 6. Serv. ad Aen. 12, 199.

[4] Gaius II, 7a.

Interdikte. Ebenso wie aber die Strafbestimmungen der *leges templis dictae* nicht dem *ornare reficere* u. dergl. galten, so waren auch die Interdikte nicht dagegen gerichtet, sondern nur gegen Verunstaltungen, Benachteiligungen (l. 1 § 2 D. h. t.: *Quod ait praetor, ne quid in loco sacro fiat, non ad hoc pertinet, quod ornamenti causa fit, sed quod deformitatis vel incommodi).* Gegen jede Einwirkung, welche eine nachteilige Veränderung an oder auf der betreffenden Stätte bewirkte, waren die Interdikte gerichtet. Unter dem *facere* ist dabei jedes solches auf dem *locus sacer* selbst vorgenommene Thun zu verstehen, unter dem *immittere* eine von außen kommende nachteilige Einwirkung.[1] Noch in einer anderen Beziehung folgen die Interdikte dem Vorbilde der in den *leges dedicationis* getroffenen Bestimmungen. In der *lex luci Lucerini* wird gegen solchen Verletzer des *locus sacer* jedem *quis volet* eine *pro iudicato manus iniectio* auf die bezeichnete Strafsumme zu Gebote gestellt. Wie hier eine Popularstrafklage angeordnet ist, sind auch die auf den *locus sacer* bezüglichen Interdikte *interdicta popularia.*

Entsprechende *interdicta*, ein *prohibitorium* und ein *restitutorium*, sind auch bezüglich der *loca religiosa* aufgestellt.[2] Es bedarf also hier nur noch einer Eingehung auf den Begriff des *locus religiosus.* Die Begriffe *locus religiosus* und *sepulcrum* fallen nicht zusammen. Aelius Gallus bei Fest. v. religiosus p. 278M. sagt: *religiosum, ubi mortuus sepultus aut humatus sit, satis constare (ait).* Damit stimmt überein die Definition des *sepulcrum* von Ulpian in l. 2 § 5 D. de relig. 11, 7: *Sepulcrum est, ubi corpus ossave hominis condita sunt*, aber es wird daran die Anführung einer abweichenden Auffassung des Celsus geknüpft: *Celsus autem ait: non totus, qui sepulturae destinatus est, locus religiosus fit, sed quatenus corpus humatum est.* Wenn die Meinung des Celsus nur die wäre, daß nicht das ganze Areal des *sepulcrum* im weiteren Sinn unter den Begriff des *locus religiosus* falle, so würde seine Ansicht nichts Auffallendes haben und kaum von Ulpian als eine besondere aufgeführt sein. Celsus scheint aber vielmehr behauptet zu haben, daß innerhalb des Grabmonuments d. h. des zur Aufnahme der Leichen bestimmten Bauwerks nur der Raum, innerhalb dessen eine Leiche begraben lag, *locus religiosus* geworden sei. Darin aber war er wohl nicht in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung bezw. dem geltenden Recht. War ein solches zur Aufnahme von Leichen oder von *ossa* derselben bestimmtes Gebäude vorhanden, so war dasselbe zwar vor Beisetzung einer Leiche darin nicht religiös, aber es wurde wohl schon durch die Beisetzung auch nur einer Leiche darin in ganzem Umfange *locus religiosus.* Es geht dies daraus hervor, daß die *lapides inaedificati*, nur wenn sie von einem *nondum functo monumento*, d. h. einem, in welchem noch keine Leiche beigesetzt ist, wieder losgetrennt werden, von ihrem früheren Eigentum vindiziert werden können; wenn sie aber von einem (durch Beisetzung einer Leiche) religiös gewordenen Monument wieder losgetrennt werden, religiös bleiben und nicht vindiziert werden können.[3] So werden dann auch in dem in l. 2 § 2 D. de relig. 11, 7 erhaltenen Ediktsstück: *Sive homo mortuus — — — in locum purum*

[1] Vgl. über den Begriff des *immittere* Burckhardt, D. cautio damni infecti S. 199 ff.

[2] L. 1 §§ 1 u. 17 D. de o. n. n. 39, 1. L. 1 pr. u. l. 2 § 2 D. de interd. 43, 1.

[3] L. 48 D. de rei vind. 6, 1. Vgl. auch l. 22 § 4 D. quod vi aut clam 43, 24: *Si quis proiectum aut stillicidium in sepulcrum immiserit, etiamsi ipsum monumentum non tangeret, recte cum eo agi, quod in sepulchro vi aut clam factum sit, quia sepulchri sit non solum is locus qui recipiat humationem, sed omne etiam supra id caelum.*

alterius aut in id sepulchrum — — illata esse dicentur der *locus purus* und das *sepulchrum* nebeneinandergestellt, das *sepulchrum* also, obwohl darin noch andere Leichen beigesetzt werden, nicht als *locus purus* angesehen, wie ja die später folgende Erklärung von *sepulchrum* zeigt. Damit stimmt auch der Ausspruch Florentin's in l. 42 D. de relig. 11 7, überein: *Monumentum generaliter res est memoriae causa in posterum prodita: in qua si corpus vel reliquiae inferantur, fiet sepulchrum, si vero nihil eorum inferatur, erit monumentum memoriae causa factum, quod Graeci κενοτάφιον appellant.* Nur diese Auffassung erscheint auch auf die Columbarien anwendbar, d. h. die Grabgewölbe, welche eine Anzahl übereinander liegender Reihen von *loculi* enthalten, so daß jeder *loculus* ein oder zwei Aschenurnen enthält. Nicht jeder dieser *loculi* kann doch als ein besonderer *locus religiosus* aufgefaßt werden, so daß die leeren Nischen noch nicht religiös wären. Vielmehr wird das ganze Columbarium, sobald es durch Beisetzung einer Aschenurne in Gebrauch gesetzt ist, religiös. Nur für den Fall, daß eine Leiche nicht in einem Monument, sondern in einem freien Raum beigesetzt wird, ist die Meinung des Celsus zutreffend, daß dieser Raum nur *religiosus* wird, *quatenus corpus humatum est.* Auch mit einem Grabmonument standen aber häufig noch andere Räume in Verbindung, welche zum *sepulchrum* im weiteren Sinne gehörten. Schon der Vorhof des Monuments, das *forum*, welches durch eine Bestimmung der XII Tafeln der Ersitzung entzogen wurde, gehörte wohl zum *sepulchrum* im weiteren Sinne, aber nicht zum *locus religiosus.* Ebenso verhielt es sich mit dem etwa zum Denkmal gehörigen Acker- und Gartenland.

Es ist nun noch näher zu prüfen, was zur Entstehung des *locus religiosus* was eines *sepulchrum* im weitern Sinne gehörte. Ein Privatmann kann einen Platz zum *locus religiosus* machen, aber er muß unbeschränkter Eigentümer desselben sein: ein anderer kann es nur mit Zustimmung des Eigentümers thun, welche Zustimmung dann aber, wenn sie nachträglich erfolgt, auf den Moment der Beisetzung zurückbezogen wird. Ein Usufruktuar also kann für sich den Platz, an welchem sein Recht besteht, nicht zum *locus religiosus* machen, aber auch der *dominus proprietatis* in der Regel nicht ohne Zustimmung des Usufruktuars; ja auch der Eigentümer eines Grundstücks, an welchem ein anderer ein Prädialservitutrecht hat, kann keine von dieser Servitut ergriffene Stelle desselben ohne Zustimmung des Servitutberechtigten zum *locus religiosus* machen, wenn dadurch die Ausübung der Servitut gehindert werden würde. Der Verpfänder kann durch Beisetzung der Leiche eines der Seinigen in dem verpfändeten Grundstück auch ohne Einwilligung des Pfandgläubigers die Stelle zum *locus religiosus* machen, durch Beisetzung eines andern aber nur mit dessen Einwilligung. Der Erblasser kann in einem Grundstück, das ihm gehörte, von dem berufenen Erben auch vor dessen Antretung, ja auch wenn der zur Erbfolge Berufene abwesend ist oder zögert, von jedem andern mit der Wirkung, daß die Stelle *locus religiosus* wird, beigesetzt werden. Sogar die Beisetzung des Erblassers in dem einem andern legierten Grundstück von seiten des Erben macht die Stelle zum *locus religiosus,* falls er in einem andern Grundstück nicht so passend beigesetzt werden konnte. Wer nur ein auflösliches Eigentum an einem Grundstück hat, wie der Erbe an dem unter einer Bedingung legierten Grundstück vor Eintritt der Bedingung, kann inzwischen, so lange die Bedingung schwebt, keine Stelle desselben durch Beisetzung einer Leiche darin zum *locus religiosus* machen.[1] Miteigentümer können nur

[1] L. 34 D. de rel. 11, 17.

mit Zustimmung der übrigen Miteigentümer eine Stelle des gemeinschaftlichen Grundstücks zum *locus religiosus* machen: jeder von ihnen selbst aber kann auch ohne Zustimmung der anderen in dem gemeinschaftlichen Grundstück mit der Wirkung, daß die Stelle religiös wird, beigesetzt werden.[1]

Aber nicht das Eigentum an der Stätte scheint ausgereicht zu haben, um dieselbe durch Beisetzung einer Leiche darin religiös zu machen. Gaius II, 6 fügt noch die weitere Voraussetzung hinzu: *si modo eius mortui funus ad nos pertineat*, es muß also danach dem Bestattenden die Bestattungspflicht bezüglich dieses Toten obgelegen haben. Bestätigt wird die Äußerung des Gaius durch das, was Cicero de legib. II, 22, §§ 55—57 bei der Erörterung der Frage, *quo tempore incipiat sepulchrum esse et religione teneatur*, sagt. Erst nach völliger Beendigung des *iusta facere* ist die bis dahin nicht religiös gewesene Stätte *locus religiosus: nec tamen eorum ante sepulchrum est, quam iusta facta et porcus caesus est.* Ja, das *ius pontificale* verfügte im Fall der Verbrennung der Leiche: *priusquam in os iniecta gleba est, locus ille, ubi crematum est corpus, nihil habet religionis* (vgl. auch Serv. ad Aen. XII, 101, Fest. p. 339 b, 29 M. Paul. p. 32 M.). Bestattung einer Leiche von Seiten eines Privatmanns *in publico solo*, auf öffentlichem Grund und Boden, macht die Stätte nicht zum *locus religiosus*. Als außerhalb des collinischen Thors ein Tempel der Honos gebaut werden sollte, und in dem dazu bestimmten Areal viele Begräbnisstätten gefunden wurden, erfolgte auf Anordnung der *pontifices* die Ausgrabung der Leichen: *statuit enim collegium, locum publicum non potuisse privata religione obligari* (Cic. de legib. II § 58). Dadurch ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß auf Anordnung des Volks selbst um das Vaterland verdiente Männer *in publico solo*, selbst in der Stadt, beerdigt wurden, mit der Wirkung, daß der Platz *locus religiosus* wurde. Auch Bestattung *in solo provinciali* macht nach der Ansicht der *plerique* die Stätte nicht zum *locus religiosus* im strengen Sinn, doch aber wird solche Stätte *pro religioso* geachtet bezw. ähnlich geschützt. Hier liegt nun die Frage nahe, ob die Bestattung jeder menschlichen Leiche dieselbe Wirkung hatte. Nach einem Ausspruche des Aristo in l. 2 pr. D. de rel. 11, 7 war auch die Stätte, in welcher ein Sklave begraben war, *locus religiosus*, doch dürfte dabei nur an den Sklaven eines römischen Bürgers gedacht sein. Ob aber die Peregrinengräber denen römischer Bürgern gleichstanden, ist mir fraglich. Die *loca capta ab hostibus* hörten jedenfalls auf, religiös zu sein,[2] wie auch die eigenen *loca religiosa* der *hostes* nicht als römische *loca religiosa* gegolten haben.[3]

Wie es mit den in Rom bestatteten Peregrinen gestanden habe, wird nicht berichtet. Von einem solchen *locus* wird auch wohl gegolten haben: *etiamsi non sit religiosus, tamen pro religioso habetur.* Dafür spricht auch der von Otto Hirschfeld (Sitzungsberichte der Berliner Akademie 1895, S. 404) für einzelne Städte geführte Nachweis, daß es in denselben für die Fremden gesonderte Begräbnisplätze gab. Daß der Unterschied der *cives Romani* und der *peregrini* sich in der Schätzung ihrer Begräbnisstätten gar nicht geltend gemacht haben solle, ist an sich unwahrscheinlich.

Die Beisetzung muß sodann *perpetuae sepulturae causa* geschehen sein: eine vorübergehende Unterbringung der Leiche an einem Platze, der nicht ihr definitiver Bestattungsort sein soll, macht denselben nicht zum *locus religiosus.*[4]

[1] L. 41 D. eod. tit. [2] L. 36 D. de rel. 11, 7.
[3] L. 4 D. de sep. viol. 47, 12: *Sepulcra hostium nobis religiosa non sunt.*
[4] L. 40 D. de relig. 11, 7. Paul. sent. I, 21, 1 u. 4. L. 10 C. de religios. 3, 44.

Es galt sodann der Satz: *una sepultura plura sepulchra efficere non potest*, d. h. das Begräbnis eines Menschen, auch wenn verschiedene Stücke der Leiche an verschiedenen Orten bestattet werden, kann nicht die mehren Stätten zu *loca religiosa* machen. In solchem Fall gilt die Stätte, wo das *principale*, nämlich das Haupt, begraben ist, als *locus religiosus*.[1] Abgesehen von diesem Fall ist es aber einerlei, ob der Körper des Verstorbenen oder nur Überreste desselben (Knochen, Asche) beigesetzt werden, auch die Beisetzung von *reliquiae* macht den Platz zum *locus religiosus*.[2] Ulpian führt im 25. Buch seines Ediktkommentars (nach l. 38 D. de v. s. 50, 16) eine Labeonische Definition von *ostentum* an. Da Ulpian nun in jenem Buch von den *loca religiosa* und damit in Zusammenhang stehendem handelte, so hat er jene Definition wohl bei der Anführung des Satzes gegeben, daß der Ort, wo ein *ostentum*, d. h. eine Geburt mit nicht menschlich geformtem Kopf begraben wird, nicht *locus religiosus* werde.[3] Der *locus religiosus* ist, wie die *res sacra*, eine *res extra commercium*, also nicht möglicher Gegenstand von Privateigentum, *iura in re aliena* und von auf Begründung solcher Rechte gerichteten obligatorischen Geschäften, überhaupt dem privatrechtlichen Verkehr entzogen.

Wenn aber auch eine Stätte von einem Privatmann unter Beobachtung der rechtlichen Erfordernisse zum *locus religiosus* gemacht werden konnte, so konnte doch nicht dem zum *locus religiosus* gewordenen Platz durch Privatwillkür diese Eigenschaft wieder entzogen werden. Zur Translation der in einem *locus religiosus* befindlichen Überreste bedarf es einer Erlaubnis des *collegium pontificum*, und hört dann durch die Exhumierung die Stätte auf *locus religiosus* zu sein.[4] Auch soll den Manen des Verstorbenen dann ein Sühnopfer dargebracht werden. In den Provinzen genügte zur Translation die Erlaubnis des Statthalters.[5] Auch wenn durch unbefugte Bestattung eines Leichnams in fremdem Grundstück der Platz nicht *locus religiosus* geworden war, durfte dennoch der Eigentümer des Platzes die in demselben beigesetzten menschlichen Überreste nicht vor Erlaubnis der *pontifices* oder des Kaisers ausgraben bezw. auswerfen, wenn er sich nicht der *iniuriarum actio* aussetzen wollte. Selbst zur Ausbesserung des *sepulchrum*, in welchem ein Toter bereits beigesetzt war, bedurfte es eines *decretum pontificum*.[6]

Auch das *sepulchrum* im weiteren Sinn, d. h. das zur Aufnahme von Leichen bestimmte, noch leere Monument nebst dem dazu gehörigen Lande steht, wenn es auch nicht *res extra commercium* ist, doch unter einem besonderen Recht. Da ist dann die nächste Frage: Wie entsteht ein solches *sepulchrum* bezw. das dafür geltende Recht? Es gab in Rom alte *sepulchra gentilicia*, nach deren Entstehung ebensowenig, wie nach der der *gentes* selbst, gefragt sein wird. Aber mit dem Abkommen der *gentes* selbst verloren diese natürlich mehr und mehr an Bedeutung, wenngleich in der Kaiserzeit noch solche *sepulchra* vorkamen. In unseren Rechtsquellen findet sich der Unterschied der *sepulchra familiaria* und der *hereditaria*. Um diese Unterscheidung zu verstehen, muß die

---

[1] L. 44 D. eod. tit.

[2] L. 2 § 5. L. 42 D. eod. tit. L. 5 pr. D. de mort. inf. 11, 8. L. 1 i. f. D. de cadav. punitor. 48, 24.

[3] Vgl. Lenel, D. Edictum perpet. S. 179 A. 5.

[4] Orelli 794. L. 44 D. de relig. 11, 7.

[5] Plin. ep. X, 68. L. 1 C. de relig. 3, 44.

[6] L. 5 § 1 D. de mort. inferendo 12, 8.

Frage beantwortet werden, wie ein *sepulchrum* im weiteren Sinne entstehe. Gaius bezeichnet in l. 5 D. de rel. 11, 7 den Begründungsakt als ein *constituere*. Darunter kann nicht bloß die fertige Anlage des Begräbnisplatzes und die faktische Umgrenzung desselben verstanden sein, da der Akt bezüglich des gesamten Landgebiets, wenn dasselbe dadurch auch noch nicht zum *locus religiosus* gemacht wird, doch bestimmte rechtliche Wirkungen haben kann bezw. soll. Der bloße im Testament oder sonst geäußerte Wille des Eigentümers des betreffenden Gebiets reichte nicht aus, dasselbe zum *sepulchrum* zu machen, sondern es bedurfte dazu der Genehmigung des Pontifikalkollegiums, welches die Innehaltung der Vorschriften des *ius sacrum* zu überwachen hatte.[1] Worin diese Vorschriften bestanden, wird sich im einzelnen nicht mehr ermitteln lassen. Das aber dürfte jedenfalls verlangt sein, daß das zum *sepulchrum* gehörige Areal genau bestimmt und äußerlich durch Grenzzeichen gehörig erkennbar gemacht und für eine *custodia*, eine *tutela* desselben gesorgt wurde. Irgend welche Veröffentlichung der Stiftung des *sepulcrum* und der *lex* desselben, etwa durch eine Aufschrift auf dem Monument, wird zur Perfektion derselben nötig gewesen sein. Im Eigentum des Begründers bezw. dessen, dem er es zugewandt hatte, blieb das *sepulchrum*, solange es nicht religiös geworden war, und dieses Eigentum bezw. das an einzelnen Stellen desselben, welche *loca pura* bleiben sollten, konnte veräußert, vererbt werden. Aber durch eine unter Genehmigung der *pontifices* dem *sepulchrum* gegebene *lex* konnte dasselbe unter ein bestimmtes, auch den Eigentümer beschränkendes Recht gestellt werden. So heißt es in dem Testament eines Galliers I. 25: *loco autem huic haec lex in perpetuum dicitur* u. s. w., ferner in der Grabschrift bei Maffei, Mus. Ver. p. 320, 3: *huic monumento intercedit lex* u. s. w.[2] In solcher den Charakter einer Stiftung tragenden *lex* konnte der Stifter über die gewöhnlichen Befugnisse des Privaten hinausragende, autonomische Bestimmungen treffen, selbstverständlich nur unter Genehmigung der *pontifices* und innerhalb der Bestimmungen des *ius sacrum*. Damit hängt nun jene Unterscheidung zwischen den *sepulchra familiaria* und den *sepulchra hereditaria* zusammen. Nach der Definition des Gaius in l. 5 D. de relig. 11, 7 sind *sepulchra familiaria* solche, *quae quis sibi familiaeque suae constituit*, die *hereditaria* solche, *quae quis sibi heredibusque suis constituit*. Der Definition der letzteren sind Ulpian's Worte in l. 6 pr. D. eod. tit. hinzugefügt: — *vel quod paterfamilias iure hereditario adquisivit*. Dieser

[1] Daß die Stiftung eines Grabmals mit seinem Recht nur im Testament des Stifters geschehen könne, wie Huschke, Die Multa S. 325, annimmt, ist zu bestreiten. Die Wirkungen der Stiftung reichen über die gewöhnliche Dispositionsfähigkeit eines Privatmanns, auch die testamentarische, hinaus. Vgl. auch C. J. L. IX, 1729. VI, 10675, 2120.

[2] Vgl. andere Erwähnungen solcher *leges* bei Merkel, Sepulkralmulten S. 116. Es giebt Inschriften, welche bei Grabmonumenten einer *lex publica* Erwähnung thun (C. J. L. VI, 9404, 10235), ihrem Inhalte nach aber nichts Besonderes bieten, sondern nur den *itus aditus ambitus* bezüglich des Grabes betreffen. *Lex publica* kann hier doch unmöglich eine *lex publica populi Romani*, ein Staatsgesetz bedeuten. Der Ausdruck kann hier eine insgemein übliche, allgemein gebrauchte *lex* bedeuten. und das war die *lex* mit dem vorher angegebenen Inhalt in der That. Man vergleiche l. 5 D. de sepulchro violato 47, 12: *Utimur eo iure, ut dominis fundorum, in quibus sepulchra fecerint, etiam post venditos fundos adeundorum sepulchrorum sit ius. legibus namque praediorum vendundorum cavetur, ut ad sepulchra, quae in fundis sunt, item eius (l. itus actus) aditus ambitus funeri faciendi sit*, ferner die sehr zahlreichen Inschriften, die dieses Vorbehalts Erwähnung thun, bei Wamser (De iure sepulcrali Romanorum quid tituli doceant. Darmstadt 1867) p. 17 sqq. *Lex publica* könnte aber auch eine, etwa durch eine Inschrift, veröffentlichte *lex* bedeuten.

Zusatz erklärt sich wohl so. Ein bereits für den Eigentümer des Grundstücks und seine Erben konstituiertes *sepulchrum* konnte, bevor es in Funktion gesetzt war, veräußert, etwa einem anderen geschenkt werden, der es nun *hereditario iure* erwarb. Ein Beispiel solchen Erwerbs eines bereits konstituierten *sepulchrum* bietet die bekannte *donatio* der Statia Irene an den M. Licinius Timotheus vom Jahre 252 n. Chr. Es gab übrigens auch eine Mischform beider Arten der *sepulchra*, nämlich ein *sepulchrum tam hereditarium quam familiare*, wie aus l. 13 C. de relig. 3, 44 zu ersehen ist. Das *ius* am *familiare sepulchrum* im strengen Sinn, also an dem, was der Begründer *sibi familiaeque suae constituit*, geht nur auf die zur *familia* im altrömischen Sinne gehörigen Personen über, einerlei, ob sie Erben des Begründers geworden sind oder nicht (l. 13 C. cit.: *ad familiam etiam si nullus ex ea heres sit)*. Das *ius sepulchri hereditorii* geht auf die Erben des Begründers oder Erwerbers, auch auf die *extranei heredes*, über.

Ausführlicher läßt sich darüber Ulpian in l. 6 pr. D. de rel. 11, 7 aus. Seine Worte: *Sed in utroque heredibus* u. s. w. können zu dem Mißverständnis verleiten, als ob die folgende Erörterung über die Berechtigten sich auf das *sepulchrum familiare* und das *hereditarium* bezöge. Sie beziehen sich aber nur auf die beiden Unterarten des *sepulchrum hereditarium*, von denen unmittelbar vorher die Rede gewesen ist: auf das, *quod quis sibi heredibusque suis constituit* und das, *quod paterfamilias iure hereditario acquisivit*. Bei diesen *sepulchra hereditaria* soll das *ius sepulchri* übergehen auf die *heredes ceterique successores* (also auch die *bonorum possessores*, wie denn im folgenden die *liberi*, *filiifamilias* und *emancipati*, genannt sind), testamentarische und Intestaterben, wenn sie auch nur *ex minima parte* Erben geworden sind. Dem *bonorum possessor* ist auch bezüglich der *iura sepulchrorum* der gleichgestellt, *cui bona (libertatium conservandarum gratia) addicta sunt* (l. 4 § 21 D. de fid. lib. 40, 5). Bei der Restitution aber der Erbschaft an einen Universalvermächtnisnehmer sollen die *iura sepulchrorum* dem Erben verbleiben (l. 42 § 1 D. ad Sct. Trebell. 36, 1). Bleiben sollen sie auch denen, welche vom *ius abstinendi* Gebrauch gemacht haben, denn *ipso iure* sind sie immer noch *heredes*. Selbst einem Erben, dem die Erbschaft als einem *indignus* entrissen ist, bleiben die *iura sepulchrorum* (l. 33 D. de rel. 11, 7). Die *exheredati* müßten streng genommen ausgeschlossen sein. Wenn sie aber der Erblasser nicht ausdrücklich, *iusto odio commotus*, vom *sepulchrum* ausgeschlossen, sollen sie *humanitatis causa* doch in demselben beerdigt werden dürfen.

Zu fragen bleibt, ob nicht ein paar Stellen der Rechtsquellen mit den hier dargelegten Sätzen in Widerspruch stehen. Zunächst könnte es scheinen, daß l. 4 C. de relig. 3 44, in den Worten: — *sed et, si familiare fuit, ius eius ad omnes heredes pertinere nec divisione ad unum heredem redigi potuisse* den Übergang des *ius sepulchri* beim *sepulchrum familiare* auf alle Erben ausspreche, während nach der vorhergehenden Darlegung für die Berechtigung beim *sepulchrum familiare* Erbenqualität nicht erforderlich ist. Allein einmal ist zu berücksichtigen, daß die Stelle ein Reskript ist, also in dem dem Kaiser vorgetragenen Falle vielleicht alle Berechtigten Erben waren. Sodann aber ist nicht außer acht zu lassen, daß den Gegensatz zu *omnes heredes* der *unus heres* bildet, dem etwa *divisione* das *ius sepulchri* allein zugesprochen war. Alle Erben werden hier zur *familia* des Testators gehört haben, und es wird ausgesprochen, daß nicht *divisione* auf einen einzigen von ihnen das *ius sepulchri* beschränkt werden könne. Ferner kann Bedenken erregen l. 5 C. eod. tit., wonach *ius familiarium sepulchrorum ad adfines seu cognatos non*

heredes constitutos minime pertinet. Unter *non heredes constitutos* kann man nicht solche verstehen, die nicht zu Erben eingesetzt sind *(heredem constituere* ist kein gebräuchlicher Ausdruck für die Einsetzung eines Erben). *Non heredes constituti* kann wohl nur bedeuten: nicht in der Lage von *heredes* befindlich, nicht unter die *heredes* gestellt. Als *heredes* sind hier die zur *familia* gehörigen Personen gedacht, welche als Glieder der *familia* zu den *heredes* gehören, in welcher Lage sich die Kognaten und Affinen nicht befinden. Ähnliches gilt wohl von dem Schluß der l. 13 C. eod. tit.: — *familiaris autem ad familiam — — non etiam ad alium quemquam qui non heres est pertinere potest.* Das Bedenken ist beseitigt, wenn man *heres* in dem strengen Sinne des zur *familia* gehörigen *heres* nimmt, wozu man hier berechtigt sein dürfte, da vorher im Gegensatz dazu die Worte *ad extraneos etiam heredes* sich finden. Beim *familiare sepulchrum* sind aber unter *familia* gewiß nur die zur *familia* gehörigen Nachkommen des Stifters verstanden, nicht seine agnatischen Seitenverwandten (und Gentilen), und bei diesen Nachkommen stand wohl jeder Grad dem anderen gleich. Beim *hereditarium sepulchrum* werden unter den *heredes* nicht bloß die Erben des Stifters, sondern auch die Erben dieser Erben u. s. w. zu verstehen sein. Da möchte aber auch beim Fehlen von Nachrichten anzunehmen sein, daß die Erben des Stifters vor den Erben dieser Erben den Vorzug haben. Unzweifelhaft wird über diese Fragen sowohl beim *familiare* als beim *hereditarium sepulchrum* die *lex sepulchri* nähere Bestimmungen haben treffen können.[1] So stand den *liberti* das *ius sepulchri* beim *sepulchrum hereditarium* zu, wenn sie von dem Patron, dem Begründer, zu Erben eingesetzt waren.[2] Das *ius* am *sepulchrum familiare* aber stand ihnen an sich nicht zu, da sie zwar zur *familia* gehörten, aber nur als passive Mitglieder, denen gegenüber vom Patron und dessen agnatischen Nachkommen die Familienrechte geltend gemacht werden konnten.[3] Daran konnte auch eine bloße *inscriptio* auf den Monumenten nichts ändern, wohl aber wahrscheinlich eine wirkliche *lex sepulchri*, welche die Genehmigung der *pontifices* erhalten hatte.[4] Die vielfach auf den Grabschriften sich findende Formel: *ne de nomine meo exeat* mag aus solchen *leges sepulchrorum*, welche die Freigelassenen mit zuließen, herrühren. Die auf den Grabschriften sich findende Formel: *hoc monumentum heredem non sequetur*, und die seltenere: *hoc monumentum heredem sequetur* deutet wohl nur an, daß das Monument ein *sepulchrum familiare* oder ein *hereditarium* sei.[5]

Vielfach findet sich in den Grabinschriften das Verbot für die Erben, das *sepulchrum* irgendwie zu veräußern. Solches Verbot kann sich natürlich nur auf das zum *sepulchrum* gehörige Land beziehen, welches nicht religiös geworden ist;

[1] Z. B. Or. 4403: *ut usque ad unum ex domo eorum qui extiterit possideat, ne ad exterum perveniat.*

[2] L. 6 pr. D. de rel. 11, 7. [3] L. 6 C. de rel. 3, 44.

[4] Darauf deutet hin Or. 4395: *excepitque ne quis eos (sc. hortos cum monumento) venderet, sed per genus ipsorum possessio decurreret vel per atnatos vel manumissos.* Ferner C. J. VI, 8456.

[5] Merkel in der Göttinger Festgabe für Ihering, Über die sogenannten Sepulkralmulten S. 86 ff., macht nicht zu billigenden Unterschied zwischen der Bestimmung: *hoc monumentum heredem non sequetur* und der: *hoc monumentum extraneum heredem non sequetur*, während der von ihm nicht berücksichtigte Luebbert, Commentat. pontif. p. 66, über die Formel: *h. m. h. n. s.* schon richtig bemerkte, daß sie mit der: *h. m. extraneum heredem non sequetur* gleichbedeutend sei. Welche Bedeutung aber die Formel: *heredem non sequetur* im Gegensatz zu der: *heredem extraneum non sequetur* haben solle, darüber vermißt man eine Aufklärung bei Merkel.

denn das religiös Gewordene konnte selbstverständlich nicht veräußert werden. Die Frage ist, ob ein Verbot des Stifters, die zum *sepulchrum* gehörigen *loca pura* zu veräußern, rechtliche Wirkungen hatte? Nichtig wird die Veräußerung kaum gewesen sein, auch wenn das Verbot in die *lex sepulchri* aufgenommen war. Es ist nicht anzunehmen, daß die Autonomie des Privatmanns so weit reichte, als es für eine solche Wirkung seines Verbots erforderlich gewesen wäre, und auch die Sanktion der *pontifices* hätte daran nichts ändern können, denn es handelt sich hier um eine Frage, welche über das Gebiet des *ius sacrum* hinaus in das gemeine bürgerliche Recht hinübergreift. Etwaigen Zweifel über die Wirkung solchen Verbots sollte vielleicht das in l. 9 C. de relig. 3, 44 enthaltene Reskript beseitigen: *Locum quidem religiosum distrahi non posse manifestum est. verum agrum purum monumento cohaerentem profani iuris esse ideoque efficaciter venumdari non est opinionis incertae.* Wenn nun ein Grundstück, innerhalb dessen ein *sepulchrum* lag, verkauft wurde, so gebührten die in der Umgebung des *sepulchrum* gelegenen, etwa für Gartenanlagen bestimmten *loca pura* dem Käufer, wenn sie nicht besonders beim Verkauf ausgenommen waren. Insoweit aber wurde ihre Zugehörigkeit zum *sepulchrum* berücksichtigt, daß sie vermöge der hinzugefügten Klausel *si quid sacri vel religiosi est, eius venit nihil*, als vom Verkauf ausgenommen galten (l. 22 D. de contr. emt. 18, 1).

Worin bestanden nun aber die *iura sepulchrorum?* Abgesehen von dem Recht der Sorge für das *sepulchrum*, über welche in der *lex sepulchri* näheres festgesetzt sein mochte, stand den zu dem Kreise der Berechtigten gehörigen Personen nicht bloß das Recht zu, selbst in dem *sepulchrum* bestattet zu werden, sondern auch die Befugnis zum *mortuos inferre*, zur Bestattung anderer in demselben, natürlich innerhalb der Schranken, welche die *lex sepulchri* rechtmäßig gesetzt hatte. Mehrere, denen gleichzeitig die *iura sepulchri* zustanden, beschränkten sich natürlich gegenseitig in der Ausübung derselben. Eine solche gegenseitige Beschränkung trat natürlich auch ein, wenn mehrere Miteigentümer eines Grundstücks zusammen auf demselben ein *sepulchrum* stifteten.[1]

Innerhalb der Grenzen seines *ius sepulchri* kann nun der Berechtigte bezüglich einzelner Grabstellen einem andern das Recht, darin bestattet zu werden, sowie einen andern darin zu bestatten, durch Verkauf, Schenkung, Legat u. s. w. einräumen. Dieses abgeleitete Recht, wie es Mommsen passend bezeichnet, ist von dem ursprünglichen, gemäß der Stiftung zustehenden Recht wohl zu unterscheiden. Es kann keineswegs bloß den Inhalt haben, selbst an der betreffenden Stelle beigesetzt zu werden, sondern den weiteren, einen Toten darin zu bestatten.[2] Namentlich scheint dies in der Weise vorgekommen zu sein, daß jemandem ein paar *ollaria, cineraria* in dem *sepulchrum* (für die Überreste Abgeschiedener) zu seiner Disposition eingeräumt wurden.[3]

In der *lex sepulchri* kann der Stifter Strafen, *multae*, gegen diejenigen androhen, welche seine Bestimmungen übertreten oder das *sepulchrum* verletzen

[1] Vgl. darüber Mommsen, Zum römischen Grabrecht, in der Zeitschr. d. Savignystiftung XVI, S. 206 f.

[2] Vgl. die Belege bei Mommsen, a. a. O., nam. l. 14 C. de legat. 6, 37.

[3] Um die Einräumung eines solchen *ius sepeliendi* an den betreffenden noch leeren *ollaria* bezw. *cineraria* handelt es sich in der bekannten *Donatio Fl. Artemidori* aus dem 2. Jahrhundert n. Chr. Ob die Anwendung der Manzipationsform auf die Einräumung dieses *ius sepeliendi* wirklich durch das spätere Recht zugelassen ist oder eine mißbräuchliche war, scheint einstweilen noch nicht entschieden werden zu können. Vgl. Mommsen, a. a. O. S. 209 A. 2 und die dort noch angeführten Inschriften.

würden. An der Rechtsgültigkeit solcher Strafdrohungen auch Dritten gegenüber, welche vom Stifter in seinem Testament nicht bedacht waren, wird unter der Voraussetzung nicht zu zweifeln sein, daß die Grabstiftung samt den Bestimmungen der *lex sepulchri* den Vorschriften des *ius sacrum* bezw. einem Dekret der *pontifices* gemäß erfolgt war. Namentlich die Höhe der zulässigen Strafdrohung dürfte kaum ganz der Willkür der Stifters überlassen gewesen sein.

Zum Schutz der *iura sepulchrorum* gab es zwei Interdikte[1]: das *de mortuo inferendo* und das *de sepulchro aedificando*. Das erste Interdikt soll den, welcher das Recht zur Einbringung einer Leiche in einen Platz und zur Bestattung dieser Leiche in demselben hat, gegen eine Behinderung in dem Ausübendürfen dieses Rechts schützen. Dieser Schutz erstreckt sich auf ein Doppeltes, wie in den Worten: *Quo quave — eo eave* — angedeutet ist.[2] Wohin und auf welchem Wege er das Recht des *inferre mortuum* hat, dahin und auf diesem Wege einzubringen, soll er nicht verhindert werden (l. 1 § 1 D. de mortuo inferendo 11, 8: — *prohiberi autem inferre videtur, sive in locum inferre prohibeatur sive itinere arceatur*). Ausdrücklich wird noch in l. 1 § 3 D. eod. tit. gesagt, daß, wenn jemand in der Ausübung einer *servitus viae* nach dem Grundstück, in welches er die Leiche einbringen will, oder einer anderen Servitut (etwa *aquaehaustus* für das *sepulchrum*) gehindert werde, unser Interdikt ihm zustehe. Dasselbe steht übrigens nicht bloß zu, wenn das *ius inferendi mortuum* bezüglich eines bereits als *sepulcrum* dienenden Platzes, sondern auch, wenn es bezüglich eines *locus purus* zusteht.

Von besonderem Interesse ist aber, was Papinian in l. 43 D. de relig. 11, 7 ausführt. Er sagt hier, es gebe Personen, welche zwar nicht das Recht hätten, einen Platz zum *locus religiosus* zu machen, wohl aber das *interdictum de mortuo inferendo* wirksam anstellen könnten. Dahin gehöre der Proprietar bezüglich des Grundstücks, an welchem ein anderer ein Nießbrauchrecht habe, auch der Miteigentümer. Dieselben könnten nicht gegen den Willen des Usufruktuars, des anderen Miteigentümers einen Platz des Grundstücks zum *iustum sepulchrum*, d. h. zum *locus religiosus* machen. Der *stricta ratio* nach, sagt Papinian, könnten also Proprietar und Miteigentümer ohne Zustimmung des Usufruktuars oder des anderen Miteigentümers auch nicht *mortuum* in das Grundstück *inferre*, dieser nach könnten sie daran verhindert werden. Aber diese *stricta ratio* müsse der *publica utilitas*, der *ratio, quae pro religione facit* nachstehen, und diese verlange, *ne insepulta cadavera iacerent*. Es fragt sich nun, ob es bei der durch das Interdikt durchgesetzten Beisetzung der Leiche in dem Grundstück gegen den Willen des Usufruktuars bezw. Miteigentümers sein Bewenden habe. Dafür kommen in Betracht die Worte l. 6 § 6 D. comm. div. 10, 3: *Si quis in communem locum mortuum intulerit, an religiosum fecerit videndum. et — — locum autem purum alter non potest facere religiosum. Trebatius autem et Labeo quamquam putant non esse locum religiosum factum, tamen putant in factum agendum.* Es soll also eine *actio in factum* stattfinden, wenngleich durch die Beisetzung der Leiche im gemeinschaftlichen Grundstück von seiten des einen Miteigentümers gegen den Willen des andern der Platz nicht zum

[1] Ohne Zweifel gab es zum Schutz des an einem fremden Monument bestehenden *ius mortuum inferre invito te* auch eine der *actio confessoria* vergleichbare *actio*. Sowie dieses *ius* in der Form der Manzipation bestellt werden konnte, mußte es auch vindiziert werden können.

[2] L. 1 pr. D. de mortuo inferendo 11, 8.

locus religiosus gemacht sei. Es scheint daraus hervorzugehen, daß es Fälle gab, in welchen, wenn auch der betreffende Platz durch die Beisetzung nicht *locus religiosus* geworden war, dem dadurch Benachteiligten eine Klage auf Entschädigung gegen den Beisetzer der Leiche gegeben wurde. Die für den hier in Frage stehenden Fall zustehende *actio in factum* kann nur die sein, auf welche sich das in l. 2 § 2 D. de relig. 11, 7 erhaltene Ediktsstück bezieht: *Sive homo mortuus ossave hominis mortui in locum purum alterius aut in id sepulchrum, in quo ius non fuerit, illata esse dicentur*, in Anknüpfung an welches Ulpian sagt: *qui hoc fecit, in factum actione tenetur et poena pecuniaria subicietur.* Auf dieses Edikt ist später zurückzukommen, zunächst handelt es sich hier um die auf Grund desselben gegebene *in factum actio*. Diese ist nicht etwa auf die *poena* gerichtet, sondern einmal ist der Übertreter des Edikts der *actio in factum* ausgesetzt, und außerdem soll ihn die *poena* treffen. Über das Ziel der *in factum actio* gewährt l. 7 pr. D. de relig. 11, 7 Aufschluß: *Is qui intulit mortuum in alienum locum, aut tollere id quod intulit aut loci pretium praestare cogitur per in factum actionem, quae tam heredi quam in heredem competit et perpetua est.* Nach Pescatore[1] soll hier eine alternative Obligation vorliegen, bei welcher wie gewöhnlich, der Verpflichtete die Wahl habe, ob er den Leichnam herausnehmen oder den Wert des zur Beerdigung verwendeten Bodens bezahlen wolle. Ubbelohde[2] meint gar, für beide Alternativen diene eine besondere *actio in factum*, ohne Zweifel mit gleichlautender *intentio*. Wie er sich diese *intentio* denkt, hat sich meiner Erkenntnis entzogen. Bei der Wahl der Alternative der Fortschaffung des Leichnams kann der Kläger, sagt Ubbelohde, wenn der Gegner der Aufforderung zum Fortschaffen des Leichnams nicht nachkommt, nach eingeholter Ermächtigung seitens des *collegium pontificium* oder des *princeps* selbst die Exhumation vornehmen. Was soll denn aber die *actio in factum*, deren Formel doch eine *condemnatio pecuniaria* hat? Auch Brinz[3] spricht für unseren Fall von einer gesetzlichen Alternativität im Inhalt der Einen Obligation. Doch gelte das nur von der Intention oder von der Liberierung, nicht von der *condemnatio*. Die Verweisung dabei auf l. 6 § 1 D. de r. i. 42, 1 zeigt, daß Brinz in Wahrheit nur an eine *facultas alternativa* denkt. Meines Erachtens war die hier in Frage stehende *in factum actio* eine *arbitraria*, deren Formel ich mir etwa so vorstelle: *Si paret, N^{um} N^{um} mortuum in fundum A^{i} A^{i} invito A^{o} A^{o} intulisse, eius arbitratu tuo N^{us} N^{us} mortuum, quem intulit, tollet, quanti ea res erit N^{um} N^{um}. Si A^{o} c., s. n. p. a.* Kommt hier der Beklagte der Aufforderung des *iudex*, die Leiche fortzuschaffen bezw. das dazu Erforderliche zu thun, nicht nach, so erfolgt die Geldkondemnation, und infolge der Zahlung der *litis aestimatio* wird dann der Platz doch zum *locus religiosus*. Zu dieser Auffassung der Klage als einer *actio arbitraria* passen die Worte: *aut tollere id quod intulit aut loci pretium praestare, cogitur per in factum actionem* sehr gut. — Dem Ediktsstück, welches diese *actio in factum* versprochen haben muß, in l. 2 § 2 D. relig. 11, 7 gehen im pr. und § 1 der Stelle erklärende Worte voraus, von denen Mommsen in seiner Ausgabe annimmt, daß sie ursprünglich erst später auf jenes Ediktsstück gefolgt seien. Lenel[4] dagegen, welcher unter der Gesamtrubrik *de religiosis et sumptibus funerum* mehrere Edikte, und zwar zunächst eines unter der speziellen Rubrik: *si quis mortuum in locum alterius intulerit vel inferre curaverit*

[1] Die sog. alternativen Obliegenheiten S. 80. [2] A. a. O. I, S. 107 A. 27.
[3] Pandekten 2. Aufl. II, S. 102 f. [4] Edictum S. 179 insbes. A. 4.

aufführt, nimmt an, daß Ulpian in l. 2 pr. § 1 Bemerkungen zur Rubrik des Edikts mache. Abgesehen davon, daß eine Rubrik jenes Wortlauts nur auf Hypothese beruht, muß man doch fragen, wie der Ediktskommentator dazu kommen sollte, die Worte der Rubrik und nicht die gleichlautenden Worte des darunter folgenden Edikts zu erklären und dann doch wieder die Worte der Rubrik nur teilweise zu erklären (denn das *inferre* wird doch erst in dem auf die Anführung des Edikts folgenden § 3 erläutert)? Das uns erhaltene Ediktsstück zeigt aber, daß es nicht den Beginn des in Frage stehenden Edikts bildete, sondern aus dem Satzzusammenhange herausgerissen ist: es beginnt mit *sive*, ohne daß ein weiteres *sive* folgte. Das entsprechende *sive* kann man natürlich nicht in dem dem Worte *ossa* angehängten *ve* sehen, denn durch dieses wird nur der gleichgültige Unterschied zwischen *homo mortuus* und den *ossa homini mortui* angedeutet, das entsprechende *sive* gehört vielmehr dem uns nicht erhaltenen Ediktsteile, welcher dem überlieferten wohl vorausging. Die Kompilatoren, welche es gestrichen haben, mochten doch fühlen, daß den Titel mit einem aus dem Zusammenhang gerissenen Ediktsstück zu beginnen, nicht besonders schicklich sei; sie zogen es vor, einige in Ulpian's Kommentar diesem Ediktsstück folgende Sätze von dieser ursprünglichen Stelle wegzurücken und dem Ediktsstück vorauszustellen. Ob sich der uns fehlende Satzteil hierauf bezogen hat, steht dahin. Möglich ist, daß das in l. 8 § 2 D. h. t. in Bezug genommene Edikt: *(Si in locum publicis usibus destinatum intulerit quis mortuum, praetor in eum iudicium dat, si dolo fecerit)*, dessen Wortlaut uns damit wohl kaum genau überliefert ist, mit dem in l. 2 § 2 D. h. t. überlieferten Ediktsstück zu einem Satze verbunden war. Jedenfalls soll eine *actio in factum* gegeben werden, möge jemand unberechtigt in dem *locus purus* eines anderen oder in einem bereits in Funktion gesetzten *sepulchrum* oder dolos in einem *locus publicis usibus destinatus* eine Leiche beigesetzt haben. Es war durch Ausspruch des Pontifikalkollegiums anerkannt, daß ein Privatmann nicht das Recht habe, in öffentlichem Boden eine Leiche zu bestatten. Cic. de leg. II, 23, 58: — — *sic decretum a pontificum collegio, non esse ius, in loco publico fieri sepulchrum* — — —. *sed quom multa in eo loco sepulchra fuerint, exarata sunt: statuit enim collegium, locum publicum non potuisse privata religione obligari.* Die auf den *locus alienus* sich beziehende *actio in factum* wird als eine aktiv und passiv vererbliche sowie als eine *perpetua* bezeichnet, sie hatte also den Charakter einer reipersekutorischen Klage.

Neben dem *interdictum de mortuo inferendo* wird noch eine *actio in factum* genannt von Ulpian in l. 8 § 5 D. h. t., kurz, ohne sich weiter über das Verhältnis beider zu einander auszulassen. Näher handelt darüber l. 9 D. eod. aus Gaius' Kommentar zum *edictum provinciale: Liberum est ei qui prohibetur mortuum ossave mortui inferre aut statim interdicto uti, quo prohibetur ei vis fieri, aut alio inferre et postea in factum agere: per quam consequetur actor, quanti eius interfuerit prohibitum non esse, in quam computationem cedit loci empti pretium aut conducti merces, item sui loci pretium, quem quis, nisi coactus est, religiosum facturus non esset.*

Das Interdikt ist wohl ohne Zweifel das ältere Rechtsmittel. In der Natur der Sache liegt, daß ein Rechtsmittel, welches den, der das *ius inferendi mortuum* hat, in der Durchsetzung dieses Rechts schützen will, früher aufgekommen ist, als eines, welches ihm, falls er infolge der Behinderung von der Beisetzung der Leiche an der betreffenden Stelle Abstand genommen und

dieselbe anderswo bestattet hat, einen Ersatzanspruch gewährt. Besondere Umstände müssen zu der Einführung dieser *in factum actio* den Anstoß gegeben haben. Es ist immerhin bemerkenswert, daß Ulpian in l. 8 § 5 D. cit. das Nebeneinanderbestehen von *actio in factum* und *interdictum* nur kurz erwähnt, während Gaius in der oben angeführten aus seinem Kommentar zum *edictum provinciale* das Verhältnis derselben ausführlicher darlegt. Mochten Interdikte zu jeder Zeit angestellt werden können oder nicht, in den weitausgedehnten Provinzen müssen die Fälle viel häufiger gewesen sein, in welchen ein Bürger den Statthalter nicht vor der definitiven Beisetzung der Leiche um die Erteilung des Interdikts bitten konnte, als in Rom und Italien. Auch konnte ein Peregrine sich des Interdikts nicht bedienen. Hier war man dringend auf das andere Auskunftsmittel hingewiesen. Als sich die *in factum actio* praktisch bewährt hatte, mag sie dann erst in das städtische Edikt aufgenommen worden sein. Das betreffende diese *actio* versprechende Ediktsstück ist uns nicht erhalten. Rudorff und Lenel lassen es unter der Rubrik: *si — — inferri prohibitus esse dicetur* auf die auf unberechtigte Illation bezüglichen Edikt-klauseln folgen. Indessen da nach Gaius der an der Illation Verhinderte die Wahl zwischen dem sofortigen Anstellen des Interdiktum *de mortuo inferendo* und der Anstellung der *in factum actio* nach Beisetzung der Leiche an anderer Stelle haben soll, so ist mir wahrscheinlicher, daß eine die *in factum actio* zur Anwahl stellende Ediktsklausel dem Formular jenes *interdictum* angehängt ist. Den kurzen Titel *de mortuo inferendo et sepulchro aedificando*, unter welchem als größeres Fragment sich nur eines aus dem 68. Buch von Ulpian's Edikt-kommentar findet (in welchem er Interdikte behandelte), haben wohl erst die Kompilatoren gebildet, um die auf die Beisetzungen sich beziehenden Rechtsmittel bei einander zu haben. Der Kodex, welcher die Ediktsanordnung zuweilen treuer erhalten hat, als die Digesten, kennt an derselben Stelle (vor dem Titel *de rebus creditis)* nur einen Titel: *de religiosis et sumptibus funerum* (3, 44). Ebenso haben Paul. sent. an derselben Stelle (vor dem Titel *de rebus creditis et de iureiurando)* nur einen Titel: *de sepulchris et lugendis* (I, 21).

Gaius behandelt übrigens in seinem Kommentar zum Provinzialedikt die auf die Leichenbestattung bezüglichen Rechtsmittel erst im 19. Buch, „d. h. hinter dem Titel *de legatis*, in Gesellschaft der Titel *de operis novi nuntiatione* und *de damno infecto*". Lenel[1] erklärt das mit Recht daraus, daß das Provinzialedikt keinen Titel *de religiosis* hatte, da der Provinzialboden nach Gai II, 7 nicht im eigentlichen Sinne religiös werden konnte. Nichtsdestoweniger pro *religioso habetur*, das Provinzialedikt kannte auch die auf die Bestattung bezüglichen Rechtsmittel, und Gaius wird der Anordnung des Provinzialedikts in seinem Kommentar gefolgt sein. Meines Erachtens ist die Stellung unserer Rechtsmittel in der unmittelbaren Nachbarschaft der *operis novi nuntiatio* und der *cautio damni infecti* so zu erklären. Schon die XII Tafeln scheinen eine Bestimmung enthalten zu haben, daß, wer auf seinem Grundstück ein *sepulchrum* baue, eine bestimmte Entfernung von dem Nachbargrundstück innehalten solle.[2] Gegen den, welcher nun in einer der gesetzlichen Bestimmung zuwiderlaufenden Nähe im Verhältnis zum Nachbargrundstück ein *sepulchrum* bauen will, kann von dem Eigentümer desselben *operis novi nuntiatio* eingelegt werden. Wenn ferner einem Grabmonument von einem nicht in ungesetzlicher Nähe

[1] Edictum S. 6. [2] L. 4 § 2 D. de mortuo inferendo 11, 8.

liegenden Gebäude ein Schaden droht, so kann der, *ad quem ius monumenti pertinet*, die *cautio damni infecti* begehren.[1] Es bestanden also zwischen den Instituten der *operis novi nuntiatio* bezw. der *cautio damni infecti* und den Grabmonumenten Beziehungen, welche die Stellung von auf die Beisetzung in diesen bezüglichen *actiones* neben jenen als erklärlich erscheinen lassen. Im städtischen Edikt hat die Stellung des Titels *de religiosis* bestimmt der Gesichtspunkt des Schutzes des Eigentums und anderer dinglicher Rechte gegen unbefugte Illation von Leichen und andererseits der Schutz des *ius monumenti* bezw. *ius sepeliendi* gegen Behinderung an der Bestattung. Die Edikte: *si locus religiosus pro puro venisse dicetur* und *de sumptibus funerum* sind, wie LENEL[2] wohl mit Recht sagt, bloß attrahiert und auch von uns an dieser Stelle nicht zu berücksichtigen.

Die *actio in factum*, welche dem an der Beisetzung einer Leiche Behinderten, der diese dann an anderer Stelle beigesetzt hat, gegeben wird, geht auf *quanti eius interfuerit prohibitum non esse*, *in quam computationem cadit* der Preis, welchen er für den nun gekauften Platz gegeben, oder der Preis des bereits ihm gehörigen Platzes, welchen er jetzt nur gezwungen zum *locus religiosus* gemacht, *aut loci conducti merces.*

Wie ist es denn aber denkbar, daß jemand einen Platz zum Zweck der Beisetzung einer Leiche nur pachtet, da derselbe doch zum *locus religiosus* gemacht werden soll, wozu doch der bloße Pächter nicht berechtigt scheint? Entweder muß man an eine bloß zeitweilige Unterbringung der Leiche denken, wodurch der dafür gemietete Platz gar nicht zum *locus religiosus* gemacht wurde, oder es ist eine Erbpacht gemeint. Darauf könnte die Inschrift Or. 4431 Brundisii) schließen lassen: *neque ulli licebit locationis causa in annis centum quanloque tranvendere.* Es war ja in vielen *leges sepulchrorum* der Verkauf oder ähnliche Veräußerung von irgend welchen zum *sepulchrum* gehörigen Stücken, auch wenn diese nicht *loci religiosi* waren, untersagt, Veräußerungen natürlich auch zu dem Zweck, daß fremde Leichen in den veräußerten Plätzen beigesetzt werden sollten. Solche Verbote mochten in der Weise umgangen sein, daß die Veräußerung nur auf 100 Jahre vorgenommen wurde, also nur ein Erbpachtrecht mit der Verpflichtung des Erwerbers zur Entrichtung eines *vectigal* bestellt wurde. Mochte der Platz, auf welchem der Erbpächter einen Toten bestattet, auch nicht in strengem Sinn religiös werden, so mag doch auch von ihm gesagt sein: *pro religioso habetur*, und sollte solcher Platz auch rechtlich nicht, wie ein *locus religiosus*, geschützt sein, so mögen doch Bestattungen dieser Art bezw. jene sie ermöglichenden Geschäfte nicht selten vorgekommen sein, namentlich in den Provinzen, in denen ja auch die Beisetzung von seiten des Eigentümers der betreffenden Stelle nicht zum *locus religiosus* im technischen Sinne machen konnte. — Gaius spricht in l. 9 cit. seine Verwunderung darüber aus, warum es festzustehen scheine, daß die hier in Frage stehende *actio in factum* auf Entschädigung weder dem Erben noch gegen den Erben gegeben werde. Er hält sie für eine rein reipersekutorische *actio.* Aber er selbst sagt: *in quam computationem cadit loci empti pretium* u. s. w. Daß damit das ganze in Frage kommende Interesse erschöpft ist, trifft nicht zu. Gaius zeigt hier einmal, daß er sich nicht immer in echt römische Anschauungen hineinfinden kann. Die Römer sahen die Behinderung der Beisetzung einer Leiche an einem Orte, wo sie rechtmäßig beigesetzt werden konnte, als eine Kränkung, Beleidigung

[1] L. 13 § 7 D. de damno inf. 39, 2. [2] A. a. O. S. 80.

des Andenkens des Verstorbenen bezw. des an der Beisetzung behinderten Berechtigten an, und von dieser Anschauung aus erscheint die Klage als eine der sogen. *vindictam spirantes.*[1]

Wer das Recht hat, in einem Platz eine Leiche wider den Willen eines anderen beizusetzen, darf an diesem Platz auch ein Grabmonument erbauen und soll in der Ausübung dieses Dürfens durch ein eigenes *interdictum prohibitorium* geschützt werden, weil das religiöse Interesse dafür spricht, daß Grabmonumente erbaut und ausgeschmückt werden. Als eine Hinderung am *aedificare* wird auch die Hinderung an der Herbeischaffung des zum Bau notwendigen Materials u. dgl. betrachtet (l. 1 § 5 ff. D. de mort. inf. et sepulchro aedif. 11, 8).

Ein letztes hier zu betrachtendes Rechtsmittel zum Schutz der Grabstätten ist die prätorische *sepulchri violati actio.* Unter *sepulchrum* ist dabei *omnis sepulturae locus* verstanden. Das *dolo malo violare* ist ein deliktisches Handeln. Es muß also ein vorsätzliches, das *violare* beabsichtigendes Handeln vorliegen, auch muß bei dem Thäter Zurechenbarkeit vorhanden sein (l. 3 § 1 D. de sepulchro violato 47, 12). Unter den Begriff des *violare* fällt nicht bloß Zerstörung, Beschädigung des Grabmals, Auskratzen oder Fälschen der Inschriften, sondern auch Erbrechen, Öffnen des Grabes, Hineinbringen von Leichen wider den Willen des zur Disposition über das Grab Berechtigten u. s. w. Als beleidigt gilt durch solches *violare is, ad quem pertinet,* d. h. eben derjenige, welcher die Disposition über das Grabmal hat. Sein Anspruch aus der ihm durch das *violare sepulchrum* widerfahrenen Beleidigung geht nicht aufs Interesse im reipersekutorischen Sinne, sondern auf Genugthuung, *poena, vindicta,* welche vom *iudex* frei abgeschätzt werden soll *(quanti ob eam rem aequum videbitur.* Welche Momente bei dieser Abschätzung in Betracht kommen können, deutet l. 3 § 8 D. h. t. an: *Qui de sepulchri violati actione iudicant, aestimabunt, quatenus interest scilicet ex iniuria quae facta est, item ex lucro eius qui violavit, vel ex damno quod contigit, vel ex temeritate eius qui fecit.*

Wenn keiner da ist, *ad quem res pertinet,* oder wenn er nicht klagen will, so soll jedem, der klagen will, eine Klage auf 100 *aurei* (= 100000 Sesterzen) gegeben werden. Wenn mehrere klagen wollen, so soll der zur Klage zugelassen werden, *cuius iustissima causa esse videbitur.*

Für den Fall dolosen Wohnens oder des Innehabens eines Gebäudes auf dem Gebiet des *sepulchrum,* welches nicht den Zwecken desselben dient, wird dem, der klagen will, eine Klage auf 200 *aurei* (= 200000 Sesterzen) versprochen. Über die populare Natur der *actio sepulchri violati* ist an anderer Stelle gehandelt.

Die *actio sepulchri violati* macht immer das durch die Grabschändung verletzte Gefühl, sei es dessen, der das *ius sepulcri* hat, sei es jedes Bürgers geltend. Die *sepulchri violatio* hat aber noch eine andere Seite: die Beleidigung der Manen des Verstorbenen. Abgesehen von der religiösen Sühne, welche etwa einzutreten hat, wurde solche Beleidigung der Manen durch *sepulchri violatio* in der Kaiserzeit als ein *crimen extraordinarium* behandelt, welches mit schwerer Strafe bedroht war (Paul. I, 21, 5; l. 3 § 7 D. de sep. viol. 47, 12; l. 1 C. Th. de sep. v. 9, 17).[3] Zu Zeiten der Republik mag in besonders schlimmen

[1] Vgl. Glück, Kommentar 11 S. 452 ff. Kierulff, Theorie S. 228. Savigny, System V, S. 200 f. L. 6 C. de sepulchro violato 9, 19.

[2] L. 20 § 5 D. de a. v. o. h. 29, 2. L. 6 u. 10 D. de sep. viol. 47, 12.

[3] Von diesem *crimen extraordinarium* ist die *actio sepulchri violati* in ihrer Stellung in den Digesten 47, 12 attrahiert worden.

fällen eine Anklage beim Volk durch Tribunen oder Ädilen stattgefunden haben. Regelmäßig dienten aber wohl dem Zweck der Genugthuung für die beleidigten Manen die Sepulkralmulten. Während die *actio sepulchri violati* dem verletzten Gefühl der Lebenden Genugthuung verschaffen soll, dienen die Sepulkralmulten dem Zweck, den beleidigten Manen, insbesondere des Grabstifters, Genugthuung zu verschaffen. Sie sollen daher auch nicht einem Privatder. Popularkläger, sondern ihrem ursprünglichen Wesen nach dem *aerarium populi* bezw. den *pontifices* oder Vestalinnen zufallen. Voraussetzungen und Grenzen der Befugnis des Grabstifters, solche Sepulkralmulten mit rechtlicher Kraft festzusetzen, müssen, wie hier nochmals zu wiederholen ist, wahrscheinlich durch das *ius sacrum*, möglicherweise auch durch ein nicht mehr bekanntes Volksgesetz festgesetzt gewesen sein.

Von den sämtlichen hier dargestellten, auf die *sepulchra* bezüglichen Rechtsmitteln sind wohl ohne Zweifel die *interdicta* die ältesten. Als jünger sind anzusehen die Ediktsbestimmungen über unbefugte Illation von Leichnamen in einen *locus publicus*, einen fremden *locus purus* bezw. fremde Grabstätten und die darauf sich stützenden *actiones in factum*, als jünger auch die wahrscheinlich zuerst in Provinzialedikten aufgestellte *actio in factum* dessen, der an der berechtigten Beisetzung einer Leiche behindert wurde. Alle diese Rechtsmittel aber sowie die *actio sepulchri violati* reichen in die Zeiten der Republik zurück (Labeo und Trebatius werden bei der Erörterung derselben in den Ediktskommentaren erwähnt).

Es fragt sich, ob die auf *res sacrae* und *religiosae* bezüglichen Interdikte auch auf die *res sanctae* Anwendung gefunden haben. Lenel, Edictum S. 366, nimmt dies an. Für die Frage kommen allein die Mauern der Städte in Betracht. Das *pomerium*, d. h. der innerhalb und außerhalb der Mauer längs derselben sich hinziehende geheiligte Streifen, war, wie Livius I, 44 mitteilt, durch Grenzzeichen kenntlich gemacht, *ut neque interiore parte aedificia moenibus continuarentur (quae nunc vulgo etiam coniungunt) et extrinsecus puri aliquid ab humano cultu pateret soli:* es war ein *spatium, quod neque habitari neque arari fas erat.* Diese Freihaltung auch des innerhalb der *muri* befindlichen Streifens von Gebäuden war ein Gebot des *fas*, welches daher auch von den Wächtern des *fas* aufrecht zu erhalten war. Noch später wird ausgesprochen, daß das *violare muros* mit Kapitalstrafe bedroht sei (l. 11 D. div. rer. 1, 8). Livius deutet aber auch in der citierten Stelle an, daß die Freihaltung des *pomerium* von Gebäuden nicht mehr beobachtet würde. Es dürfte aber die Wahrung dieser nicht im Interesse einzelner Bürger, sondern im unmittelbar öffentlichen Interesse vorgeschriebenen Freihaltung nicht durch Interdikte, sondern durch unmittelbaren Polizeizwang erfolgt sein. Auch in den Municipien gelten *muri* und *portae* als *res sanctae*, ohne Erlaubnis des *princeps* oder *praeses provinciae* ist es nicht einmal gestattet, sie auszubessern „*nec aliquid eis coniungere vel imponere*“ (l. 9 § 4 D. de div. rer. 1, 8). Die Bemerkung in l. 8 § 1 D. eod. 1, 8: — *prohiberique oportere ne quid in his (sc. muris municipiorum) immitteretur* möchte ich nicht auf ein Interdikt, sondern auf unmittelbaren Polizeizwang beziehen.

Von den auf die *res publico usui destinatae* sich beziehenden Interdikten sind drei Kategorien zu unterscheiden: 1. die auf den *locus publicus* im allgemeinen sich beziehenden Interdikte, 2. die auf öffentliche Wege sich beziehenden, 3. die auf öffentliche Flüsse sich beziehenden.

Die öffentlichen Wege und Flüsse haben das miteinander gemein, daß sie zu einer bestimmten Art der Benutzung oder doch vorwiegend zu einer Art der Benutzung dienen: sie dienen als Verkehrsstraßen, sie sind zum Gehen, Reiten, Fahren, Schiffen bestimmt, und die nicht schiffbaren Flüsse haben wenigstens das mit den schiffbaren gemein, daß sie, durch irgend welche Vorkehrungen in ihnen in einen den *accolae* schadenbringenden Zustand versetzt, ihnen gefährlich werden können. Der Begriff der *loci publici* im allgemeinen ist ein so weiter, daß man nicht von einer gemeinsamen bestimmten Art der Benutzung derselben reden kann. Derselbe *locus publicus* kann möglicherweise dem einen diesen, dem anderen jenen Vorteil bieten. Ausgeschlossen sind Orte, die nicht im Eigentum des *populus*, sondern des *fiscus* stehen. Abgesehen davon aber ist der Begriff nach Labeo's Definition in l. 2 § 3 D. ne quid in loco publico 43, 8 so weit, *ut et ad areas et ad insulas et ad agros et ad vias publicas itineraque publica pertineat.* Leicht kann da nun ein *facere in loco publico* oder ein *immittere* in denselben, insbesondere ein *aedificare*, dem einen Nutzen, dem anderen Schaden bringen. Den hier maßgebenden Gesichtspunkt bringt Ulpian in l. 2 § 2 D. ne quid in loco publico 43, 8 zum Ausdruck. Nachdem er vorausgeschickt, daß die *loca publica* den Interessen und Bedürfnissen der Privatleute dienen, nämlich *iure civitatis* d. h. in ihrer Eigenschaft als Bürger, *non quasi propria cuiusque*, nicht etwa so, als ob sie ihnen als Privateigentum zugehörten, fährt er fort: *et tantum iuris (in iis) habemus ad optinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet.* Jeder hat soviel Recht zum Behaupten, Behalten des bereits Geschehenen, Hergestellten, als der andere zum Verhindern des noch nicht Durchgeführten, was ihm Schaden bringen würde. Es ist das die Erklärung der dem Interdiktsformular angehängten Edikt-klausel: *De eo quod factum erit, interdictum non dabo.* Im § 17 sagt Ulpian: *Si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non esse eum cogendum tollere, ne ruinis urbis deformetur, et quia prohibitorium est interdictum, non restitutorium.* Der Grund „*ne urbs ruinis deformetur*" kann nicht für Bauten *in publico* außerhalb der Stadt angeführt werden, und der zweite Grund erklärt nicht, warum denn in diesem Fall kein *interdictum restitutorium* gegeben wird. Den wirklich entscheidenden Gesichtspunkt hat Ulpian schon im § 2 angegeben: Wo die Interessen verschiedener Bürger bezüglich eines *facere in publico* bezw. eines *immittere in publicum* in Kollision kommen, insofern dasselbe für den einen vorteilhaft, für den anderen schädlich ist, da geht, falls das *facere, immittere* noch nicht durchgeführt ist, das Interesse des Prohibenten vor, ihm wird gegenüber dem ihm schädlichen *facere, immittere* ein *interdictum prohibitorium* gegeben. Wo aber das *facere, immittere* ohne Hinderung bereits durchgeführt ist, vollendet vorliegt, da hat der, welcher es durchgeführt, ein Recht das bereits Geschehene zu behaupten, es wird gegen ihn kein Interdikt auf Restitution gegeben. Nur hat der Beamte, *qui operibus publicis procurat*, falls das Gebäude dem Gebrauch und Interesse des Staats selbst hinderlich ist, für die Niederreißung desselben Sorge zu tragen; wenn dies aber nicht der Fall ist, ihm einen Bodenzins aufzuerlegen. Ein *nocere, damnum dare* durch *facere, immittere* wird schon darin gesehen, daß der Betroffene ein *commodum*, einen Vorteil verliert, den er *ex publico consequebatur*, z. B. wenn ihm durch den Bau des anderen der Zugang zu seinem Grundstück genommen oder verschlechtert, wenn ihm die Aussicht oder Licht genommen bezw. geschmälert werden würde.

In das Interdiktsformular ist die *exceptio* aufgenommen: *praeterquam quod*

ge *senatusconsulto edicto decretove principum tibi concessum est.* Gestattet also er *princeps* jemandem, selbst so zu bauen, daß es mit dem Nachteil eines nderen geschehe, so kann dagegen das Interdikt nicht gebraucht werden. ber eine einfache kaiserliche Erlaubnis, zu bauen oder sonst ein *opus in ublico* vorzunehmen, wird dahin ausgelegt, daß es ohne Nachteil für einen nderen geschehen solle (l. 2 §§ 10 u. 16 D. h. t.). Wird jemand an einem erechtigten Thun auf öffentlichem Grund und Boden gehindert, so daß damit ein Vermögensnachteil für ihn verbunden ist, z. B. auf öffentlichem Felde zu pielen, in öffentlichem Theater zuzuschauen, in öffentlichem Bade zu baden, o ist dieses Interdikt nicht begründet, aber auch kein anderes, sondern es ürde nur die *iniuriarum actio* Platz greifen.

Von dem dem eben besprochenen zunächst stehenden *interdictum de loco ublico fruendo* ist schon in anderem Zusammenhange ausführlich gehandelt orden.

Eine zweite Kategorie von öffentlichen Sachen sind die öffentlichen Wege, eren Bestimmung es ist, *ut ea (sc. via) publice iretur, commearetur.* Es gab zuächst ein Interdikt, welches jedes *facere* auf einer *via publico* oder einem *iter ublicum* bezw. ein *immittere* verbot, wodurch der öffentliche Weg verschlechtert urde.[1] Zur Einleitung der Erörterung dieses Interdiktsformulars handelt Ulpian m dem Unterschied der *via publica* und der *privata.* Der Boden des öffentchen Weges steht nach ihm im Eigentum des Staates, gleich bei Begründung es betreffenden Gemeinwesens ist von dem Gründer desselben *(qui ius publindi habuit)* der Boden für den Weg in bestimmt abgegrenzter Breite und ichtung im öffentlichen Eigentum zurückgelassen, nicht mit assigniert.[2] Gerade e Hauptlinien der Limitation wurden zu Fahr- und Landstraßen hergerichtet. n Ulpian's Worten (l. 2 § 21 D. ne quid in l. p. 43, 8): — *solum publicum t, relictum ad directum certis finibus latitudinis* ist also nichts abzuändern (nicht wa das *ad* in *aut*). Zu den *viae publicae* gehören aber nicht bloß die großen e *consulares* oder *praetoriae*, sondern auch die von denselben ausgehenden, eselben unmittelbar fortsetzenden, nach Villen, Gehöften, Niederlassungen hrenden Wege, welche für alle, für den gemeinen Gebrauch bestimmt sind. öglicherweise können *viae vicinales, quae in vicos ducunt*, auch über Privateigenm führen: dennoch werden sie, falls sie rechtlich allen zum Gebrauch offen ehen, zu den *viae publicae* gerechnet. — Das gegen Verschlechterung der ege gerichtete Interdikt bezieht sich nicht auf die *viae urbicae*, da die Fürrge für dieselben den öffentlichen Beamten übertragen ist, welche also errderlichenfalls mit unmittelbarem polizeilichen Zwange einzuschreiten haben.[3] aß nicht auch bei einer völligen Sperrung oder Verengerung einer nicht zu m *viae urbicae* gehörigen Straße die öffentlichen Beamten einschreiten könnten, t damit nicht gesagt (l. 2 § 25 D. eod. tit.). Aber gegen Einleiten von

[1] L. 2 § 20 ff. D. ne quid in loco publico 43, 5.

[2] So scheint es die ursprüngliche Regel gewesen zu sein. Bei den Militärkolonien rden die Wege mit assigniert. Vgl. Rechtsgeschichte I, S. 319.

[3] Das hier und bei der Besprechung der *res sanctae* Gesagte zeigt namentlich, warum ich Auffassung Pernice's (Ztschr. d. Savignystiftung XVII, S. 194 ff.), wonach die Interdikte gistratische Befehle zur Wahrung des gemeinen Friedens sind, insoweit nicht teilen kann, nach derselben der Prätor dabei das Wohl der Gesamtheit im Auge haben, nicht von den teressen des Einzelnen ausgehen soll. Gewiß kommt bei manchen der Interdikte der Einne nur als *civis* in Betracht; wo aber das Wohl oder unmittelbare Interesse der Gesamtheit solcher in Betracht kommt, da greift der unmittelbare polizeiliche Zwang ein.

Kloaken, Wasser auf den öffentlichen Weg, gegen Weiden von Vieh auf denselben, wodurch er verschlechtert wird, u. dgl. richtet sich das Interdikt. Einerlei ist, ob durch das betreffende *facere immittere* der Weg sofort verschlechtert würde oder diese Verschlechterung erst später in Aussicht stünde. Als verschlechtert erscheint aber der Weg, wenn seine Tauglichkeit für seine Bestimmung, für das Gehen, Fahren u. s. w. verdorben wird, z. B. wenn er aus einem ebenen zu einem hügeligen, unebenen, aus einem trockenen zu einem sumpfigen wird.

Neben dem *interdictum prohibitorium* ist ein *restitutorium* aufgestellt gegen den, welcher das auf dem öffentlichen Wege Gemachte, Hergestellte, welches denselben schädlich ist oder zu werden droht, innehat, auf Herstellung des früheren Zustandes.[1] Dieses Interdikt geht nicht gegen den Urheber der Vorrichtung als solchen, sondern gegen den, welcher das Hergestellte innehat *(factum immissum habet)*, es gebraucht, mag er es auch hergestellt oder später durch Kauf, Erbfolge u. s. w. erworben haben. Doch geht das Interdikt auch gegen den, welcher *dolo malo fecit, quominus possideret vel haberet.* Die Restitution muß von dem, *qui factum habet*, wenn er selbst der Urheber des *opus* ist, oder dasselbe auf sein Geheiß bezw. mit seiner Genehmigung hergestellt ist, auf seine eigenen Kosten geschehen. Wenn er aber nur als *factum habens* haftet, so braucht er nur zu dulden, daß der Kläger auf seine Kosten die Herstellung des früheren Zustandes vornehme. Beide auf die Wegeverschlechterung bezüglichen Interdikte gehören zu den *perpetua* und *popularia.*

Es giebt sodann noch ein Interdikt zum Schutz des Gemeingebrauchs öffentlicher Wege, zu dem sie bestimmt sind, gegen Hinderung am *ire agere*. Auch dieses ist ein Popularinterdikt.

Wie bei einer privaten Wegegerechtigkeit der Berechtigte zum Schutz der Ausübung seines *ius reficiendi* ein besonderes Interdikt hat, so steht in Bezug auf öffentliche Wege jedem Bürger, der den öffentlichen Weg ausbessern will, ein Interdikt zum Schutz in der Ausübung dieses Dürfens zu.[3] Der Schutz geht aber nur auf Ausbesserung, d. h. Herstellung in den früheren Zustand mit der ausdrücklichen Hinzufügung, daß der Weg durch die betreffenden Arbeiten nicht verschlechtert werde. Das *reficere* begreift das *aperire* und *purgare*, d. h. die Herstellung zu der alten Höhe und Breite, und des alten Zustands der Ebenheit der Fläche, unter Beseitigung dessen, was sich darauf gelagert hat. Schutz dagegen bezüglich irgend welcher Veränderung der Beschaffenheit des Weges findet nicht statt.

Eine weitere Kategorie der zum öffentlichen Gebrauch bestimmten Sachen sind die öffentlichen Flüsse. Zu den öffentlichen Flüssen gehören nur die *perennia*, die beständig fließenden. Das eine der für die *flumina publica* aufgestellten Interdikte bezieht sich nur auf die *flumina navigabilia*, die schiffbaren Flüsse: es dient zum Schutz der Schiffahrt. Das Interdikt verbietet nämlich jedes *facere immittere in flumine publico ripave eius*, wodurch der sichere Standort für die Schiffe und der Wasserweg für die Schiffe und Flöße verschlechtert werde.[4] Solche Verschlechterung findet statt, wenn durch zu starke Wasserableitung der Wasserstand so vermindert wird, daß die Schiffahrt längere Zeit unterbrochen wird, oder wenn durch eine Erweiterung des

[1] L. 2 § 35 D. eod. tit. [2] L. 2 § 45 D. eod. tit.
[3] L. 1 pr. D. de via p. et itinere p. reficiendo 43, 11. [4] L. 1 pr. D. de flum. 43, 12.

Bettes das Wasser zu seicht für die Schiffahrt wird, oder wenn durch eine zu große Verengerung das Gefälle des Wassers zu reißend für die Schiffahrt wird. Die Ripa im Sinne des Interdikts ist als ein Teil des öffentlichen Flusses zu fassen, es ist nicht das im Privateigentum stehende anliegende Land, es sind die oberen Ränder des Flußbettes, also das, was den Fluß umfaßt, und zwar wohl soweit, als der Fluß regelmäßig, ohne Überschwemmung zu steigen pflegt. Labeo befürwortete eine Anwendung des Interdikts mit veränderter Fassung auf nicht schiffbare Flüsse, durch welche derjenige geschützt werden sollte, welcher *opera* im Flußbett beseitigen wollte, durch welche der Wasserlauf behindert würde. Ein *ad eandem causam pertinens interdictum restitutorium* soll gegen den gegeben werden, welcher eine für den sicheren Standort der Schiffe und die Schiffahrt schädliche Anlage besitzt.[1] Wenn der, welcher die Anlage besitzt, sie auch hergestellt, so hat er hier, wie bei anderen Interdikten dieser Art, die Wiederherstellung des früheren Zustandes auf eigene Kosten zu beschaffen; ist er aber nicht Urheber des *opus*, so hat er nur *patientiam* zu prästieren.

Ein weiteres *interdictum prohibitorium* verbietet jedes *facere immittere in flumine publico ripave eius*, infolgewovon das Wasser anders fließt, als es in der *prior aestas* geflossen ist.[2] Dieses Interdikt bezieht sich auf schiffbare und nicht schiffbare öffentliche Flüsse. Es bezieht sich nur auf das Bewirken solcher Veränderungen, welche den Anwohnern einen Nachteil, ein *incommodum* bringen. Vor allem bezieht es sich also auf Wasserableitungen so übermäßiger Art, daß infolgedavon der Fluß austrocknet bezw. auszutrocknen droht, sodann aber auch auf Anlagen, welche die Weise und Richtung des Wasserlaufs in einer für den Anwohner schädlichen Weise abändern, also etwa dem Wasserlauf eine Richtung mehr nach dem einen Ufer geben in einer für dieses schadendrohenden Weise, oder das Gefälle reißender machen in einer für die Anwohner gefährlichen Weise u. s. w.

Zweifel scheint unter den Juristen die Frage veranlaßt zu haben, ob, wenn der Befestigung des Ufers halber bezw. zum Schutz der angrenzenden Ländereien Anlagen gemacht werden sollen, durch welche eine den Anwohnern gefährliche Änderung des Wasserlaufs bewirkt werden würde, das Interdikt vermöge einer in das Formular einzurückenden *exceptio* wirkungslos gemacht werden könne oder nicht. Praktischen Rechtens war, daß der Prätor hier nach Prüfung der Umstände die *exceptio* gewährte oder versagte: die sich einander entgegenstehenden Interessen waren hier nach Billigkeit gegeneinander abzuwägen; doch sagt Ulpian: *plerumque utilitas suadet exceptionem istam dari.* Wie die *prior aestas* hier zu verstehen sei, ist bereits an früherer Stelle (II, 496f.) dargelegt. Das Interdikt ist ein Popularinterdikt, es steht aber nicht *adversus omnes* zu, wie das *int. de via publica et it. publico reficiendo*, sondern nur gegen den, welcher durch *facere immittere* bewirken würde, daß die *aqua aliter flueret.*[3] Nach l. un. § 10 D. ne quid in f. p. 43, 13 soll das Interdikt auch *in heredes* gehen. Schmidt[4] und mit ihm Mommsen[5] sind der Meinung, dieser Paragraph

[1] L. 1 § 19 D. eod. tit. [2] L. 1 pr. D. ne quid in fl. p. 43, 13.

[3] In den Worten der l. un. § 9 D. ne quid in flumine publico 43, 13: *verum adversus eum qui deneget, ut aliter aqua flueret, cum ius non haberet*, enthält *deneget* eine Korruptel, aber *id egit* an die Stelle zu setzen, geht auch nicht an. Auf das *id agere* kommt es nicht an, sondern auf das (*immittendo*) *efficere, ut aliter aqua flueret.* Es muß also *efficit* oder ein gleichbedeutendes Wort von Ulpian geschrieben sein.

[4] Interdiktenverfahren S. 161. [5] Digesta II, p. 581 Note 5.

sei von den Kompilatoren umgestellt, in dem Ulpianischen Werk habe er von dem in den Pandekten erst von dem 11. Paragraphen an behandelten *interdictum restitutorium* gesprochen. Aber dieses *restitutorium* geht gegen den, welcher *factum* bezw. *immissum habet*, welcher das Gemachte hat, und dieses *habere* ist nichts Vererbliches. Man kann auch nicht mit Ubbelohde durch eine Ergänzung helfen: *sed non quasi in heredes, sed quia habent.* Ubbelohde[1] beruft sich dafür auf eine nach seiner Meinung genau entsprechende Bemerkung hinsichtlich der passiven Vererbung der Noxalklagen in l. 42 § 2 D. de nox. act. 9.4: *competent — adversus successores, sed non quasi in successores, sed iure dominii*, aber das *dominium* ist doch etwas Vererbliches, durch die Succession Übergehendes, das *habere* eines *factum* oder *immissum* aber nicht: das *habere* muß er immer selbst noch *adquirere*, wenn auch auf Grund der Erbfolge.

Über das entsprechende *interdictum restitutorium*, welches gegen den auf Restitution geht, der ein *in flumine publico factum* bezw. *immissum habet*, infolge welches das Wasser anders als in der *prior aestas* fließt, bleibt nichts weiter zu bemerken. Auch dieses geht gegen den, *qui dolo fecit quominus haberet.*

Wie es im Edikt ein Interdikt zum Schutz des Gebrauchs öffentlicher Wege zum Gehen, Reiten u. s. w. gab, so war ein entsprechendes auch zum Schutz des Gebrauchs öffentlicher Flüsse zur Schiffahrt und Flößschiffahrt angestellt. Durch eine Anhangsklausel wird ein solches Interdikt auch in Bezug auf öffentliche Seen, Teiche, Kanäle versprochen. Das Interdikt verbietet nicht bloß die Behinderung der Schiffahrt, sondern auch die Störung im Ein- und Ausladen von Lasten am Ufer, denn das Ufer eines öffentlichen Flusses, auch wenn es im Privateigentum steht, unterliegt nach dieser Richtung dem Gemeingebrauch (l. 5 pr. D. de d. r. 1, 8). Seen, Teiche können möglicherweise auch im Privateigentum stehen, sie können aber auch *publica* sein. Nach welchem Kriterium bestimmt werde, ob das eine oder andere der Fall sei, wird nicht gesagt. Auch hier wird es die *magnitudo* bezw. die historisch gegebene Auffassung der Umwohner sein, welche die Entscheidung geben. *Lacus* wird definiert als ein stehendes Gewässer, welches beständig Wasser hat, *stagnum* als ein stehendes Gewässer, welches nur zeitweilig, namentlich im Winter Wasser hat, *fossa* endlich als ein durch Menschenhand hergestellter Wasserbehälter. Denen, welche See oder Teich vom römischen Staat oder von einer Gemeinde gepachtet haben, soll wegen Behinderung am Fischen auch ein Interdikt gegeben werden. Endlich soll ein solches auch dem gegeben werden, welcher daran gehindert wird, Vieh (zum Tränken) in einen öffentlichen Fluß bezw. an dessen Ufer zu treiben.[2]

Der römische Staat und die römischen Gemeinden erkannten die Pflicht, für den Schutz der Ufer von öffentlichen Flüssen und des angrenzenden Landes zu sorgen, nicht in umfassender Weise an. Es blieb also den Uferanliegern meistens überlassen, selbst für die Befestigung der Ufer zu sorgen; doch wird in den Schriften der Feldmesser mehrfach ausgesprochen, daß jeder sein Ufer nur, ohne einem anderen Schaden zuzufügen, schützen dürfe.[3] Wie nun in der Vornahme der Ausbesserung von öffentlichen Wegen jemand durch pri-

[1] A. a. O. IV, S. 528.

[2] Unrichtiges hierüber bei Ubbelohde, IV, S. 495.

[3] Vgl. namentlich Frontin de controv. agror. p. 51, v. 1 sq. — *et iure continetur, si quis ripam suam in iniuriam vicini munire velit.* Hygin. de gen. controv. p. 124 v. 16 sq. u. a. Stellen.

hibitorisches Interdikt geschützt wurde, so hatte auch, wer Arbeiten zum Zweck der Befestigung des Ufers eines öffentlichen Flusses ausführen wollte, Anspruch auf Schutz durch ein solches Interdikt. Dieses Interdikt verbietet Behinderung an der Vornahme eines *opus* im Fluß oder am Ufer desselben zum Schutz des Ufers und des Ackers um das Ufer, vorausgesetzt, daß durch solches *opus* die Schiffahrt nicht verschlechtert werde. Da ferner die Uferbefestigung nicht *in iniuriam alterius* geschehen soll, so können die, welchen durch dieselbe ein Schaden droht, vor der Vornahme derselben von dem, der das *opus* vornehmen will, *cautio damni infecti* begehren: die Erteilung des Interdikts wird geradezu davon, daß dem Interdiktsbeklagten in der gehörigen Weise *cautio damni infecti* gestellt werde, abhängig gemacht. Nach hergestelltem *opus* kann diese Kaution nicht mehr begehrt werden. Da aber die infolge der Herstellung des *opus* für andere Uferanlieger sich ergebenden Gefahren in der Regel nicht vorübergehender, sondern dauernder Natur sind, so soll die Kaution auf 10 Jahre gestellt werden müssen.

Nicht ganz klar ist es, wann Kaution durch *satisdatio*, wann durch bloße *repromissio* zu leisten sei. Nach dem in l. 15 § 2 D. de damno inf. 39, 2 referierten Ediktsstück: *de eo opere, quod in flumine publico ripave eius fiet, in annos decem satisdari iubebo* muß, scheint es, immer *satisdatio* geleistet werden, und damit stimmt überein die Äußerung in l. 1 § 7 de stip. praet. 46, 5: *Item ex causa damni infecti interdum repromittitur, interdum satisdatur: nam si quid in flumine publico fiat, satisdatur, de aedibus autem repromittitur.* Nun aber wird in dem Interdiktsformular selbst[1] unterschieden zwischen *vel cautum vel satisdatum est — caveatur vel satisdetur*, ohne daß angedeutet würde, wann *cautio*, wann *satisdatio* zu leisten sei. In dem Kommentar zum Formular heißt es dann § 3: — *de damno futuro debet vel cavere vel satisdare secundum qualitatem personae.* Nach Burckhard[2] und Ubbelohde[3] soll, wenn der die Kaution Verlangende dies in eigenem Namen thue, er Satisdation begehren können; thue er es aber zwecks Wahrnehmung des allgemeinen Besten, so müsse ihm Verbalkaution genügen. Wie könnte das aber als eine Unterscheidung *secundum qualitatem personae* bezeichnet werden? Wie ließe sich auch denken, daß der Prätor selbst im Interdiktsformular in keiner Weise angedeutet habe, in welchen Fällen Kaution durch bloße *repromissio*, in welchen durch *satisdatio* geleistet werden solle, während er das doch sonst, z. B. gerade in dem Edikt über die *cautio damni infecti*, nicht unterläßt? Außerdem entspricht die Bezeichnung des Gegensatzes der bloßen Verbalkaution und der Kaution durch Bürgschaft durch *cavere vel satisdare* nicht dem Sprachgebrauch der klassischen Zeit, welcher vielmehr *repromittere* dem *satisdare* entgegensetzt.[4] Wo *cavere vel satisdare* in jenem Sinne nebeneinander gestellt wird, verrät sich dadurch immer die Hand der Kompilatoren.[5] Das justinianische Recht hat ja auch sonst die Angehörigen gewisser hoher Beamtenklassen, wo von anderen Realkaution geleistet werden muß, von dieser befreit. Dem entspricht es, daß in unserem Fall nach justinianischem Recht von solchen höherstehenden Personen nur Verbalkaution, von niedriger stehenden Realkaution geleistet werden mußte. Bei

[1] L. un. pr. D. ripa munienda 43, 15.

[2] Die cautio damni infecti S. 479 A. 47. [3] A. a. O. IV, S. 542.

[4] L. 1 §§ 5 u. 7 D. de stip. praet. 46, 5. L. 5 § 17. L. 20 § 13 D. de op. n. n. 39, 1. L. 9 §§ 4 u. 5, l. 10, l. 11, l. 13 pr. u. § 1, l. 30 § 1 D. de damno inf. 39, 2. Lex Rubria c. 20. [5] Vgl. auch Lenel, Paling. II, S. 814 in den Noten zu Nr. 1521.

dieser Auffassung wird die Unterscheidung auch bezogen auf die Person des Kaventen, auf den sie bei unbefangener Auffassung der Worte der l. un. § 3 *Is autem, qui ripam vult munire, de damno futuro debet cavere vel satisdare secundum qualitatem personarum* zu beziehen ist. Zu der Annahme, daß das Edikt selbst bezw. der Kommentar zu demselben an eine Unterscheidung nicht dachte, passen die Worte der l. un. § 4 D. h. t. sehr gut: *Dabitur autem satis vicino sed et his, qui trans flumen possidebunt.* Hier werden überhaupt alle Personen zusammengefaßt, welche dem Interdikt gegenüber Kaution begehren können. Wenn jemand den, welcher ein *opus* zum Zweck des Uferschutzes vornehmen will, daran namens eines anderen hindern will, so ist mit dem Interdikt der zu belangen, in dessen Auftrag jener gehandelt, der Interdiktsbeklagte hat also immer *suo nomine* die Kaution zu begehren. Will jemand solches *opus* nicht in seinem oder eines Auftraggebers Interesse, sondern zwecks Wahrnehmung des allgemeinen Besten verhindern, so kann er überhaupt keine *cautio damni infecti* begehren.

Die *in integrum restitutio.*

1. Rechtsmittel wegen Zwangs.

§ 115. Bekanntlich ist das historische Verhältnis der Rechtsmittel wegen Zwangs ein sehr bestrittenes: die einen halten die *in integrum restitutio*, die anderen die *actio quod metus causa* für das ältere Rechtsmittel. Nun hat es unzweifelhaft zwei Edikte über die prätorische Behandlung erzwungener Akte gegeben, was in der Deduktion SCHLIEMANN's[1] über das historische Verhältnis beider Rechtsmittel gänzlich verkannt wird. Das eine ist dasjenige, wodurch die *actio in quadruplum*, also die *actio quod metus causa*, versprochen wird. Es ist seinem Wortlaut nach nicht überliefert, aber der Inhalt ist in l. 14 § 1 D. quod metus causa 4, 2 so wiedergegeben: *Si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur — — post annum vero in simplum actionem pollicetur, sed non semper, sed causa cognita.* Damit ganz übereinstimmend heißt es in l. 4 C. de his quae vi 2, 19 (20): — *iuxta perpetui formam edicti intra annum quidem agentes, quo experiundi potestas est, si res non restituatur, quadrupli referetis condemnationem, — — post annum vero causa cognita eadem actio in simplum permittitur.* Dieses Edikt, welches jene *actio* versprach, kann nicht das seinem Wortlaut nach in l. 1 pr. D. 4, 2 überlieferte Edikt gewesen sein, welches lautet: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.* Dieses Edikt pflegt man als ein allgemeines aufzufassen; es habe, sagt SAVIGNY,[2] so allgemein gelautet, daß es in der That auf beiderlei Schutzmittel gepaßt habe. LENEL[3] aber meint, der Prätor habe sich damit die Art seines Eingreifens im Einzelfall vorbehalten. Es kann nun nicht geleugnet werden, daß die Juristen später bei ihren allgemeinen Erörterungen über die Grundlagen der Rechtsmittel wegen Zwangs, die ihnen gemeinsam waren, auf jenes Edikt als ihr gemeinsames Prinzip zurückgingen. Aber eine ganz andere Frage ist es, ob der Prätor es in diesem allgemeinen Sinne aufgefaßt habe. Die Aufstellung eines so allgemeinen Edikts, auf Grund dessen entweder *actio* oder Restitution gewährt werden könnte, wäre etwas Beispielloses. Auf Grund jenes Edikts kann also nur Restitution gewährt sein, die ja allerdings noch auf verschiedenem Wege

[1] Die Lehre vom Zwange § 2. [2] System Bd. VII, S. 193. [3] *Edictum* S. 90.

gewährt wurde, entweder ganz im Wege der *cognitio praetoria* oder durch Gewährung einer *actio rescissoria* oder durch Gewährung einer *exceptio*. Im Hinblick auf solche verschiedene Möglichkeiten mag sich das Edikt des allgemeinen Ausdrucks „*ratum non habebo*" bedient haben. — Der Zeitpunkt der ersten Aufstellung der *actio quod metus causa* läßt sich mit Sicherheit bestimmen. Cicero bezeichnet in Verr. 2, 3, 65 § 152 das *iudicium*, welches von dem Prätor Siciliens, L. Metellus, erbeten wird (*ut ex edicto suo iudicium daret in Apronium: Quod per vim aut metum abstulisset*), als *formula Octaviana* und führt dabei an, daß Metellus diese Formel auch zu Rom in seinem Edikt proponiert gehabt habe.[1] Sie wird durch einen Praetor urbanus Octavius, entweder Gnaeus Octavius (Cos. a. 675) oder Lucius Octavius (Cos. a. 679) im Edikt aufgestellt sein. Daß sie auch bald in die Provinzialedikte überging, zeigt Cicero's vorher in Bezug genommene Äußerung (*quam formulam Octavianam et Romae Metellus habuerat et habebat in provincia*). Dazu stimmt es, daß Gaius in seinem Kommentar zum *edictum provinciale* von ihr handelt (l. 10 D. h. t. namentlich aber l. 19 eod. tit.: *Quod autem in heredem eatenus pollicetur actionem proconsul, quatenus ad eum pervenerit, intellegendum est ad perpetuo dandam actionem pertinere*). Durch außerordentliche Verhältnisse ist die Aufstellung der strengen Klage *in quadruplum* veranlaßt: durch die Gewaltthätigkeiten, welche infolge der Bürgerkriege an die Tagesordnung gekommen waren, in Zeiten, in welchen ähnlich strenge Rechtsmittel, wie die *actio vi bonorum raptorum* und das *interdictum de vi armata* aufgestellt worden sind. Daß man es später beibehalten, wird dadurch erklärlich, daß es sich bewährt hatte. Daß es aber vorher noch gar kein Rechtsmittel gegenüber durch *vis* und *metus* hervorgerufenen Rechtsakten gegeben habe, ist schon an sich unwahrscheinlich, wird aber noch unwahrscheinlicher, wenn man den ursprünglichen Umfang der *actio quod metus causa* erwägt. Nach Cic. in Verr. II, 3 c. 65 § 152 und ad Quint. fr. I, 1, 7 § 21 steht es fest, daß die *formula Octaviana* wegen *per vim et metum auferre* stattfand: und daß das diese Klage versprechende Edikt nicht etwa schon weiter gefaßt war, dafür spricht der von Rudorff[2] höchst wahrscheinlich gemachte historische Zusammenhang mit den Repetundengesetzen, in denen „*ablata pecunia*" auch technische Bezeichnung war. Neben solcher beschränkten Klage muß die Restitution noch einen viel breiteren Raum eingenommen haben, wie neben der späteren, viel umfangreicheren *actio quod metus causa*. Damit mag es auch zusammenhängen, daß die in den Digesten excerpierten juristischen Schriftsteller diese Klage weiteren Umfangs auf das *quadruplum* nie als *actio Octaviana* bezeichnen. Aus der *formula Octaviana* ist sie hervorgegangen, aber soweit über deren Umfang hinausgewachsen, daß der ursprüngliche Name später für die Klage weiteren Umfangs nicht mehr gebraucht wurde. Auf diese Erweiterung mag die weitergehende Zulässigkeit der *in integrum restitutio* eingewirkt haben. Doch scheinen auch später die Thatbestände beider Rechtsmittel sich nicht vollständig zu decken. Die Restitution ist zulässig gegenüber einem *metus causa gestum* d. h. gegenüber erzwungenen Rechtsakten. Das Edikt über die *actio quod metus causa* lautete aber, wie Lenel[3] mit Recht annimmt, höchst wahrscheinlich auf „*quod metus causa factum est*", und so war die *actio quod metus causa* zulässig auch gegenüber erzwungenen bloß thatsächlichen Hand-

[1] Vgl. ad Q. F. I, 1, 7: — — *cogebantur Sullani homines quae per vim et metum abstulerunt reddere.*

[2] Zeitschr. f. gesch. Wissensch. X, S. 155 ff. [3] A. a. O. S. 91.

lungen, wie das erzwungene Dulden des Niederreißens oder Errichtens von Gebäuden.[1]

Daß die *actio quod metus causa* eine *arbitraria* war, braucht hier nur konstatiert zu werden: sie ging nicht von vornherein auf das *quadruplum*, sondern erst, wenn dem auf das *restituere* lautenden *arbitrium* des *iudex* seitens des Beklagten nicht gehorcht wurde.[2] Sie war auch *in rem concepta*, d. h. sie ging nicht bloß gegen den, *qui vim admisit, metum adhibuit*, auch wenn das Abgezwungene an einen anderen gekommen war, sondern auch gegen den, *ad quem res pervenit*, also gegen den, welchem der Erfolg des Zwangs zu gute gekommen war. Das Rechtsmittel ist durchgreifender Natur, es soll vermieden werden: *ne metus, quem passus sum, mihi captiosus sit*, d. h. es soll der Zwang für den Gezwungenen unschädlich gemacht werden auch gegenüber dem Dritten, dem durch den von ihm nicht ausgegangenen Zwang auf Kosten des Gezwungenen etwas zugegangen ist. Auch diese durchgreifende Natur hatte wohl schon die *formula Octaviana* nach dem Vorbilde der Repetundengesetze, in welche ein Kapitel aufgenommen wurde: *quo ea pecunia, quam is ceperit, qui damnatus est pervenerit.* In der *intentio* der Klage war also nicht behauptet, daß der Beklagte derjenige sei, von welchem die *vis* ausgegangen sei, sondern nur, daß der Kläger durch *vis* oder *metus* zu der betreffenden ihn schädigenden Handlung bewogen sei.[3] Für das *arbitrium iudicis* machte es allerdings einen Unterschied, ob der Beklagte selbst den Zwang begangen hatte, oder ob nur *res ad eum pervenit*, denn im ersteren Falle haftete er ohne Rücksicht darauf, ob *res ad eum pervenit* oder nicht. Auch ist der, welcher deshalb belangt wird, weil *ad eum res pervenit*, zu absolvieren, wenn das *restituere* ihm durch Untergang der Sache ohne seinen *dolus* unmöglich geworden ist. Das sind Fragen, welche erst für das *arbitrium iudicis* in Betracht kommen.

Hier erhebt sich nun die Frage, gegen wen die *in integrum restitutio* wegen *vis* und *metus* stattfinden könne? Wurde dieselbe etwa auch, seitdem es eine Restitution wegen Zwangs gab, unbedenklich *in rem* gegeben, auch gegen den Dritten, an den etwa die infolge Zwangs veräußerte Sache gekommen war? Meines Erachtens ist diese *in integrum restitutio* ursprünglich nur gegenüber dem gewährt worden, mit welchem das erzwungene Rechtsgeschäft abgeschlossen war. Erst das für die *actio quod metus causa* Geltende hat wohl die Frage aufkommen lassen, ob nicht auch die *in integrum restitutio in rem* gewährt werden könne. Daß darüber Meinungsverschiedenheit bestand, lassen die Quellen noch erkennen. Schon l. 9 § 6 D. h. t.: *Licet tamen in rem actionem dandam existimemus, quae res in bonis est eius, qui vim passus est* u. s. w. deutet nicht darauf, daß es sicher ausgemacht war, die Restitution sei *in rem* zu gewähren. Noch deutlicher aber geht aus l. 3 C. de his quae vi 2, 19 (20): — *postquam placuit in rem quoque dari actionem* — hervor, daß dem „*placuit*" eine Zeit des Zweifels vorherging. Es ist daher auch wohl mit Lenel anzunehmen, daß keine ständige Formel dieser *in rem actio* im Edikt proponiert war, sonst hätte sich Ulpian nicht in der vorher angegebenen Art ausdrücken können. Die Restitution wurde gewährt auf Grund des allgemeinen *ratum non habebo.* Erteilt wurde sie wohl durch Gewährung einer *actio rescissa alienatione.*[4] Mit der *actio quod*

[1] L. 9 pr. u. § 2 D. h. t. [2] L. 14 § 4 D. h. t.

[3] L. 9 §§ 1 u. 8, l. 14 §§ 3 u. 5, l. 16 D. h. t.

[4] Schulin, Über einige Anwendungsfälle der *Publiciana in rem actio* S. 45 u. 46, wendet ein, daß die *rescissoria actio* in einem Jahre verjähre (l. 35 D. de o. et a. 44, 7), während

netus causa stand übrigens die *actio (rescissoria) in rem* in einem elektiven Konkurrenzverhältnis (l. 9 § 6 D. h. t.: — *verum non sine ratione dicetur, si in quadruplum quis egerit, finiri in rem actionem vel contra*). Nach Ablauf des *annus utilis* versprach der Prätor die *actio quod metus causa* noch auf das *simplum* zu geben, aber nur *causa cognita*, und diese *causae cognitio* soll sich darauf richten, *si alia actio non sit* (l. 14 §§ 1 u. 2 D. h. t., l. 4 C. de his quae vi 2, 19 [20]). Die Klage, sofern sie gegen den, *qui vim adhibuit*, selbst geht, ist natürlich Deliktsklage, und es haften daher mehrere Thäter *in solidum* so, daß durch das vollständige *restituere* oder das Zahlen des *quadruplum* seitens eines der Thäter die übrigen liberiert werden. Haben Sklaven die *vis* begangen, so geht die Klage gegen den Herrn als *noxalis*; hat er von dem Recht der *noxae deditio* Gebrauch gemacht, so kann er immer noch als der, *ad quem res pervenit*, belangt werden (l. 16 § 1 D. h. t.). Nach besonderem Versprechen des Edikts wird die Klage gegen den Erben *eatenus quatenus ad eum pervenit* gegeben. Es genügt, *semel pervenisse;* der Anspruch gegen den Erben wird also nicht dadurch aufgehoben, daß er das, was an ihn gekommen, verzehrt. Bezüglich der Frage, ob etwas *ad heredem pervenit* bezw. wie viel, wird auf die Zeit der *litis contestatio* gesehen, das *aliquid pervenisse ad heredem* ist also nicht bloße Kondemnationsbeschränkung, sondern das die Klage gegen ihn begründende Moment. Dieser Anspruch hat keinen deliktischen Charakter mehr, die Klage ist daher *perpetua*. Die Klage gegen den Dritten, der nicht *vim admisit*, an welchen aber *res pervenit*, ist anderer Natur, als diese gegen den Erben! Sie ist zwar, wie wir sahen, insofern nicht so streng, wie die gegen den Thäter selbst, als er freizusprechen ist, wenn das an ihn Gelangte ohne seinen *dolus* untergegangen ist; aber er wird doch gewissermaßen wie ein Teilnehmer an der *vis* behandelt (mag er um sie gewußt haben oder nicht) und wird, wenn er nicht dem *arbitrium* des *iudex* gemäß restituiert, auch auf das *quadruplum* kondemniert: insofern wird diese Klage natürlich auch nur binnen des *annus utilis* gewährt. Soweit *in integrum restitutio* wegen *metus* und *actio quod metus causa* sich deckten, stand dem Gezwungenen gewiß die Wahl zwischen beiden frei, und er hatte in dem einzelnen Fall zu bemessen, welches Rechtsmittel für ihn das vorteilhaftere war. Es gab aber noch ein drittes: gegen eine Klage aus dem erzwungenen Rechtsakt selbst oder den infolge desselben übergegangenen Rechten stand dem Gezwungenen eine *exceptio metus* zu, welche auch *in rem* konzipiert war (*si in ea re nihil metus causa factum est*). Diese *exceptio metus* ist nach l. 4 § 33 D. de doli mali et metus except. 44, 4 jünger als die *doli exceptio*. Sie mag auch später im Edikt proponiert sein, als die *actio quod metus causa*, denn sie scheint von vornherein nicht bloß im Fall des *per vim metum ablatum*, sondern gegenüber Klagen aus einem *metus causa factum* gegeben zu sein.[1]

---

e c. 8 cit. ihre *in rem actio* erst durch *longi temporis praescriptio* ausgeschlossen werden sse. Allein, nachdem einmal die Zulässigkeit der Gewährung der *actio in rem* feststand, ird man sie, ebenso wie die *actio quod metus causa*, sofern sie nur auf einfachen Ersatz erichtet war, ohne Verjährung war, auch als der einjährigen Verjährung nicht unterworfen ngesehen haben.

[1] Der Art, wie Gradenwitz, Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte S. 15 ff., darthun sucht, daß die *actio quod metus causa* älter als die *exceptio metus* sei, kann ich mich cht anschließen. Die erpreßte Obligation sei eine ungültige, weil ihr die *exceptio metus* ntgegenstehe, sie entziehe dem Schuldner nicht den Wert, welchen eine gültige Obligation on gleicher Höhe habe. Man müsse aber annehmen, daß, als die Klage auf Erlaß der

Auf die dogmatischen Voraussetzungen der *actio quod metus causa* sowie der sonstigen Rechtsmittel wegen *metus*, insbesondere auf die Beschaffenheit des *metus* näher in dieser historischen Darlegung einzugehen, liegt keine Veranlassung vor. Wenn Bedrohung mit den schwersten Übeln verlangt wurde, so hatte das praktisch seinen Grund doch wohl darin, daß die Rechtsmittel wegen *metus* so durchgreifende Wirkung hatten, daß sie *in rem* gingen. Auch darauf möge noch hingewiesen werden, daß nach Ulpian's Angabe das Edikt über die Restitution früher nicht „*quod metus causa gestum*", sondern „*quod vi metusve causa*" lautete. Und nach den Ciceronischen Stellen, welche sich auf die *formula Octaviana* beziehen, muß man dasselbe für diese annehmen. Auch in l. 4 C. 2, 19 (20) heißt es bei Erwähnung des die *actio quod metus causa* versprechenden Edikts: *Si per vim vel metum — — venditio nobis extorta est*, und selbst die Rubrik des Kodextitels lautet noch: *De his quae vi metusve causa gesta sunt.* Wann diese Änderung erfolgt ist, ob erst in der Julianischen Ediktsredaktion, steht dahin. Daß es sich dabei lediglich um eine stilistische Änderung handelte, möchte ich nicht annehmen. In der ursprünglichen Fassung wird durch *vis* auf die die Furcht hervorrufende That, durch *metus* auf den dadurch hervorgerufenen Gemütszustand hingewiesen. Dadurch, daß in der späteren Fassung nur dieser letztere hervorgehoben wird, soll doch wohl derselbe als das wichtigste Moment gekennzeichnet werden, dasjenige, welches hauptsächlich die durchgreifende Wirkung des Rechtsmittels auch Dritten nicht bloß dem Zwingenden, gegenüber rechtfertigt.

2. Die Rechtsmittel aus *dolus*.

§ 116. Nach l. 1 de in integr. rest. 4, 1 (aus Ulp. lib. XI ad Edictum): — *sub hoc titulo (sc. de in integrum restitutionibus) plurifariam praetor hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit, sive metu sive calliditate sive aetate sive aliter inciderunt in captionem* (vgl. mit Paulus Sent. I, 7 § 2) kann kaum ein Zweifel darüber bestehen, daß es im Edikt unter dem Titel *de in integrum restitutionibus* auch eine *in integrum restitutio* wegen *dolus* des Gegners verheißende Ediktsbestimmung gegeben hat. In welchem Umfange, darüber läßt sich aus jener Stelle nichts entnehmen. Jenes Edikt ist aber nicht das in dem auf den Titel

erpreßten Obligation eingeführt worden sei, diese Obligation noch nicht *ope exceptionis* ungültig gewesen sei. Gradenwitz findet es selbst auffallend, daß, als später die *exceptio* aufgekommen, die Klage das gebliebeu sei, was sie früher gewesen war. Aber, meint er, es sei immer noch leichter denkbar, daß eine einmal bestehende Einrichtung nicht umgeändert wurde, als daß von vornherein eine verkehrte und widersinnige eingeführt wurde. Dieses Resultat ist aber so unbefriedigend, daß es gegen Gradenwitz' ganze Deduktion Mißtrauen erwecken muß. Und sie ist denn auch nicht haltbar. Die *exceptio* ist ein Rechtsmittel, welches denselben Mangel des *gestum* oder *factum* geltend macht, welcher durch die *actio quod metus causa* geltend gemacht wird. Macht der Gezwungene von der *actio* Gebrauch, so kann ihm natürlich bei der Abschätzung seines Schadens nicht entgegengehalten werden, daß er aus dem *metus causa gestum* wegen der entgegenstehenden *exceptio* nicht wirksam hätte belangt werden können. Je nachdem die Situation liegt, kann er sich nach seiner Wahl des einen oder anderen Rechtsmittels bedienen. Der *actio quod metus causa* gegenüber kann wohl irgend welche andere der erpreßten Forderung entgegenstehende *exceptio* in Anschlag kommen, nicht aber die *exceptio metus*, deren der Kläger sich bedienen könnte, wenn ihm gegenüber klageweise die erpreßte Forderung geltend gemacht würde. Nur darüber war ein Zweifel möglich, ob das mit der *actio* erlangte *quadruplum* reine *poena* sei, so daß auch nachher noch gegenüber der *actio* aus der erpreßten Obligation die *exceptio metus* vorgeschützt werden könne, oder ob in dem *quadruplum* auch die Entschädigung stecke.

D. quod metus causa 4, 2 folgenden Titel de dolo malo l. 1 § 1 überlieferte Edikt. Dieses bezieht sich auf die *actio doli*, während jenes uns nicht erhalten ist. Seit jeher aber müßte *in integrum restitutio* wegen *dolus* nur in sehr wenigen Fällen erteilt sein, wenn der Ausspruch WINDSCHEID's[1] wahr wäre, daß alle Stellen, in denen die *actio de dolo* für zulässig erklärt werde, ein indirektes Zeugnis gegen die Wiedereinsetzung wegen Betrugs enthielten, denn nach ausdrücklichen Quellenzeugnissen solle die Wiedereinsetzung wegen Betrugs die (infamierende) *actio de dolo* ausschließen. Indem wir den Grund der Subsidiarität der *actio doli* einstweilen dahingestellt sein lassen, weisen wir darauf hin, daß nach dem Edikt dieselbe nur gegeben werden soll, *si de his rebus alia actio non erit.* Bei der Aufstellung dieses Edikts wurde unter *actio* gewiß nicht der Anspruch auf Restitution, der im Wege der *cognitio* geltend zu machen war, mit verstanden. Je gewöhnlicher aber Restitutionen erteilt wurden, desto näher lag die Frage, ob nicht auch der Anspruch auf eine Restitution als ein der *actio doli* vorhergehender anzusehen sei. Und so berichtet Pomponius in l. 1 § 6 D. de dolo malo 4, 3 es als eine Meinung des Labeo, daß auch, wenn jemand *in integrum* restituiert werden könne, ihm die *actio doli* nicht zu gewähren sei. Am unbedenklichsten wird man gewesen sein, Restitution aus einem anderen Grunde, z. B. wegen Minderjährigkeit, der *actio doli* vorgehen zu lassen (l. 38 D. de dolo 4, 3). Bedenklicher dagegen war es, Restitution wegen *dolus* der *actio doli* voranzustellen. Verdiente der Betrüger solche Schonung? Auch die Worte des Marcellus in l. 7 § 1 D. de in integr. rest. 4, 1: *Et boni praetoris est potius restituere litem, quam actionem famosam constituere* u. s. w. empfehlen doch nur dem Prätor, die Restitution der *actio doli* vorzuziehen. Daß aber wirklich dementsprechend die Prätoren seit Aufstellung der *actio doli* die *in integrum restitutio propter dolum* der *actio doli* vorgezogen haben, ist nirgends gesagt und nicht glaublich, zumal die Subsidiarität der *actio doli* den entscheidenden Grund nicht in ihrer infamierenden Eigenschaft hat, wie dies neuerlich, nach dem Vorgange von K. A. SCHNEIDER,[2] A. PERNICE[3] und BRINZ[4] mit vollem Recht behauptet haben. Das rätselhafte Zurücktreten der *in integrum restitutio* wegen *dolus* in den Quellen erklärt sich wohl daraus, daß sie infolge der näheren Ausbildung der *actio doli* immer mehr in den Hintergrund gedrängt wurde; doch mögen auch die Kompilatoren, die nicht einmal das sie verheißende Edikt in die Digesten aufgenommen haben, die Spuren derselben in den juristischen Schriften absichtlich vertilgt haben. Stehen geblieben sind nur ein paar Anwendungsfälle der Restitution prozessualischer Natur, in denen es sich um ein *restituere litem* handelte. Ob Rechtsgeschäften gegenüber, zu deren Abschluß jemand durch *dolus* bewogen war, gar keine Restitution in Aussicht gestellt war, muß dahingestellt bleiben.

Die *actio doli* rührt nach Cicero's bestimmten Äußerungen von seinem Freunde und Zeitgenossen C. Aquilius her. Er spricht dabei von *proferre*, nicht von *proponere iudicium;* dennoch ist wohl anzunehmen, daß er als Prätor[5]

[1] Pandekten I, § 118 A. 6. [2] Die allgemein subsidiären Klagen des röm. R. S. 328.
[3] Labeo II, (2. Aufl.) S. 204. [4] Pandekten II, S. 824.
[5] Cicero sagt ja ausdrücklich: *nondum — C. Aquilius, collega meus — — protulerat de dolo malo formulas.* KÜBLER (Zeitschr. f. R.-G. XIV, 82 A. 1 u. XVI, S. 149) behauptet, Aquilius habe die *formula de dolo* nicht als Prätor, sondern in einer theoretischen Schrift aufgestellt. Dies widerlegt sich schon dadurch, daß über theoretische Schriften des Aquilius, auch über von ihm veröffentlichte Formelsammlungen nichts überliefert ist. Vgl. BREMER, Iurispr. Antehadr. I, p. 112, 118.

das *iudicium de dolo* zuerst im Edikt aufgestellt hat. Den Ausdruck *proferre* hat Cicero wohl deshalb gewählt, weil er den Aquilius als den Erfinder der Formel bezeichnen wollte, während man *proponere* ja auch in Bezug auf jeden Prätor gebrauchen konnte, der die Formel wieder in sein Edikt aufnahm. Daß die Klage nicht nach ihm benannt ist, wenigstens später nicht, ist nicht auffälliger, als das Fehlen des Namens des Octavius bei der *actio quod metus causa*. Gerade bei einer Klage von so allgemeiner Bedeutung, wie die *actio doli*, mochte man diese auf ihr Wesen bezügliche Bezeichnung für passender halten, als die nach dem ersten Urheber. Unerklärt ist es, warum Cicero in de off. 3, 14 § 60 sagt: *nondum enim C. Aquilius — — protulerat de dolo mali formulas*. Die Beziehung des Plurals *formulae* auf die *actio doli* und die *exceptio doli* befriedigt nicht, da *formula* für *exceptio* gar nicht vorkommt. In einer anderen Stelle, de natura deorum III, 30 § 74 spricht Cicero nur von einem *indicium de dolo malo (inde everriculum malitiarum omnium, iudicium de dolo malo: quod C. Aquilius, familiaris noster, protulit.* Wie sich beide Äußerungen miteinander vereinigen, darüber wird später eine Vermutung ausgesprochen werden.

Das die Klage versprechende Edikt ist uns in l. 1 § 1 D. de dolo mal. 4, 3 erhalten: *Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo.* Der subsidiäre Charakter der Klage ist in den Worten „*si de his rebus alia actio non erit*" bestimmt ausgedrückt. Nicht wegen des infamierenden Charakters der neuen *actio*, sondern weil Aquilius nicht in das von schon vorhandenen Klagen okkupierte Feld eingreifen konnte und wollte, ist die Subsidiarität derselben von vornherein beabsichtigt. Die Klage sollte eine eine Lücke ausfüllende, eine ergänzende sein. Nirgends ist dies klarer, als von Ulpian bei seiner Vergleichung der *doli actio* mit der Verfolgung des Stellionats in l. 3 § 1 D. stellionatus 47, 20 ausgesprochen: — *Quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. Ubicunque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiiciemus.*

So ist denn in gar manchen Fällen dieser subsidiäre Charakter der *actio doli* angewandt.[1] Die Worte: *si de his rebus alia actio non erit* sind dabei recht weit interpretiert: die *actio de dolo* soll nicht Platz greifen, mag die anderweitig zustehende eine *actio civilis* oder *honoraria* oder ein Interdikt sein, mag sie gegen denselben, der den *dolus* begangen, oder gegen einen anderen begründet sein; mag sie noch jetzt bestehen, oder mag sie durch einen eigenen Akt des Klageberechtigten untergegangen sein. Nur darauf kommt es an, ob der durch *dolus* Geschädigte eine andere Klage (wenn auch eine *poenalis actio*) auf Schadloshaltung hat. Bei dieser weiten Interpretation wird nun allerdings die Rücksicht mitgewirkt haben, daß die *actio doli* eine infamierende war, wie das Ulpian selbst sagt in l. 1 § 4 D. h. t. Andererseits soll die *actio de dolo* auch gegeben werden, wenn nur darüber gezweifelt wird, ob eine andere Klage begründet sei, sowie, wenn die Klage gegen den zunächst Verpflichteten wegen Zahlungsunfähigkeit desselben voraussichtlich erfolglos sein wird.

Eine weitere Voraussetzung der Gewährung der Klage ist: *si iusta causa esse videbitur*. Der Prätor will die Klage nicht einfach *ex edicto* gewähren, sondern

[1] L. 5 § 3 D. praescr. verb. 19, 5. L. 43 § 4 D. de furtis 47, 2. L. 5 pr. D. si mensor fals. mod. 11, 6. L. 31 D. de receptis 4, 8. L. 2 C. de dolo malo 4, 8.

behält sich eine *causae cognitio* vor. Dieser Vorbehalt ist mit Rücksicht darauf gemacht, daß die Klage eine infamierende ist. Sie soll also nicht wegen eines ganz unbedeutenden Schadens gegeben werden. Wenn in l. 10 D. h. t. gesagt ist, die Summe müsse sich *ad duos aureos* belaufen, so wissen wir nicht, woher diese Festsetzung rührt: auf das Edikt selbst geht sie nicht zurück, sie mag sich durch die Praxis festgesetzt haben. Sodann soll die *causae cognitio* darauf Rücksicht nehmen, von wem und gegen wen die *actio doli* begehrt wird: sie soll nicht gegen irgend welche Respektspersonen, nicht einem Unwürdigen gegen einen Menschen rechtschaffenen Lebenswandels gegeben werden. Sie soll auch nicht gegen einen Menschen unreifen Alters gewährt werden. Endlich soll die *causae cognitio* darauf Rücksicht nehmen, daß die in die *formula* aufzunehmende Behauptung dessen, *quid dolo factum sit*, nicht zu unbestimmt lautet. Der Prätor will selbst im einzelnen Fall prüfen, ob das behauptete dolose Verhalten des zu Belangenden zur Gewährung der *actio* als ausreichend anzusehen sei, es soll dieses nicht lediglich dem Ermessen des *iudex* überlassen bleiben. Einer zu großen Unbestimmtheit und zu weiten Ausdehnung der Klage sollte damit ein Riegel vorgeschoben werden. Die Gefahr lag ja nahe, daß das *dolo malo factum* des Edikts zu weit aufgefaßt werde.

Rudorff (Ed. § 39) setzt in das Edikt hinter *dolo malo* die Worte *fraudisve causa* ein, und jedenfalls ist für die vorjulianischen Edikte durch Val. Prob. 3, 6: — *d. m. f. v. c.* = *dolo malo fraudisve causa* das engverbundene Vorkommen von *dolus* und *fraudisve causa* erwiesen, wodurch jedoch nicht festgestellt ist, daß sie gerade in dem Edikt über die *actio doli* so verbunden vorkamen. Aquilius Gallus selbst stellte, wie wir von Cicero erfahren, in Bezug auf seine neue Schöpfung eine Definition des *dolus* auf, nach welcher man noch nicht sagen konnte, daß „*dolo et fraus inest*“: — — *in quibus ipsis cum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum.*[1] Er verstand also unter *dolo factum* ein Thun unter hinterlistiger Vorspiegelung falscher Thatsachen, absichtlicher Täuschung (vgl. auch de natura deor. III, 30, 74 und Top. 9, 40), eine Definition, welche noch bei den späteren Juristen nachklingt.[2] Nach der Auffassung der republikanischen Juristen waren *dolus* und *fraus* zwar verwandte Begriffe, aber sie deckten sich nicht. Unter *fraus* verstanden sie wohl, wie A. Pernice[3] annimmt, Wortbruch, Vertrauensmißbrauch, welcher ohne Täuschung *(aliud simulare, aliud agere)* vorkommen kann. Seit Labeo faßte man den Begriff des *dolus* weiter, so daß er die *fraus* in sich befaßte.[4] Die Labeonische Definition, welche Anklang fand, hatte nicht bloß theoretische Bedeutung. Sie wird der *actio doli* eine Auslehnung, ein weiteres Anwendungsgebiet verschafft haben.[5] Darnach halte ich nicht für wahrscheinlich, daß Aquilius Gallus in seinem Edikt bezw. seinen *formulae* die Worte *dolo malo* und *fraudisve causa* verbunden habe. Cicero spricht bei Erwähnung jener Schöpfungen seines Freundes nur von *dolus malus*. Auch die *lex Iulia municipalis* Z. 110 sagt nur: *dare d(olo) m(alo) condemnatus*

[1] De off. III, 14, 60; 15, 61.

[2] Paul. I, 8, 1. L. 7 § 9 D. de pactis 2, 14. Andere Stellen bei Voigt, Bedeutungswechsel S. 102.

[3] A. a. O. S. 212 ff. Vgl. auch Voigt, Bedeutungswechsel S. 110 ff.

[4] L. 1 § 2 D. h. t.

[5] Fälle der Anwendung der *actio doli* wegen Wortbruches bei Pernice, a. a. O. S. 217 f.

est erit. Das Infamenedikt der Digesten sagt allerdings nach l. 1 D. de his qui n. i. 3, 2: — *de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit.* Das beweist aber nichts für das Edikt über die *actio doli* und die Formeln derselben. Vielleicht ist *et fraude* nur hinzugefügt, um keinen Zweifel darüber zu lassen, daß auch Verurteilung oder Paktio wegen *fraus* die Infamie nach sich ziehe, weil der Umfang der *actio doli* ursprünglich ein beschränkterer war. Im Kommentar aber sagt Ulpian nach l. 4 § 5 D. h. t.: — *de dolo malo suo nomine damnatus pactusve erit,* läßt also die *fraus* weg.

Auch nach Labeo's Definition wird man die *actio doli* nicht, wie es meistens geschieht, wegen jedes bösartig zugefügten Schadens, wegen jedes durch eine absichtlich beschädigende Handlung zugefügten Schadens begründet sein lassen, sondern Pernice beistimmen müssen, der unter Anschluß an Labeo unter *dolus* eine hinterlistige Veranstaltung zum wirtschaftlichen Nachteil eines anderen versteht, also die Anwendung einer besonderen *calliditas,* eine besondere schlaue Veranstaltung zur Herbeiführung des Schadens verlangt. Verlangt doch l. 7 D. h. t. eine *magna et evidens calliditas.* Um eine Ausdehnung der Klage ins Unbestimmte zu verhüten, dazu war eben im Edikt für die Erteilung eine *causae cognitio* vorbehalten; der Prätor will selbst prüfen, ob das behauptete *dolo factum* als eine *iusta causa* der Klage angesehen werden könne, die einzelnen in den Quellen besprochenen Fälle der Anwendung der *actio doli* bestätigen die Richtigkeit dieser Auffassung.[1] Trotz dieser Vorkehrung gegen maßlose Ausdehnung behält die Klage immer noch ein sehr weites Anwendungsgebiet und schon Cicero konnte sie als ein *everriculum omnium malitiarum* bezeichnen.

Die *actio doli* war eine *actio ex delicto,* sie war aber nicht *in rem* konzipiert, wie die *actio quod metus causa,* sondern sollte nur gegen den dolosen Schadenszufüger selbst gegeben werden. Es war daher in der Formel der Klage anzugeben, *cuius dolo malo factum sit.*[2] Daß sie im Edikt nicht zum *furtum,* der *iniuria* u. s. w. gestellt ist, erklärt sich ebenso, wie bei der *actio quod metus causa,* aus dem Hinzutreten dieser Klagen zu der *in integrum restitutio* wegen *metus* und *dolus.* Aus dieser Deliktsnatur der Klage erklärt sich der beschränkte Übergang auf die Erben der Delinquenten, über welchen noch besonders zu handeln sein wird. Ferner erklärt sich daraus die Behandlung der Frage, ob ein *impubes* wegen seines *dolus* mit der *actio doli* belangt werden könne. Labeo verweigert nicht die *actio doli* gegen den Unmündigen überhaupt, sondern er will es von der *causae cognitio* des Prätors abhängen lassen, ob die Klage in dem konkreten Fall gegen den betreffenden Pupillen zu gewähren sei. Ulpian dagegen will die Klage gegen den *proximus pubertati* gewähren, es also von dem Ermessen des *iudex* abhängen lassen, ob der *impubes* zu verurteilen oder freizusprechen sei. — Hatten mehrere den *dolus* begangen und kam, wenn einer von ihnen deswegen belangt wurde, dieser dem Restitutionsbefehl des *iudex* nach, so wurden jedenfalls die anderen liberiert. Weiter sagt Ulpian in l. 17 pr. D. h. t., wenn von seiten Eines nicht Restitution, sondern Zahlung des Interesses erfolge, so glaube er, daß auch noch in diesem Falle *(adhuc)* die übrigen befreit würden. Der nicht ausgesprochene Gedanke dabei ist der, daß man das (durch das *iusiurandum in litem)* festzustellende Interesse, auf welches der nicht Restituierende kondemniert wird, möglicher-

[1] Vgl. Pernice, a. a. O. S. 220 ff.
[2] L. 15 § 3 D. h. t.

weise als eine *poena* ansehen könne, durch deren Zahlung die anderen nicht liberiert würden, welche Auffassung aber abgelehnt wird.

Ebenso wird entschieden bezüglich der *actio quod metus causa* in l. 14 § 15 D. quod m. c. 4, 2, bei welcher die Entscheidung eher Anstoß erregen kann wegen des *quadruplum*, welches, konnte man sagen, wenigstens in Bezug auf das *triplum* als eine Strafe aufgefaßt werden müsse. Indes auch da wird dieselbe Entscheidung getroffen, da die Klage nicht von vornherein auf das *quadruplum* geht, sondern dieses nur als eine Folge des *non restituere*, also als eine Strafe der Kontumaz angesehen wird. Das „*verius est*" der Stelle deutet aber wohl auf Meinungsverschiedenheiten hin. Beide Klagen sind also zunächst nur als Deliktsklagen auf Entschädigung anzusehen.

Für die Deliktsnatur der *actio doli* spricht auch, daß die Klage als *actio noxalis* bezeichnet wird. Labeo bemerkt aber nach l. 9 § 4, daß sie auch als *actio de peculio* gegeben werden könne, indem er so unterscheiden will: *nam si ea res est, in quam dolus commissus est, ex qua de peculio daretur actio, ut nunc in peculio dandam: sin vero ea sit, ex qua noxalis, hoc quoque noxale futurum.* Das erklärt sich aber wohl aus einer Eigentümlichkeit der *actio de peculio*. Auch Klagen nämlich, die, wenn sie auch nicht Kontraktsklagen sind, doch auf einen solchen als ihre letzte *origo* zurückgehen, wie die *actiones aediliciae*, können die Gestalt von *actiones de peculio* annehmen (l. 23 § 4 D. de aed. e. 21, 1). Nach Labeo's Annahme wird also, z. B. wenn der Kommodant falscher Gewichte ein Sklave war, gegen den Herrn die *actio doli* als *de peculio* angestellt werden können. Hier liegt eher eine Eigentümlichkeit der *actio de peculio* als eine der *actio doli* vor.

Daß die Subsidiarität der Klage und der Vorbehalt, daß sie nur im Falle einer *iusta causa* gewährt werden solle, dem Wesen einer Deliktsklage widerspreche, dürfte nicht anzuerkennen sein. Das frühere Recht betrachtete nicht etwa jeden später unter die *actio doli* fallenden Verkehrs-dolus als ein Delikt. Wie weit der Prätor solchen *dolus* als ein Vergehen qualifizieren und durch die neu aufzustellende Klage verfolgen lassen wollte, hing von seiner Erwägung ab, und dabei verfuhr Aquilius, in welchem wir den ersten Urheber des Edikts sehen dürfen, mit besonderer Vorsicht. Nur, wenn keine andere *actio* dem durch den *dolus* Verletzten Hilfe gewährt, und auch nur, wenn die dolose Machination dem Prätor selbst bei der Prüfung des einzelnen Falles als genügender Grund zu diesem besonderen Einschreiten erscheint, soll dieselbe als ein mit der *actio de dolo* zu verfolgendes Delikt qualifiziert werden. Schematisch einen schwer gehörig zu fassenden Vergehensbegriff aufzustellen, dessen Anwendung einfach dem *iudex* zu überlassen gewesen wäre, erschien als bedenklich, als zu gefährlich.

Selbst bei diesen Vorsichtsmaßregeln war das Anwendungsgebiet der *actio doli* noch ein so weites, daß es schwierig erscheinen mußte, auf Grund des Edikts eine Normalformel aufzustellen. War es für dieses *everriculum omnium malitiarum* ausreichend, eine auf durch *dolus* hervorgerufene Eigentumsüberragung abgestellte Formel zu proponieren? Daß vor allem eine solche Formel proponiert wurde, ist ja gewiß zuzugeben. Aber hier komme ich auf die Äußerung Cicero's zurück: *Nondum C. Aquilius — — protulerat de dolo malo formulas.* Aquilius wird es für angemessen erachtet haben, entsprechend dem weiten Anwendungsgebiet der neuen Klage mehrere Normalformeln derselben aufzustellen. Ob diese in das Hadrianische Edikt übergegangen seien, wird

schwer zu bejahen oder zu verneinen sein, denn wenn uns auch keine Spuren davon in den aus den Kommentaren aufgenommenen Stellen erhalten sind, wissen wir denn, was die Kompilatoren bei ihrem überall eingehaltenen Bestreben, zu vereinfachen und auszugleichen, aus den Kommentaren aufgenommen haben, was nicht? Daß es in dem uns erhaltenen Teile des Kommentars heißt: *in hac actione* u. s. w. beweist nicht, daß in dem Hadrianischen Edikt nur eine Formel stand: denn trotz der mehreren *formulae* handelte es sich nur um eine *actio*. Wie es *duae depositi et commodati formulae* gab, so konnte es auch *duae formulae* der *actio doli*, wenn auch in anderer Weise, geben. Und sprach man nicht von einer *actio confessoria*, wenn auch für verschiedene Servituten im Edikt verschiedene Formeln proponiert waren?

Die *actio doli* ist eine *actio arbitraria*, wie mit Bestimmtheit in l. 18 pr. D. h. t. ausgesprochen ist. Aber es giebt Fälle, in denen die Erlassung des *arbitratus iudicis* zur Umgehung einer gesetzlichen Vorschrift führen würde (vgl. l. 18 § 4 h. t.). Ist nun trotzdem die Anweisung zur Erlassung des *arbitratus de restituendo* stets in die Formel eingefügt worden? Entscheidet man sich für die Einfügung, so bleibt nichts anderes übrig, als die Annahme Pernice's, daß die Klausel den Richter zum Zwischenbescheide ermächtigte, aber nicht verpflichtete. Aber bedenklich ist es doch, dem *iudex* diese Freiheit gegenüber der bestimmten Anweisung des Magistrats einzuräumen. Vielleicht würde uns l. 18 § 1 D. h. t. aufklären, wenn die Worte Ulpian's unverändert erhalten wären. Daß in dem Passus: *Non tamen semper in hoc iudicio arbitrio iudicis dandum est* die ursprünglichen Worte Ulpian's nicht richtig wiedergegeben sind, scheint mir nicht zweifelhaft. Die jetzige unverständliche Fassung dürfte auf Interpolation beruhen, welche wohl dadurch veranlaßt wurde, daß die ursprünglichen Worte etwas auf die Formel Bezügliches erwähnten, welche Erwähnungen die Kompilatoren immer ausgemerzt haben. Ulpian wird doch wohl gesagt haben, daß dem *iudex* nicht immer in der Formel der *actio doli* das *arbitrium de restituendo* aufzutragen sei. Auch die Äußerung des Trebatius im § 4 desselben Fragments: *Trebatius ait de dolo dandum iudicium, non ut arbitrio iudicis res restituatur, sed ut tantum actor consequatur, quanti eius interfuerit id non esse factum* ist doch am natürlichsten dahin zu verstehen, daß der *iudex* nicht zur Erlassung eines *arbitrium de restituendo* angewiesen werden soll. Die Meinung des Trebatius kann nicht wohl eine andere gewesen sein, denn bei Aufnahme der Arbitrarklausel in die Formel wäre ja, auch wenn man den *iudex* nicht als zum Erlaß des *arbitratus* verpflichtet angesehen hätte, gar keine Garantie dafür gegeben, daß er ihn nicht doch erließ, und somit die *lex iudiciaria* umgangen wurde.

Das Edikt enthält sodann eine Klausel, durch welche die Gewährung der Klage gegen den Erben *eatenus, quatenus ad eum pervenerit*, versprochen wurde. Für das *edictum provinciale* ist dies ausdrücklich durch eine Stelle aus Gaius' Kommentar zu demselben bezeugt (l. 26 D. h. t.). Zweifellos hat das städtische Edikt dieselbe Klausel enthalten. Diese Klage auf Herausgabe der Bereicherung der Erbschaft gegen den Erben ist keine Klage *ex maleficio*. Daher fallen hier die für die *actio doli* gegen den Dolosen selbst geltenden Eigentümlichkeiten fort: die Klage ist an keine Frist gebunden, sie ist nicht *famosa*, und es bedarf bezüglich ihrer Erteilung keiner *causae cognitio*. Lenel[1] meint, im Album sei sie wahrscheinlich nicht proponiert gewesen, was er damit begründet, daß

[1] *Edictum* S. 93 A. 7.

die Juristen die Frage nach der Dauer der *actio* als eine von der Wissenschaft zu entscheidende behandelten, was sie nicht gekonnt hätten, wenn die Formel unter Weglassung der *exceptio annalis* im Album gestanden hätte; denn damit hätte der Prätor die Frage entschieden gehabt. Allein war die Klage im Edikt besonders versprochen, so ist es auch wahrscheinlich, daß eine Formel dafür proponiert war. Auch bezeichnen die Juristen die Dauer der Klage durchaus nicht als fraglich, sondern Gaius sagt: *sed utique in heredem perpetuo dabitur.* Warum sollten sie nicht die Unterschiede der Klage gegenüber der *actio doli* gegen den Delinquenten selbst konstatieren können, wenn auch darüber nach dem Edikt gar kein Zweifel bestehen konnte? Und wenn auch Lenel in Bezug auf die Worte des Paulus in l. 27 D. h. t. *dolove malo ejus factum est, quominus pervenerit* mit Recht bezweifelt, daß sie in dem (versprechenden) Edikt vorgekommen seien, so spricht andererseits die Wahrscheinlichkeit dafür, daß sie aus der im Edikt proponierten Klageformel entnommen sind. Als eine bloße Folgerung bezeichnet es Gaius, daß auch gegen den Dolosen selbst eine nicht der Frist des *annus utilis* unterliegende *actio in factum* auf Herausgabe der Bereicherung zu geben sei *(cui conveniens est, ut — — perpetuo danda sit in factum actio).*

Wir haben damit schon an die *actio de dolo* sich anschließende *in factum actiones* kennen lernen, wenngleich, wie wir sehen werden, die Klage gegen den Erben wohl nicht als solche bezeichnet wurde. Noch andere aber sind hier zu nennen. So wurde die *actio de dolo* nicht gegen Respektspersonen gewährt, also nicht dem Freigelassenen gegen den Patron, den Kindern gegen die Eltern u. s. w. (l. 11 § 1 D. de dolo m. 4, 3). In solchem Falle soll statt der *actio doli* eine *actio in factum* gegeben werden. Die darauf bezüglichen Worte: *in horum persona dicendum est in factum verbis temperandam actionem dandam, ut bonae fidei mentio fiat, ne ex dolo suo lucrentur* sind allerdings sprachlich anstößig, allein das Anstößige läßt sich wohl durch Umstellung heben: *in factum actionem dandam verbis temperandam, ut bonae fidei mentio fiat . .* Der Sinn ist nicht etwa, daß die *in factum actio* auf *bona fides* gestellt werden, sondern der, daß der Vorgang nicht direkt als *dolus*, sondern als ein solcher bezeichnet werden soll, bei welchem es nach der *bona fides* nicht bewenden könne. Die Fassung der *exceptio* in Mucius Scaevola's Provinzialedikt[1] giebt also die Erklärung für das hier eingeschlagene Verfahren: das unredliche Verfahren der Respektsperson soll nicht hart als *dolus*, sondern gemäßigter als ein solches bezeichnet werden, welches nach der *bona fides* nicht Bestand behalten könne. Das ist die *mentio bonae fidei*, den Erben aber der betreffenden Personen und gegen die selben soll unbedenklich die *actio doli* gegeben werden.[2]

Auffällig ist dabei auf den ersten Blick, daß auch gegen die Erben der Respektsperson die *actio doli* gegeben werden soll, denn gegen diese wird doch eine nicht infamierende *actio* auf Herausgabe der Bereicherung der Erbschaft gegeben, aber das Auffällige verschwindet, wenn man erwägt, daß in der Formel das Verfahren des Erblassers unbedenklich als ein *dolo factum* bezeichnet werden soll. Die *actio* ist also nicht *verbis temperanda*, weil es sich nicht um einen *dolus* des Beklagten, sondern seines Erblassers handelt.

Für einen anderen Fall wirft Labeo die Frage auf, ob die *actio de dolo* zu geben sei, wenn nämlich jemand einen gefesselten Sklaven, um ihm die Möglichkeit zur Flucht zu verschaffen, von seinen Fesseln befreit hat (l. 7

[1] Cic. ad Att. 6, 1. 15. [2] L. 13 pr. D. h. t.

§ 7 D. h. t.). Es wird nicht mitgeteilt, wie Labeo den Fall entschieden hat, doch möchte man annehmen, daß er mit Rücksicht auf die Subsidiarität der *actio doli* dieselbe hier versagt habe, weil die *actio furti* hier begründet war. Quintus aber macht in einer Note zu Labeo eine Unterscheidung, je nachdem der den Sklaven zur Flucht Verhelfende nicht von Mitleid geleitet oder von diesem edelmütigen Motiv getrieben gehandelt habe. Im ersten Falle will er die *actio furti* geben, im zweiten nicht die *actio de dolo,* welche ihm offenbar zu hart dünkt, sondern eine *actio in factum.* Es handelt sich also auch hier um eine an die *actio doli* (nicht an die *actio legis Aquiliae*) sich anlehnende *actio in factum.* Auch hier wird das Verhalten des Beklagten in der Formel nicht als ein *dolo factum*, sondern es wird einfach das Faktum selbst bezeichnet sein, was zur Folge hatte, daß die Verurteilung keine Infamie nach sich zog.

Wenn auch unter sich verschieden, stimmen diese an die *actio doli* sich anlehnenden *actiones in factum*[1] darin überein, daß das Verhalten des Beklagten darin nicht als ein *dolus* bezeichnet wurde, was zur Folge hatte, daß die *condemnatio* auf das *quanti ea res est* oder auf Herausgabe der Bereicherung ging, nicht die Infamie nach sich zog.[2]

Zum Schluß dieser Erörterung der *actio doli* möge hier noch eine Bemerkung über die Behandlung des *dolus*, durch welchen der Abschluß eines *bonae fidei negotium* hervorgerufen ist, Platz finden. Man nimmt ja mit Recht an, daß ein solches Geschäft nicht nichtig, sondern nur anfechtbar, und zwar mit der Kontraktsklage anfechtbar, ist. Es ist dies aber, wohlverstanden, nur im allgemeinen richtig: es trifft zu für die gewöhnlichen *bonae fidei negotia*, nicht aber bei den Geschäften, bei welchen der Schuldner eine besondere Treupflicht übernimmt, also sich in erster Linie zu einer subjektiven *bona fides* anheischig macht. Belegen läßt sich die abweichende Behandlung dieser Verhältnisse, aus welchen die infamierenden *iudicia de fide mala* entsprangen, nur für die Sozietät. War die Eingehung derselben durch *dolus* eines der *socii* hervorgerufen, so war sie nichtig, denn der *dolus* widersprach so direkt der durch die Eingehung des Geschäfts zu übernehmenden subjektiven Treupflicht, daß der Kontrakt gar nicht als zustande gekommen angesehen werden konnte. Dies sprechen so deutlich, wie nur gewünscht werden kann, aus l. 3 § 3 D. pro socio 17, 2: *Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona* (hier die Übernahme der subjektiven Treupflicht) *contraria est fraudi et dolo,* und l. 16 § 1 D de minoribus 4, 4: *Item relatum est apud Labeonem, si minor circumscriptus societatem coierit vel etiam donationis causa, nullam esse societatem nec inter majores quidem et ideo cessare pro socio praetoris: idem et Ofilius respondit: satis enim ipso iure munitus sit.* Daß z. B. für das Mandat nicht anders zu entscheiden sein würde. ist mir nicht zweifelhaft. Was für die *dolo* hervorgerufene Sozietät ausgesprochen ist, muß aber ebenso für die erzwungene, *metu* hervorgerufene gelten, denn in der *vis* liegt auch *dolus*.

[1] Nicht dazu gehört l. 33 D. h. t. Vgl. darüber Pernice, a. a. O. S. 238.

[2] Daran wird heute natürlich niemand mehr denken, im Gegensatz zu den hier in Frage kommenden *actiones in factum* sich die *actio doli* mit Burchardi, Lehre von der Wiedereinsetzung in d. v. St. S. 315 A. 87, als eine *in ius concepta* vorzustellen, mit der *intentio si paret Num Num Ao Ao hominem ex dolo dare oportere.* Selbstverständlich war die vom Prätor Aquilius neu geschaffene Klage *in factum* konzipiert. Ihr gegenüber heißen jene im Text besprochenen Klagen *actiones in factum*, weil der Rechtsbegriff des *dolus* in ihren Formeln nicht genannt, sondern das Verhalten der Beklagten mit irgend welchen anderen, dem behaupteten *factum* entsprechenden Worten bezeichnet war.

In Anknüpfung hieran möge auch noch auf eine Ausnahme von dem Satz, daß durch Zwang erpreßte Geschäfte nicht nichtig, sondern nur anfechtbar sind, hingewiesen werden: es handelt sich dabei um l. 5 pr. D. ad leg Juliam de vi publica 48, 6, eine Stelle, welche ich zu wenig berücksichtigt finde. Nach dem Bericht Marcian's soll auch unter die l. Julia de vi publica fallen: *qui per vim sibi aliquem obligaverit, nam eam obligationem lex rescindit.* Es ist wohl kaum anzunehmen, daß hier unter *vis* jede solche *vis*, welche das Versprechen zu einem auch sonst anfechtbaren machen würde, verstanden sei; es wird vielmehr an eine besonders geartete, unter die *lex Julia de vi publica* fallende *vis*, wodurch Versprechungen erpreßt wurden, gedacht sein. Solche *obligatio* aber *lex rescindit.* Hierbei auch nur an Anfechtung zu denken, ist ganz ausgeschlossen, denn wenn eine *lex* selbst *rescindit*, so tritt bekanntlich von selber Nichtigkeit ein.[1] Wenn aber das Gesetz ein solches *rescindere* für nötig fand, so liegt darin wieder ein Argument dafür, daß, abgesehen davon, erpreßte Versprechungen nicht nichtig sind.

Die *exceptio doli* halte ich für älter als die *actio doli*, nehme also an, daß sie schon vor Aquilius Gallus aufgestellt war. Meine Gründe dafür sind folgende. Zunächst kommen in Betracht die Worte des Labrax in Plautus' Rudens 5, 3 v. 24: *Cedo quicum habeam iudicem, ni dolo malo instipulatus sis nive etiam dum siem quinque et viginti natus annos.* Diese Worte beweisen gewiß nicht, daß damals die *exceptio doli* schon als solche existierte, denn dieselbe kann vor Aufkommen des Formularprozesses nicht wohl existiert haben. Sie sind darum aber doch für die Frage des Alters der *exceptio* nicht gleichgültig. Der Gedanke der späteren *exceptio doli* ist hier schon klar ausgeprägt. Labrax weigert sich, das versprochene Talent zu zahlen, weil er durch *dolus* des Versprechensempfängers zu dem Versprechen bewogen worden sei. Das würde freilich nicht zutreffen, wenn die Behauptung Girard's[2] richtig wäre, daß es sich hier gar nicht um den Einwand des *dolus*, sondern nur um die Einrede aus der *lex Laetoria* handle. Diese habe zwei Voraussetzungen, nämlich den *dolus* des einen Vertragschließenden und die *adulescentia* des anderen. Aber schon nach den Worten ist es nicht zulässig, an zwei Voraussetzungen eines einzigen Einwandes zu denken, denn es heißt *ni — nive*, der Einwand der *adulescentia* erscheint hier in alternativer Verbindung mit der *doli exceptio.*[3] Wenn nicht der eine Einwand begründet ist, so kann es doch der andere sein. Labrax behauptet einmal, geradezu durch *dolus* zu seinem Versprechen gebracht zu sein. Wenn er aber auch davon den *iudex* nicht wird überzeugen können, so ist er doch nach seiner Meinung jedenfalls übervorteilt worden, was nicht notwendig *dolus* des Gegners voraussetzt.[4] Haben wir hier also zwei Einwendungen des Labrax anzunehmen, so liegt der ersten: *ni dolo malo instipulatus sis* schon ganz der Gedanke der späteren *exceptio doli* zu Grunde. Es ist also nicht gerade wahrscheinlich, daß eine sehr lange Zeit nach der *lex Aebutia* verstrichen sein werde, bevor diese *exceptio* im Edikt proponiert wurde. Weiter kommen in Betracht die Äußerungen in einem Briefe Cicero's ad Att. 6, 1. 15. Die hier erwähnte im Provinzialedikt des Q. Mucius Scaevola vom Jahre 654 proponierte *exceptio* mit der Fassung: *extra*

---

[1] Vgl. Ulp. I, 1, 2. Gai. I, 46 u. a. St.
[2] Ztschr. der Savignystiftung XIV, S. 26 ff.
[3] In meiner Rechtsgeschichte Bd. II, S. 308 habe ich dies schon ausgeführt.
[4] Huschke, Multa u. Sakramentum S. 423 f., Ztschr. f. Rechtsgesch. XIII, S. 322 f.

quam si ita negotium gestum est, ut eo stari non oporteat ex fide bona, ist jedenfalls formell keine *exceptio doli*, Cicero bezeichnet sie denn auch als *tectior* gegenüber einer von schärferer Fassung in dem Edikt des Bibulus, welcher gegenüber er sie aber doch als *ἰσοδυναμοῦσαν* charakterisiert. Die *exceptio* im Edikt des Bibulus dürfte denn wohl geradezu auf *dolus* gelautet haben. Einen Beweis dafür, daß die *exceptio doli* schon allgemein proponiert war, gewährt die Stelle nicht. Andererseits beweist sie aber auch nicht, wie Girard meint, daß die gewöhnliche *exceptio doli* damals noch nicht existiert habe. Einmal ist es nicht notwendig anzunehmen, daß Bestimmungen in den städtischen Edikten unmittelbar nachher auch in die verschiedenen Provinzialedikte übergingen. Der Übergang mochte rasch vor sich gehen, wenn derselbe Mann, welcher ein Rechtsmittel bereits als Prätor in seinem städtischen Edikt proponiert hatte, bald darauf als Provinzialstatthalter ein Edikt zu proponieren hatte. Aber daß alle Provinzialstatthalter für ihre Edikte sich immer gleich an die Norm der städtischen Edikte angeschlossen hätten, ist uns jedenfalls nicht so ausreichend bekannt, daß wir mit Sicherheit entsprechende Schlüsse ziehen könnten. Sodann aber ist zu berücksichtigen, daß, wie Mitteis[1] gezeigt hat, jene *exceptio* des Q. Mucius und des Bibulus sich auf die Edikte *de aere alieno et de syngraphis* bezogen haben werde und dazu bestimmt war, den Klagen aus den wucherischen Verschreibungen in den *syngraphae* opponiert zu werden. Die Griechen waren an die formal verbindliche Natur der Syngraphe so gewöhnt, daß es für sie gewiß nicht selbstverständlich war, daß der Klage daraus die *exceptio doli*, wenn sie auch bereits existierte, opponiert werden könne. Es bedurfte der besonderen Proponierung einer gleichwertigen *exceptio* gerade der Klage aus der Syngraphe gegenüber. Es folgt daraus keineswegs, daß die gewöhnliche *exceptio* nicht bereits in dem Edikt der städtischen Prätoren proponiert war. Es wird ein derartiges Verfahren eines Provinzialstatthalters noch verständlicher, wenn er, wie Cicero, in seinem Edikt ankündigte, daß er *de reliquo iure dicundo* seine *decreta* den *edicta urbana* akkomodieren werde, denn die Provinzialen konnten solche noch wenig bekannte *exceptio* leicht übersehen. Die Äußerungen Cicero's lassen also die Frage offen, ob damals die *exceptio doli* bereits in den städtischen Edikten proponiert war.

Wir kommen endlich zu der Äußerung Ulpian's in l. 4 § 33 D. de d. m. exc. 44, 4: *metus causa exceptionem Cassius non proposuerat contentus doli exceptione, quae est generalis: sed utilius visum est etiam de metu opponere (proponere?) exceptionem* u. s. w. Mir scheint diese Stelle dahin zu verstehen zu sein, daß die *doli exceptio*, welche insofern *generalis* sein soll, daß sie auch den Zwang umfaßte, für älter erklärt wird, als die *metus exceptio*. Aber es erschien doch zweckmäßiger, auch eine *metus exceptio* aufzustellen. Cassius, wird gesagt, hatte die *metus exceptio* nicht aufgestellt, indem er sich mit der *doli exceptio*, welche für den Fall des *metus* auch paßte, begnügte. Das Plusquamperfectum wird verständlich, wenn man bedenkt, daß Ulpian die Bestimmung des Cassius im Vergleich mit der späteren Aufstellung der *exceptio metus* ins Auge faßte. Da konnte er sagen: Cassius hatte die *exceptio metus* noch nicht proponiert, sowie Cicero bei der Besprechung des Vertrags des Canius sagte: *nondum enim C. Aquilius — — protulerat de dolo malo formulas.*[2]

[1] Grünhut's Ztschr. f. d. Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart Bd. XVII, S. 575.

[2] Die Stelle mit Girard, a. a. O. S. 27, dahin zu verstehen, daß Cassius beide Einreden schon vorgefunden, die *exceptio metus* in seinem Edikt aber weggelassen habe, weil er die

Wenn wir nun fragen, welchen Prätor Cassius (der ja nicht ein Jurist zu sein brauchte) wir als Urheber der *exceptio doli*, welche älter war als die *exceptio metus* und schon dem Trebatius nach l. 10 § 2 D. de pactis 2, 14 bekannt war, zu betrachten haben, so ist nur soviel zu behaupten, daß sie einem der in republikanischer Zeit vorkommenden Prätoren mit dem Namen Cassius[1] zuzuschreiben ist. Welchem derselben, muß man beim Fehlen näherer Anhaltspunkte dahingestellt sein lassen. Von großem Interesse ist die Frage, welches der ursprünglich der *exceptio doli* zu Grunde liegende Gedanke war. Ihre spätere Fassung war: *si in ea re nihil dolo malo A^i A^i factum sit neque fiat.* Hatte dieselbe wirklich eine von vornherein weitere Anlage, diente sie gleich in ihren Anfängen als Werkzeug für die Ausgleichung entgegenstehender Ansprüche, so daß der unterliegende Dolusbegriff nicht dieselbe Schärfe, wie bei der *actio doli*, haben konnte? Dafür spricht nicht die Äußerung Ulpian's in l. 2 pr. D. de doli et met. e. 44, 4: *Palam est autem hanc exceptionem ex eadem causa propositam, ex qua causa proposita est de dolo malo actio*, denn wenn diese Bemerkung auch nicht direkt eine geschichtliche Bedeutung hat, so ist sie doch durch die Bezeichnung des Grundgedankens der *exceptio* von geschichtlichem Wert. Und weiter: legt man von vornherein der *exceptio* die Bestimmung bei, der Ausgleichung entgegenstehender Ansprüche zu dienen, so legt man ihr von vornherein einen doppelten Gedanken unter, denn daß sie ihrem ersten Gliede nach: *si in ea re nihil dolo malo — factum sit* demselben Gedanken, wie die *actio doli*, diente, ist doch nicht zu bestreiten. Wie scharf diese beiden Gedanken von den römischen Juristen selbst unterschieden wurden, zeigt keine Äußerung deutlicher, als die Ulpian's in l. 36 D. de v. o. 45, 1: *si quis, cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem suptilitate iuris obstrictus, sed doli exceptione uti potest: quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio. idem est si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet: cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit quod petit.* Der dem ersten Gliede der Einrede zu Grunde liegende Gedanke ist hier ganz übereinstimmend mit der Definition des *dolus* der *actio doli* durch Aquilius gefaßt. Daß aber *ipsa res in se dolum habet*, reicht weit über jene Definition hinaus, und ist es nicht wahrscheinlich, daß bei der ursprünglichen Aufstellung der *exceptio* sie schon diese zweigliedrige Fassung erhalten habe. Ermitteln läßt sich darüber allerdings aus unseren Quellen nichts. Daß Labeo, wie es scheint, das zweite Glied der *exceptio (neque fiat)* schon gekannt habe, würde mit der Annahme, daß dasselbe nicht ursprünglich der *exceptio* angehörte, dadurch sich vereinigen lassen, daß nicht lange Zeit verstrichen ist, bis es hinzugefügt wurde. Und gerade eine Äußerung Labeo's legt eine Vermutung nahe, wie man bald dazu kommen mußte, das zweite Glied hinzuzufügen. Es ist die in l. 4 § 15 D. de doli mali exc. 44, 4 berichtete: *Labeo et si ex stipulatu actio competat propter doli clausulam, tamen nocere doli exceptionem ait, si adversus ea (eam?), inquit, factum erit: posse enim petitorem, antequam stipulatio*

---

doli exceptio für ausreichend hielt, scheint mir nicht angängig. Die *exceptio metus* ist doch, wie auch Ulpian sagt, von vornherein als eine *in rem* wirkende aufgestellt. Fand Cassius sie schon vor, als er sein Edikt aufstellte, so konnten er bezw. seine juristischen Ratgeber unmöglich diese Natur der Einrede übersehen, sie also nicht neben der *exceptio doli* für überflüssig halten. Als Cassius seine *exceptio doli* proponierte, hatte er den später auftauchenden Gedanken einer *exceptio metus* von weitertragender Wirkung noch nicht erfaßt.

[1] Vgl. Huschke, in d. Ztschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. XIV, S. 120. Girard, a. a. O. S. 27.

committatur, nihil dolo malo fecisse et tunc facere cum petat: propter quod exceptionem esse necessariam. Die hier erwähnte Stipulationen hinzugefügte *clausula doli* hatte die Fassung: *dolumque malum huic rei abesse abfuturumque esse* oder eine ähnliche, sie wurde also auch auf zukünftigen *dolus* gestellt. Wie nun wenn nicht bloß der *promissor*, sondern auch der *stipulator* selbst später nach Abschließung der Stipulation sich eines *dolus* gegen den *promissor* schuldig machte, sollte er dann auf Grund der *clausula doli* wirksam klagen können? Labeo verneinte dies: er meinte, hier müsse dem *promissor* gegen die *actio ex stipulatu* die *exceptio doli* gegeben werden. Dasselbe spricht Ulpian in l. 31 D. de receptis 4, 8 aus: *Ita demum autem committitur stipulatio, cum adversus eam quid fit, si sine dolo malo stipulantis factum est: sub hac enim condicione committitur stipulatio, ne quis doli sui praemium ferat.* Der Einwirkung also der *clausula doli* mag es zuzuschreiben sein, daß man bald das zweite Glied „*neque fiat*" der *exceptio doli* hinzufügte, welche die Berücksichtigung eines späteren *dolus* des *stipulator* ermöglichte. Immer aber enthielt die *exceptio doli* auf Grund eines nicht schon *inter initia*, sondern erst später vorgekommenen *dolus* des Klägers den Vorwurf eines unredlichen Verhalten, wie sich klar daraus ergiebt, daß sie Respektspersonen gegenüber nicht gegeben wurde (l. 4 § 16 D. de doli mali exc. 44, 4). Die Gleichheit des ursprünglichen Grundgedankens der *exceptio doli* mit dem der *actio doli* mag auch eine Geneigtheit der älteren Juristen bewirkt haben, der Subsidiarität der letzteren auch für die erstere eine gewisse Geltung zu verschaffen. Dies zeigt sich namentlich in Bezug auf die *exceptio pacti*. Noch Ulpian sagt (l. 10 § 2 D. de pactis 2, 14): *Plerumque solemus dicere doli exceptionem subsidium esse pacti exceptionis: quosdam denique, qui exceptione pacti uti non possunt, doli exceptione usuros et Julianus scribit et alii plerique consentiunt.*

Je mehr aber der Dolusgedanke sich verflüchtigte, desto mehr verwandelte sich die *exceptio doli* aus einer subsidiär eintretenden in eine konkurrierende, bis später Ulpian den Satz aufstellen konnte in l. 2 § 5 D. d. d. m. exc. 44, 4: *et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri, quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit.* Die reiche Ausbildung der Funktion der *exceptio doli* aber, wonach sie der billigen Ausgleichung einander entgegenstehender Ansprüche dient, verdankt sie wohl erst der Jurisprudenz der Kaiserzeit. In dieser weiteren Ausbildung entfernte sie sich immer mehr von ihrem ursprünglichen Grundgedanken, und es ist begreiflich, daß die Neueren aus der einen *exceptio* zwei (die *exceptio doli praeteriti* oder *specialis* und die *exceptio doli praesentis* oder *generalis*) gemacht haben.

Als besonders im Edikt proponiert ist die *exceptio* in einer gewissen Selbständigkeit gegenüber der *actio doli* anerkannt. Dies zeigt sich bei der Frage der Verjährung. Während man nach der Äußerung des Paulus in l. 1 § 1 D. de d. m. exc. 44, 4: *novissime inspiciemus, intra quae tempora competit exceptio* noch glauben könnte, demnächst eine Verjährungsfrist für sie angegeben zu finden, belehrt uns die Äußerung desselben in l. 5 § 6 D. eod. tit., daß die *exceptio* eine *perpetua* ist: *Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est: nam haec perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem cum quo agitur non habet potestatem, quando conveniatur.*

Da sie nur gegen den Dolosen selbst bezw. dessen Erben gegeben wird, unterscheidet sie sich von der *exceptio metus*. Rücksichtlich des Singularsuccessors

des Dolosen wird eine Unterscheidung gemacht. Dem Käufer und denen, *qui vicem emtorum continent*, welche also *ex causa onerosa* erworben haben, kann *de dolo auctoris* die *exceptio* nicht entgegengesetzt werden, außer wenn sie sich der *accessio possessionis* aus der Person des *auctor* bedienen.[1] Dem aber, welcher einen Erwerb *ex causa lucrativa* macht oder aus einer *causa, quae prope lucrativam causam habet* (wie die *noxae deditio*), kann die *exceptio doli* aus der Person dessen, an dessen Stelle er getreten, opponiert werden.[2] Auch bei obligatorischen Geschäften, wie bei einer Stipulation, kann möglicherweise der Schuldner *exceptio doli* nicht bloß gegen den Stipulator vorschützen. Hat jemand einem anderen den Auftrag erteilt, sich von einer Person durch Stipulation etwas versprechen zu lassen, und der andere denselben Auftrag dann einem Dritten erteilt, welcher den Auftrag ausführt und gegen den *promissor* klagt, so kann dieser sowohl wegen des *dolus* des *stipulator* als wegen des *dolus* des ersten Auftraggebers exzipieren.[3] Gegen Klagen des Gewalthabers aus den Geschäften der ihrer Gewalt unterworfenen Personen kann unsere *exceptio* sowohl wegen des *dolus* der gewaltunterworfenen Person selbst, als wegen des *dolus* des Gewalthabers, dem erworben ist, vorgeschützt werden. Bezüglich des *dolus* der ersteren aber wird unterschieden. Wird geklagt aus einem *peculiare negotium* derselben, so kann die *exceptio* sowohl wegen eines bei Abschluß des *negotium* begangenen *dolus* als wegen eines späteren von ihr begangenen *dolus* opponiert werden.[4] Wird aber nicht *ex peculiari causa* geklagt, so kann nur wegen eines bei Abschluß des Geschäfts von der gewaltunterworfenen Person begangenen *dolus* excipiert werden, nicht wegen eines späteren. Bei einer Klage des Ehemannes aus der *lotis promissio* gegen den Erben des Schwiegervaters soll sowohl wegen des *dolus* der Frau, als auch wegen des *dolus* des Ehemannes excipiert werden können, da beide an solcher *dos* ein Interesse haben.[5]

8. Restitution wegen *minor aetas*.

§ 117. Die Restitution wegen Minderjährigkeit ist unzweifelhaft schon in republikanischer Zeit aufgekommen, denn daß Labeo sie bereits kannte, geht aus l. 13 § 1 D. de minoribus 4, 4 klar hervor. Ja, da Labeo dem Minderjährigen die *in integrum restitutio* sogar gegen den Singularsuccessor dessen, der von ihm eine Sache gekauft, unter bestimmten Voraussetzungen gewähren will, so muß diese Restitution bereits zu seiner Zeit eine Ausbildung erhalten haben, welche gewiß nicht so rasch nach ihrem ersten Aufkommen anzusetzen ist. Auch daraus, daß die römischen Juristen „vieles, was von ihnen als allgemeines Recht der Restitution überhaupt gedacht war, bloß bei Gelegenheit dieses besonderen Falls der Anwendung" vorgetragen haben, gewinnt man den Eindruck, daß es sich hier nicht um einen der jüngsten Restitutionsgründe handelt. Das Bedürfnis, Minderjährige gegen die aus der so früh eintretenden juristischen Handlungsfähigkeit für sie im Verkehr sich ergebenden Gefahren zu schützen, rief schon die Bestimmungen der *lex Laetoria* hervor. Daß sehr lange Zeit verstrichen sein wird, bevor man diese Bestimmungen als unzureichend erkannte, ist kaum anzunehmen. Man wird Savigny beistimmen müssen, daß

[1] L. 4 §§ 27 u. 31 D. de doli m. exc. 44, 4. [2] L. 4 §§ 29 u. 31 D. eod. tit.
[3] L. 4 § 19 D. eod. tit. [4] L. 4 § 17 D. eod. tit.
[5] L. 4 § 22 D. eod. tit. Über die *exceptio doli* wegen eines *dolus* von Stellvertretern und Vormündern vgl. l. 4 §§ 18. 23—25 D. h. t.

die *in integrum restitutio propter minorem aetatem* sehr alt sein kann.[1] Das in l. 1 § 1 D. de minoribus 4, 4 überlieferte Edikt lautet: *Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam.* In Bezug auf die Altersgrenze schloß sich also das Edikt an die *lex Laetoria* an. Konstant wird daher auch das Alter der Volljährigkeit als *legitima aetas* bezeichnet. Hier liegt nun die Frage sehr nahe, wie die Römer dazu gekommen sind, bei Berechnung der *minor aetas* oder des Eintritts der *legitima aetas* nicht die sogen. Civilkomputation, sondern das *a momento ad momentum tempus spectare* zu Grunde zu legen.[2] Daß das nicht erst nach Aufstellung des Edikts über die Restitution der *minores*, sondern schon in Bezug auf die Bestimmungen der *lex Laetoria* geschehen ist, ist wohl ohne weiteres anzunehmen, da das prätorische Edikt einfach die von jenem Gesetz festgesetzte Altersgrenze annahm und daher auch die *maior aetas* nach wie vor als *legitima aetas* bezeichnet wurde. Das Edikt bezeichnet den Minderjährigen, wohl in Anschluß an die *lex Laetoria*, als *minor quam viginti quinque annis natu*, und auch Ulpian bezeichnet ihn in l. 3 § 3 D. de minor. 44, 4 als *minor viginti quinque annis natu*. Meines Erachtens sind die römischen Juristen durch eine wörtliche Auslegung dieses Ausdrucks der *lex Laetoria* dazu gekommen, bei Berechnung dieser Altersgrenze vom Moment der Geburt bis zur entsprechenden Stunde des letzten Tages die Frist zu rechnen, und bei der Auslegung des Edikts hat man das mit römischem konservativen Sinne festgehalten.

Wenn man die Bestimmungen der *lex Laetoria* in zweckentsprechender Weise fortbilden wollte, so durfte man nicht neue gesetzliche Bestimmungen aufstellen, welche der römische *iudex* unterschiedslos auf die einzelnen vorkommenden Fälle, in denen Minderjährige der Hilfe bedurften, anzuwenden gehabt hätte. Auch sollten die alten Sätze über den Eintritt der juristischen Handlungsfähigkeit nicht etwa aufgehoben werden. Es konnte als nur eine Hilfe im einzelnen Fall durch das magistratische *imperium* in Frage kommen. Diese Hilfe sollte nicht etwa bloß gegenüber absichtlicher Übervorteilung Minderjähriger gewährt werden: diese sollten vielmehr gegen die Nachteile, in welche sie infolge ihrer mangelhaften Geschäftskenntnis und ihrer jugendlichen Unbesonnenheit, ihres Leichtsinns geraten konnten, Schutz erhalten. Das Edikt erwähnt daher keineswegs als Erfordernis der Restitution irgend welche vom Gegner gehegte Absicht der Übervorteilung, sondern es lautet nur auf *quod cum minore quam XXV annis natu gestum est.* Natürlich lautete es nicht auf *qui minor gessit*, denn irgendwie mußte doch auf den, gegen welchen die Restitution zu suchen sei, hingewiesen werden. Es ist nur nötig, daß er sich selbst über den in dem *gestum* für ihn liegenden Nachteil getäuscht habe (*deceptus in re*, wie l. 7 § 1 D. de except. 44, 1 sagt). Diese *captio* muß aber mit dem *fragile infirmum huiusmodi aetatium consilium*, mit der *simplicitas* des Minderjährigen in einem Kausalzusammenhange stehen.[3] Ob dies der Fall sei, kann immer nur die

[1] System S. 147 A. c. Den Ursprung dieses Edikts mit Huschke (Zeitschr. f. Rechtsgeschichte XIII, S. 348 A. 67) erst in die beiden letzten Dezennien des 7. Jahrhunderts zu setzen, dazu darf die Stellung dieses Restitutionsgrundes im Edikt nicht verleiten. Aus der Anordnung der Restitutionsgründe im Edikt dürfen, wie wir demnächst sehen werden, überhaupt keine historischen Schlüsse gezogen werden.

[2] L. 3 § 3 D. de minoribus 4, 4: *Minorem autem XXV annis natu videndum, an etiam die natalis sui adhuc dicimus ante horam qua natus est, ut si captus sit restituatur et cum nondum compleverit, ita erit dicendum, ut a momento in momentum tempus spectetur.*

[3] L. 2 C. qui et adv. quos 2, 41 (42).

Würdigung des einzelnen Falls zeigen. Daher behält das Edikt dem Magistrat die *causae cognitio* für jeden einzelnen Fall vor *(uti quaeque res erit, animadverram)*. Es kann nicht, wie jedes durch Zwang oder Betrug hervorgerufene Rechtsgeschäft ein mangelhaftes ist, so auch jedes von einem Minderjährigen abgeschlossene ungünstige Rechtsgeschäft als ein mangelhaftes bezeichnet werden. Die Minderjährigkeit des Abschließenden begründet nur die Möglichkeit, daß es in *simplicitas* oder *inconsulta facilitas* abgeschlossen sei. Ob dies so sei, kann nur die Prüfung des einzelnen Falls zeigen. Zeigt es sich, daß der Minderjährige wie ein *bonus paterfamilias*, der *sobrie* sein Vermögen verwaltet, gehandelt und alles gehörig geprüft hat, so soll er nicht gegen das dennoch nachteilige Geschäft restituiert werden;[1] ebensowenig, wenn erst nachträglich durch unglücklichen Zufall der Erfolg des Geschäfts sich nachteilig gestaltet hat. Überhaupt soll bei der Erteilung der Restitution wegen Minderjährigkeit mit Vorsicht verfahren werden, damit das *beneficium* nicht zum Nachteil der Minderjährigen ausschlägt. Bei zu leichter Erteilung der Restitution könnte jedermann Scheu haben, mit Minderjährigen Rechtsgeschäfte abzuschließen, und der Minderjährige infolgedavon gleichsam einem Interdizierten gleichstehen. Im Edikt ist Restitution gegen ein *gestum* versprochen, worunter jedes Rechtsgeschäft, ja jede juristisch wirksame Thätigkeit verstanden wird. Aber auch gegen Unterlassungen, durch welche sie in Nachteil geraten sind, können Minderjährige restituiert werden.[2] Auch wenn der Akt an sich nicht nachteilig ist, aber der Minderjährige das, was er durch denselben empfangen, in jugendlichem Leichtsinn vergeudet hat, wird ihm Restitution erteilt, wenigstens dann, wenn der um die Mittel Gewährende voraussehen konnte, daß er sie vergeuden werde (l. 24 § 4, l. 27 § 1 D. de min. 4, 4). Daß der *minor* nicht allein gegen positiven Verlust, sondern auch gegen entgangenen Erwerb oder Gewinn Restitution erhalten konnte, scheint nicht von Anfang an, sondern erst später angenommen zu sein (l. 7 § 6 D. de min. 4, 4: *Hodie certo iure utimur, ut et de lucro minoribus succurratur)*.

Fraglich ist, wie man es von Anfang an mit der Restitution der unter Tutel stehenden Unmündigen sowie der bei den betreffenden Geschäften von einem Kurator berathenen Minderjährigen gehalten habe? Die Fassung des Edikts bot für solche Restitutionen keine Schwierigkeit. Wenn auch die Beimmung desselben zunächst auf die mündigen *minores* berechnet war, so umßte doch der Ausdruck *minores quam viginti quinque annis natu* auch die nmündigen und konnte daher auch auf sie bezogen werden. Ebenso war dem Edikt keine Rede davon, ob Mitwirkung eines Vormunds stattfunden habe oder nicht. Auch hier hing es wohl vom Ermessen des Magistrats i einzelnen Fall ab, ob Restitution zu gewähren sei, oder nicht, und wird bei wohl anfänglich große Vorsicht beobachtet und die Restitution nur gehrt sein, wenn die Vormünder bestochen waren, den Gegner begünstigt oder nst offenkundig ihre Pflicht vernachlässigt hatten (l. 7 § 8 D. de min. 4, 4). nch konnte in Betracht kommen, ob die Vormünder zahlungsfähig waren, ler nicht (l. 39 § 1 D. de minor. 4, 4). Erst allmählich scheint die Praxis r Prätoren sich dahin festgesetzt zu haben, daß der lädierte Unmündige oder inderjährige nach seiner Wahl gegen die Vormünder klagen oder *in integrum stitutio* gegen den Dritten erlangen könne.

[1] L. 11 § 4 D. de minor. 4, 4. L. 1 C. qui et adv. quos 2, 41 (42).
[2] L. 44 D. de min. 4, 4.

In der Natur dieses Restitutionsgrundes, bei welchem alles auf die Erwägung des Magistrats im einzelnen Fall ankam, und aus welchem gegen die verschiedenartigsten Läsionen Restitution zu erteilen war, lag es, daß auf Grund des Edikts keine besondere *actio* aufgestellt war, wie bei anderen Restitutionsgründen (l. 24 § 5 D. h. t.: *Ex hoc edicto nulla propria actio vel cautio proficitur: totum enim hoc pendet ex praetoris cognitione).*

4. Restitution wegen *capitis deminutio.*

§ 118. Das Edikt enthielt darüber die Bestimmung: *Qui quaeve, postquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutae esse dicentur, in eos easve perinde, quasi id factum non sit, iudicium dabo.* Danach soll die Klage *rescissa capitis deminutione* gegen die *capite deminuti* selbst gegeben werden. Damit stimmt überein Gai. III, 84. Auch er sagt: — *in eum eamve utilis actio datur rescissa capitis deminutione*, und fügt hinzu, daß, wenn sie (die *capite* Deminuierten) gegen diese *actio* nicht verteidigt würden, der Prätor der Verkauf der *bona*, welche ihnen, wenn sie sich der *aliena potestas* nicht unterworfen hätten, gehört haben würden, gestatte. In l. 2 § 2 D. de capite minutis 4, 5 sagt Ulpian, daß dieses Edikt nur auf die *minima capitis diminutio*, nicht aber auf die Anwendung finde, welche eine *capitis diminutio maxima* oder *magna* erlitten hätten, denn diese könnten gar nicht belangt werden, vielmehr sei die Klage gegen die zu geben, an welche die *bona* der *capite* Deminuierten gefallen seien; im Fall der *capitis diminutio maxima* ist nach l. 7 § 2 D. h. t. eine *utilis actio* gegen den *dominus* zu geben. Demgemäß habe ich mich früher dahin ausgesprochen, daß hier nicht mit einer *Rutiliana actio* (Gai. IV, 35 *rescissa capitis deminutione*, sondern nur mit der *Serviana* (mit der Fiktion *si heres esset)* geklagt werden konnte. Demgegenüber hat sich Lenel[1] wieder für eine *Rutiliana actio rescissa capitis deminutione* ausgesprochen. Allein *rescissa capitis deminutione* würde die Verpflichtung des *capite* Deminuierten wiederhergestellt, es wäre also nur eine Klage gegen ihn möglich, und den Successor träfe die Verpflichtung, für ihn die *defensio* zu übernehmen (Gai. III, 84). Das soll hier aber gerade ausgeschlossen sein. Die *utilis actio* wird nicht, wie im Fall der *capitis diminutio minima*, gegen den *capite* Deminuierten selbst, sondern gegen den *dominus* gegeben, und dieser hat sich selbst dagegen zu *defendere* (l. 2 § 1 und l. 7 § 2 D. h. t.). Mit der *Rutiliana actio* ist es also in diesem Falle nichts. Darin aber ist Lenel Recht zu geben, daß in eine Formel mit der Fiktion „*si heres esset*" schwerlich gedacht werden darf, denn einem Nichtbürger ohne weiteres einen *heres* zu fingieren, geht allerdings wohl kaum an. An eine *ficticia actio* wird wohl jedenfalls zu denken sein. Wie aber die Fiktion beschaffen war, wissen wir nicht.

Fassen wir jetzt das Edikt über die Rescission der *capitis deminutio minima* ins Auge, so ist zunächst zu sagen, daß, seitdem dieses Edikt in Kraft war, an eine Restitution in dem Sinn, daß der Prätor zunächst eine *causae cognitio* über die Gewährung derselben anstellte, offenbar nicht mehr die Rede war. Wer aus dem vor der *capitis deminutio* des Schuldners abgeschlossenen Kontrakt klagen wollte, mußte nur vor dem Prätor angeben *(qui — dicentur)*, daß der Schuldner nach Abschluß des Kontrakts eine *capitis deminutio minima* erlitten

[1] Beiträge z. Gesch. d. röm. Civilpr. S. 138 A. 49. [2] *Edictum* S. 95.

worauf ihm ohne weiteres vom Prätor die *rescissoria actio (perinde quasi id factum non esset)* gewährt wurde. Daß dem eine Zeit vorausgegangen sei, zu welcher die Restitution wirklich erst nach angestellter *causae cognitio* durch ein Dekret gewährt sei, wie einige annehmen,[1] ist kaum glaublich; denn die Unbilligkeit des civilrechtlichen Satzes von dem Untergange der Schulden war doch, wenn man sie überhaupt erst anerkannte, überall dieselbe: sie konnte nicht wohl im einem Fall bejaht, im anderen Fall verneint werden.[2] Da es sich nicht um eine im einzelnen Fall zu erwägende Restitution handelt, so wird diese *utilis actio rescissa capitis deminutione* als ein *perpetuum iudicium* bezeichnet,[3] sie unterliegt nicht der Verjährung binnen eines *annus utilis*.

Fast allgemein nimmt man den Untergang der Schulden für alle Fälle der *capitis deminutio minima* und daher auch die Notwendigkeit der *actio utilis* für alle diese Fälle an. Eine abweichende Ansicht hat meines Wissens zuerst Burchardi[4] aufgestellt und behauptet, daß der Schuldenuntergang nicht für die Fälle der durch Emancipation und durch *in adoptionem datio* bewirkten *capitis deminutio* galt. Die Richtigkeit seiner Behauptung soll sich aus dem Edikt ergeben, nach welchem dem Emancipierten wegen der aus der Zeit der Gewaltunterworfenheit herrührenden kontraktlichen Schulden das *beneficium competentiae* gewährt wird, ohne eine Andeutung darüber, daß die Klage gegen ihn aus jenen Schulden erst durch Rescission der *capitis deminutio* hergestellt werden müsse (l. 2 pr. D. quod cum eo 14, 5: *In eum qui emancipatus — erit — — eius rei nomine, quae cum eo contracta erit, cum is in potestate esset — — — actionem causa cognita dabo in quod facere potest.* Auch in anderen Quellenstellen, in welchen gegen den Emancipierten eine *actio* aus den aus der Zeit der Gewaltunterworfenheit herrührenden Schulden gewährt wird, findet sich keine Andeutung davon, daß diese Klage eine *utilis rescissa capitis deminutione* sei.[5] Indessen scheitert doch die Beschränkung des Satzes auf die Fälle der Arrogation und der *in manum conventio* daran, daß in dem Edikt von *capite deminuti deminutaeve* im allgemeinen die Rede ist, und daß als Grund der Schuldbefreiung in jenen Fällen auch bei Gaius (III, 84; IV, 38) die *capitis deminutio* angegeben wird. Weshalb aber die *capitis deminutio minima* nach Civilrecht in gewissen Fällen schuldbefreiend, in anderen nicht wirken solle, ist gar nicht abzusehen. Da aber die Gewährung der *rescissoria actio* schlechthin, ohne besondere Erwägung des einzelnen Falls, erfolgte, damit also der civilrechtliche Satz praktisch so gut wie aufgehoben war, so lag gar keine Veranlassung vor, in dem Edikt über die Gewährung des *beneficium competentiae*, sowie bei sonstiger Erwähnung der Klage aus zur Zeit der Gewaltunterworfenheit eines *emancipatus* herrührenden Schulden desselben besonders anzudeuten, daß die *actio* keine *directa*, sondern eine *utilis rescissa capitis deminutione* war. Aus einer leider lückenhaften Stelle des Gaius IV, 80 können wir doch ersehen, daß auch die Klage gegen Personen, *quae in mancipio sunt* (zu welchen

[1] Bekker, Aktionen II, S. 91 u. Mandry, Familiengüterrecht I, S. 396.

[2] Vgl. Savigny, System VII, § 333; Keller, Civilpr. S. 328; Bethmann-Hollweg, Civilpr. , S. 750; Cohn, Beiträge z. Bearb. d. röm. Rechts Heft 2 S. 308 u. A. Dernburg, in den estgaben für Heffter, S. 122.

[3] L. 2 § 5 D. de cap. minutis 4, 5.

[4] Wiedereinsetzung S. 279 f. Später Cohn, a. a. O. S. 339 ff. Zweifelnd äußert sich enel, Edictum S. 222 A. 8.

[5] L. 58 § 2 D. pro socio 17, 2. L. 11 D. de tutel. 27, 3. L. 37 § 2 D. de administr. 26, 7.

ja der *in adoptionem datus* und der *emancipatus* während der Durchgangsstadien gehörten) aus früheren Schulden eine *actio rescissa capitis deminutione* war.

An das Edikt, welches aus den civilrechtlich untergegangenen Schulden des *capite* Deminuierten die Gewährung einer *actio rescissoria* versprach, wird sich gleich die Bestimmung angeschlossen haben, welche Gaius III, 84 in Anschluß an die Erwähnung dieser *actio rescissoria* mitteilt: *et si adversus hanc actionem non defendantur, quae bona eorum futura fuissent, si se alieno iuri non subiecissent, universa vendere creditoribus praetor permittit.*[1] Darin bestand doch der praktische Wert der *actio rescissoria* in diesen Fällen, daß der neue Gewalthaber die Schulden bezahlen oder sich die *venditio* jener *bona* gefallen lassen mußte.

5. Restitution wegen *absentia* und ähnlicher Gründe.

§ 119. Über das in l. 1 § 1 D. ex quibus causis maiores 4, 6 überlieferte Edikt sagt Savigny,[2] es könne dasselbe so, wie wir es jetzt lesen, sehr alt sein, ja aus der Zeit der Republik herrühren, wenngleich vielleicht die in der letzten Zeile erwähnten *decreta principum* später eingeschaltet sein möchten. Es ist darnach nicht klar, ob er sich das in die Zeit der Republik zurückreichende Edikt, so wie wir es jetzt lesen, auf einmal entstanden denkt. Wäre das der Fall, so müßte ihm entschieden widersprochen werden. Schon „die verschlungene Konstruktion eines einzigen sehr langen Satzes" zeigt, daß wir es hier nicht mit einer ursprünglichen Schöpfung zu thun haben.[3] So kompliziert drückt sich kein Prätor bei der ersten Aufstellung eines Edikts aus. Auch widerspricht es aller Wahrscheinlichkeit, daß der Prätor, der zuerst ein Edikt über Restitution gegen Versäumnisse wegen *absentia* aufstellte, schon so systematisch die verschiedenen Kategorien der Hinderungen überschaut und sich zurechtgelegt habe, wie sie in den drei Sätzen, in welche das uns überlieferte Edikt sich auflösen läßt, angeordnet sind. Auch das ist kaum anzunehmen, daß dieses Edikt durch bloße Zusätze und einzelne Änderungen früherer und späterer Prätoren entstanden sei. Es macht vielmehr den Eindruck, als ob es durch Zusammenarbeiten verschiedener selbständiger Ediktsklauseln entstanden sei. Ob diese Zusammenfügung allein auf Julian zurückgeht, der damit gerade kein Meisterstück geliefert hätte, oder ob spätere Schularbeit bezw. die Hand von Justinian's Arbeitern dabei mitgewirkt hat, muß man dahingestellt sein lassen. Daß man sich z. B. nach *sive cuius actionis eorum cui dies exisse dicetur* die späteren, allen Teilen gemeinsamen Worte: *earum rerum actionem eis in integrum restituam* hinzudenken muß, hat doch etwas sehr Unnatürliches. Auch daß die sogen. *clausula generalis: Item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur* u. s. w., welche früher gewiß eine selbständige Schlußklausel bildete, in der ganzen verwickelten Satz eingeflickt ist, verrät die spätere Zusammenarbeitung.

Daß ein Edikt über Restitution gegen Versäumnisse wegen *absentia* schon zur Zeit des Dichters Terentius († 594) aufgestellt gewesen sei, wird mit Unrecht aus dessen Phorm. 2, 4, 9 sqq. geschlossen: *Mihi sic hoc videtur: quod absente hic filius egit, restitui in integrum aequum est et bonum, et id impetrabit.*[4]

---

[1] Lenel, a. a. O. S. 338 ff. [2] System d. heut. röm. Rechts VII, S. 164 A. d.

[3] Vgl. Spaltenstein, Wiedereinsetzung S. 49; Dernburg in der Festgabe für Heffter S. 121 A. 1.

[4] Huschke, Das Recht der Publicianischen Klage S. 103 A. 196, äußert dagegen, man habe sich hier offenbar nur durch den Wortschall täuschen lassen; denn was der Sohn in

Einzelne Ausdrücke haben, wie wir sehen werden, etwas Altertümliches und deuten auf eine ältere, wenn auch nicht in die Zeiten des Terenz zurückreichende, Entstehung.

Betrachten wir nun das uns überlieferte Edikt näher. Im ersten Satz findet sich in der florentinischen Handschrift eine Lücke; der Sinn des Satzes macht eine Ergänzung unentbehrlich. SAVIGNY nahm diese Lücke schon nach den Worten *de bonis* an und ergänzte sie auf Grund alter Ausgaben und Handschriften durch *deminutum erit.* MOMMSEN aber nimmt wohl mit Recht an, daß die Lücke erst nach dem hinter *hostiumque potestate esset* aus l. 15 § 3 D. ex quib. causis maiores 4, 6 zu ergänzenden Wort *posteave* anzusetzen sei, und will ergänzen: *non utendo deminutum esse.* Daß dieser Ergänzung zuzustimmen sei, bezweifle ich. Die Worte *deminutum esse* werden wohl auf Grund der Basiliken X 35, 1 angenommen, welche aber den Inhalt der Stelle nicht wörtlich wiedergegeben zu haben brauchen. In dem Teile des Edikts, welcher sich auf Verluste infolge der Abwesenheit des Gegners bezieht, werden drei Fälle unterschieden, nämlich 1. *si quis quid usu suum fecisse(t)*, 2. *aut quod non utendo amissum sit consecutus*, 3. *actioneve qua solutus ob id, quod dies eius exierit.* In der MOMMSEN'schen Ergänzung ist der erste Fall nicht besonders berücksichtigt. Es ist aber kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß bei den Verlusten infolge der Abwesenheit des Berechtigten nicht ebenso jene drei Fälle auseinandergehalten sein sollten. HUSCHKE, der dies erkannt hat, will *non usurpando vel non utendo deminutum esse* ergänzen. Mir scheint, daß die Ergänzung der Fassung der Worte in dem zweiten Teil des Edikts etwas entsprechender vorzunehmen sei, etwa so: *posteave usucaptum vel non utendo amissum esse* u. s. w. In den Kommentaren scheinen die drei Fälle, um nutzlose Wiederholungen zu vermeiden, nur einmal, und zwar bei der Besprechung des zweiten Teils des Edikts erläutert zu sein. Es sind die drei wichtigsten Kategorien der Vermögensverluste infolge von Versäumnissen: Verlust des Eigentums durch Usukapion der Sache von seiten eines anderen, Verlust von Servituten durch *non usus*, Verlust von Klagen durch unbenutzten Ablauf der ihnen gesetzten Zeitfrist. Das *usu suum facere* im zweiten Teil des Edikts ist eine ziemlich altertümliche Bezeichnung der Usukapion[1] und läßt darauf schließen, daß auch dieser Teil des Edikts recht alt ist. Beide erste Teile sind durch den ihnen zu Grunde liegenden Gedanken des Verlustes eines Vermögensrechts infolge Ablaufs einer Verjährung verbunden. Hinsichtlich der Hinderungsgründe, welche die Restitution als billig erscheinen lassen, konnte zwischen den beiden ersten Teilen des Edikts keine völlige Übereinstimmung herrschen. Die Hindernisse auf seiten des Berechtigten sind *absentia metus causa, sine dolo reipublicae causa abesse, in vinculis servitute hostiumque potestate esse.* Daß diese Hindernisse alle gleichzeitig in das Edikt auf-

---

Angelegenheiten seines Vaters ohne dessen Konsens oder Auftrag vornehme, sei jedenfalls *ipso iure* nichtig und die bloße Abwesenheit kein Grund der prätorischen Restitution. Der Ausdruck *restitui in integrum* sei hier nur im nicht technischen allgemeinen Sinne gebraucht. Darin, daß die Stelle des Terenz keinen Beweis für die Existenz eines Edikts über Restitution wegen Versäumnisse wegen *absentia* liefert, ist HUSCHKE zuzustimmen. Dies würde man längst erkannt haben, wenn man den Zusammenhang berücksichtigt hätte, in dem jene Stelle vorkommt. Ein Sohn hat in Abwesenheit seines Vaters eine Ehe abgeschlossen. Eine *in integrum restitutio* im technischen Sinne war hier nicht zulässig. Ein anderer Ratgeber des Vaters äußert eine von jener abweichende Ansicht v. 15 sq.: *mihi non videtur quod sit factum legibus rescindi posse.*

[1] Vgl. Rechtsgeschichte II, S. 388 A. 1.

genommen seien, ist kaum anzunehmen. Man nimmt wohl an, daß das *reipublicae abesse* den ersten Anlaß zur Aufstellung des ganzen Edikts gegeben, aber auch die Restitution wegen *absentia metus causa* wird alt sein; denn wenn das Edikt über die Restitution gegen ein *metus causa gestum* in frühe Zeit zurückreicht, so dürfte das auf das *metu causa abesse* bezügliche kaum jünger sein. Demnächst werden dann jenen Fällen der *absentia* gleichgestellt sein das *in vinculis servitute hostiumque potestate esse*, Zustände der Unfreiheit, die jenen Fällen einer *necessaria absentia* gleichkamen.

Was die Hindernisse in der Person des Gegners betrifft, so konnten hier nicht jene besonders motivierten Fälle der Abwesenheit aufgeführt werden: denn jede Abwesenheit desselben konnte einen Verlust des Berechtigten herbeiführen, vorausgesetzt, daß jener keinen *defensor* fand. Dem *absentem esse* ist auch hier das *in vinculis esse* gleichgestellt, nicht aber das *in servitute esse*, denn, sagt Ulpian in l. 23 pr. D. h. t.: *et eum, qui in vinculis est, si modo non sit in servitute, posse usu adquirere constat*, und in l. 118 D. de reg. iuris 50.17: *Qui in servitute est, usucapere non potest: nam cum possideatur, possidere non videtur.* Dann ist hier genannt der nicht Abwesende, der *secum agendi potestatem non facit.* Unter diese Worte fällt nicht bloß der Latitierende, sondern jeder, der absichtlich oder unabsichtlich durch sein Verhalten die Anstellung der Klage gegen ihn unmöglich gemacht (l. 23 § 4, l. 24 und l. 25 D. h. t. Ein weiterer Passus sagt: *aut cum eum invitum in ius vocare non liceret neque defenderetur*; der Zusatz *neque defenderetur* bezieht sich nach Ulpian's Erläuterung in l. 26 § 2 D. h. t. auch auf den *in vinculis* Befindlichen und den, *qui secum agendi potestatem non facit.* Die vorhergehende Bestimmung selbst aber bezieht sich auf die höheren Magistrate, welche wider ihren Willen nicht *in ius* vocieren werden konnten. Ließ sich ein solcher nun nicht durch einen *defensor* vertreten, so machte er dadurch die Anstellung der Klage gegen sich unmöglich. Endlich ist noch als Hindernis seitens des zu Belangenden genannt: *cum magistratus de ea re appellatus esset*, d. h. Vereitelung der Anstellung der Klage durch Anrufung eines Magistrats, welcher durch seine Intercession den prozeßleitenden Magistrat etwa an der Erteilung der beabsichtigten *formula* hindert.

Als eine dritte Art von Hindernis ist das Verhalten des prozeßleitenden Magistrats aufgeführt. Macht er durch Verweigerung des *ius dicere* oder Verzögerung desselben die Anstellung der Klage unmöglich, und läuft infolgedavon die Verjährung ab, so liegt darin auch ein vollgültiger Restitutionsgrund. Hier wird die *actio* als durch den *magistratus exemta* bezeichnet, da sie, wenn dem Kläger dabei kein *dolus* zur Last fällt, doch nur durch das Verhalten des Magistrats verloren ist. Daß diese Klausel auch auf Fälle zu beziehen sei, in welchen durch den bösen Willen oder die Nachlässigkeit des vom Magistrat bestellten *iudex* der Prozeß so verzögert wird, daß er untergeht, also auf die Prozeßverjährung, wie SAVIGNY[1] annimmt, bezweifle ich, denn hier kann der Kläger zeitig den Magistrat angehen und den säumigen *iudex* zur Erfüllung seiner Pflicht anhalten lassen. Gaius Cassius bestimmte ausdrücklich im Edikt: daß er Restitution erteilen werde, wenn der Magistrat wegen *feriae extra ordinem indictae* die Jurisdiktion nicht gehandhabt, und ein Klageberechtigter infolge des dadurch eingetretenen Verzugs seine *actio* verloren habe. Hier ist der Verlust *per praetorem* herbeigeführt. Man möchte annehmen, daß, als Gaius

[1] System VII, S. 182. [2] L. 26 § 7 D. ex quib. caus. majores 4, 6.

Cassius so edicierte, die allgemeine Klausel „*sive cui per magistratus sine dolo malo ipsius actio exempta esse dicetur*“ noch nicht aufgestellt war, denn dann wäre ja jenes Edikt überflüssig gewesen und ist ja in dem überlieferten Edikt, welches die allgemeinere Bestimmung aufstellt, nicht mehr enthalten. Die *sollemnes feriae* aber konnte der Klageberechtigte voraussehen und sich danach einrichten: auf sie soll also bei der Erteilung der Restitution keine Rücksicht genommen werden.

Allen diesen besonders aufgezählten Hinderungsgründen ist dann noch die *clausula generalis* hinzugefügt: *Item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam.* Die Prätoren haben gewiß schon vor Aufstellung dieser Klausel in einzelnen, nicht im Edikt erwähnten Fällen nach dem Gesetz der Analogie vermöge ihres Imperium Restitution erteilt. Wann es zur Aufstellung jener Klausel gekommen ist, wissen wir nicht. Sie ist unzweifelhaft jünger, als die beiden ersten Sätze des uns überlieferten Edikts; denn es ist kaum glaublich, daß diese Klausel, welche analoge Anwendung zuläßt, schon gleichzeitig mit jenen speziellen Aufzählungen von Hinderungsgründen entstanden sein sollte. Daß man mit der weiteren Aufzählung einzelner Hindernisse nicht auskommen könne, wird die Praxis erkannt und von dieser Erkenntnis aus die Aufnahme der allgemeinen Klausel in das Edikt veranlaßt haben. So schloß sich an die einzelnen im Edikt aufgestellten Hindernisse eine Auslehnung auf ähnliche Fälle, insbesondere an das Hindernis des *sine dolo malo ei publicae causa abesse.* Hier erhebt sich Ulpian sogar zu einer allgemeinen Abstraktion aus den besprochenen Fällen in l. 26 § 9 D. h. t.: *Et generaliter uotienscunque quis ex necessitate, non ex voluntate afuit, dici oportet ei subvenienum.* Aber man ist doch in der Ausdehnung noch weiter gegangen. Auch wenn jemand *de probabili causa* oder *iustissima causa* abwesend sei, z. B. *studiorum causa*, und infolgedavon an der Verfolgung seiner Rechte gehindert sei, soll der *praetor deliberare*, ob ihm nicht durch Restitution zu helfen sei, wobei darauf hingewiesen wird, daß sein *procurator* vielleicht gestorben sei.

Dem Relegierten aber, welcher nicht aus probablem Grunde abwesend war, soll, wenn er infolge seiner Abwesenheit an der Verfolgung seiner Rechte gehindert war, nicht schlechthin *ex clausula generali* Restitution gewährt werden, sondern nur *ex causa*, unter besonderen Umständen.[1] Bei der Restitution in analoger Anwendung auf Grund der *clausula generalis* hat der Prätor also noch mehr den einzelnen Fall zu erwägen, als bei den im vorhergehenden Edikt aufgezählten Fällen.

Nur bei den letzteren, nicht notwendig oder nur aus probablem Grunde abwesenden kommt für die Restitution etwas darauf an, ob sie einen Prokurator zurückgelassen haben oder nicht. Dagegen für den *rei publicae causa* *sine dolo malo absens* und die anderen ihm gleichstehenden notwendig Abwesenden kommt nichts darauf an, ob sie einen *procurator* zurückgelassen haben oder nicht,[2] wie denn auch im Edikt nichts darüber bemerkt ist. Wie diesem aus dem sonstigen Quellenmaterial sich ergebenden Satze l. 39 D. h. t. (Paulus lib. I sententiarum): *Is qui rei publicae causa afuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui non auditur,*

[1] So richtig Brinz, Pandekten I², S. 422. Vgl. l. 26 § 1 D. ex q. c. m. 4, 6. In l. 20 D. de minor. 4, 4 ist wohl statt *nec dixit* zu lesen: *nec reliquit.*

[2] L. 26 § 9 D. ex q. c. 4, 6. Brinz, a. a. O. S. 424 ff.

sich verhalte, ist eine schwer zu entscheidende Frage. Vielleicht ist die Äußerung des Paulus ungeschickterweise aus einem Zusammenhange gerissen, aus welchem hervorging, daß es sich um Restitution gegen eine *res iudicata* handelte. Dann würde Paulus denselben Satz, nur etwas strenger, ausgesprochen haben, welchen auch Macer in l. 8 D. de in integ. rest. 4, 1 vorträgt. Im einzelnen ist hier nun die Verwendung der *clausula generalis* in der römischen Praxis nicht weiter zu verfolgen.

An die *clausula generalis* schließen sich im Edikt noch die Worte an: *quod eius per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta decreta principum licebit.* In l. 2[illegible] § 2 D. h. t. werden diese Worte von Ulpian auf Verbote der Restitution durch *leges* u. s. w. bezogen. Savigny meint, diese Einschränkung gehe wohl bloß auf die unbestimmte und daher sehr umfassende *clausula*, mit welcher sie wörtlich allein in Verbindung stehe. Mir ist das unwahrscheinlich; denn bei Verboten von Restitutionen ist doch gewiß eher zu denken an Restitutionen wegen bestimmter Hindernisse, welche im prätorischen Edikt speziell erwähnt sind, aber nach dem Willen des betreffenden Gesetzes ihm gegenüber nicht stattfinden sollen, als an Restitutionen auf Grund eines allgemeinen Vorbehalts, dessen Anwendung von seiten des Magistrats sich nicht im voraus übersehen läßt, da sie mehr noch von der *causae cognitio* des Magistrats im einzelnen Fall abhängt. Einzelne Fälle, in welchen *leges* u. s. w. die Restitution verboten haben, scheinen nicht überliefert zu sein.

Von besonderer Bedeutung ist nun die nähere Feststellung des Inhalts des Restitutionsversprechens. Es heißt in dem Edikt: *earum rerum actionem intra annum, pro primum de ea re experiundi potestas erit — — in integrum restituam.* Der Prätor will also die durch Usukapion oder *non usus* oder Ablauf des *dies actionis* verlorene *actio* restituieren. Die danach vom Prätor gewährte Klage wird als *rescissoria* bezeichnet, und als das, was rescindiert wird, der rechtliche Vorgang, welcher den Rechtsverlust herbeigeführt hat, insbesondere also die Usukapion.

Wie man sich darnach die Gestalt des *actio rescissoria* zu denken habe, ist Gegenstand des Zweifels. In den Quellen ist noch gesagt, daß die Rescission der Usukapion nicht etwa in der Weise erfolgen soll, daß nach derselben immer die volle Usukapionszeit ablaufen müsse, sondern es soll nur der Teil der Frist restituirt werden, während welcher das Hindernis der Geltendmachung des Rechts (also die *absentia rei publicae causa*, die *feriae extra ordinem indictae*, l. 26 § 7 u. 8 D. h. t.) bestand. Lenel[1] stellt sich die Sache so vor. Der Prätor sah nach ihm selbst zu, wie viel von der Usukapionsfrist vor dem Eintritt des Restitutionsgrunds abgelaufen war, und restituierte nur so viel von jener Frist, als damals noch übrig war. Hätte nun der Kläger innerhalb der ihm gewährten 24 Stunden über die ihm restituierte *rei vindicatio litem* kontestiert, so hätte der *iudex* selbst dann verurteilen müssen, wenn etwa bereits der ganze *annus usucapionis* von neuem abgelaufen wäre, was sehr leicht möglich war, da der *annus usucapionis* ein *annus continuus*, der *annus restitutionis* dagegen ein *annus utilis* war. Es konnte also nach Lenel z. B. vorkommen, daß der *unus dies*, von dem in l. 26 § 5 cit. die Rede ist, erst anderthalb Jahre nach dem Aufhören des Restitutionsgrundes und gleichwohl vollwirksam restituiert wurde. Das ist ein seltsames Resultat, und auch der

[1] *Edictum* S. 98.

Weg, auf welchem Lenel zu ihm gelangte, ist auffallend. Das die Restitution gewährende Dekret giebt den Teil der Frist zurück, während welcher das Hindernis bestand. Jetzt erst sucht der Restituierte die *actio (rescissoria)* nach, und wenn ihm etwa ein paar Monate restituiert wären, so brauchte er sie nicht gleich zu erbitten: es genügt, wenn er innerhalb der ihm restituierten Frist *litem* kontestiert hat. Das Gesuch um Restitution kann innerhalb des *annus utilis* erfolgen und die restituierte Frist braucht sich dann gar nicht an das Aufhören des Restitutionsgrundes anzuschließen. Man braucht sich, meine ich, diese Auffassung nur recht klar vorzustellen, um ihre Unmöglichkeit einzusehen. Der Prätor gewährt doch nicht erst in einem Restitutionsdekret den infolge des Hindernisses versäumten Teil der Frist und giebt dann später (vielleicht nach Wochen, Monaten) die *actio rescissoria*, sondern er erteilt die Restitution durch Gewährung der *actio rescissoria*.[1] Ist dem aber so, so kann die Fiktion der letzteren nicht glatt und einfach gelautet haben: *si is homo — a No No usucaptus non esset*: sondern die Usukapion ist, wenn nicht während des ganzen Laufes der Frist das Hindernis bestand, nur teilweise zu rescindieren. Die Usukapion ist ein sich durch die gesetzliche Zeit hindurch ziehender rechtlicher Vorgang, der mit dem Erwerb des Eigentums des Usukapienten erst seinen Abschluß erhält. Dieser rechtliche Vorgang braucht nicht immer vollständig, sondern unter Umständen nur teilweise durch die Gewährung der Restitution, also der *rescissoria actio*, rescindiert zu werden. Diese nur teilweise Rescission muß in der Formel der Klage ihren Ausdruck gefunden haben. Es kommt hier in Frage, welche Punkte der Magistrat selbst vor Erteilung der *rescissoria actio* geprüft bezw. durch die Erteilung der *actio* entschieden, welche Punkte er der Prüfung des *iudex* überlassen habe. Lenel behauptet, nach den Quellen entscheide der Prätor nicht bloß über die Frage, welche Zeit hinwegzufingieren sei, sondern auch über die weitere, wie viel Zeit dem Restituierten zurückzugewähren sei, allein in der dafür citierten Stelle (l. 26, §§ 7, 8 D. h. t.) heißt es nur, *rescissionem usucapionis ita faciendam —, restitutio facienda est.* Wie diese Recission bewirkt wurde, davon ist gar nicht die Rede, und meines Erachtens war Dernburg[2] durchaus im Recht, wenn er nach der Fassung des die Restitution verheißenden Edikts annahm, daß der Prätor die Thatfragen, soweit irgend möglich, dem *iudex* überließ. Der Prätor wird geprüft haben, ob das behauptete Hindernis der Geltendmachung des Rechts ein Grund für die erbetene Restitution sei, also ein ediktsmäßiges sei, aber die Frage, ob das behauptete Hindernis wirklich vorlag, wie viel Zeit infolge des Hindernisses versäumt war, wie viel also zu restituieren, wird er durch eine entsprechende Fassung der *formula rescissoria* dem *iudex* überlassen haben. Dem steht die Fassung des Edikts: *si cuius quid de bonis, cum is — abesset — non tendo deminutum esse — dicetur* nicht entgegen, denn der Zwischensatz *cum — abesset* wird doch von *si — dicetur* mit umfaßt. Die restituierte Zeit ist aber natürlich vom Wegfall des Hindernisses zu rechnen, nur ist dem zu Restituierenden in Gemäßheit des im Edikt hinzugefügten *posteave* noch eine kurze Zeit nach dem Wegfall des Hindernisses, z. B. nach der Rückkehr, zu lassen, wie das ja klar aus der Erläuterung des *postea* in Ulpian's und Paulus' Kommentar (l. 15

[1] Bezeichnend ist der Ausdruck der l. 2 C. de rest. mil. 2, 50 (51): — *in integrum restitutio perpetua iurisdictione* (d. h. durch Gewährung einer *actio*) *intra annum utilem permittitur.*

[2] Festgaben für Heffter S. 121.

§ 3, l. 16 D. h. t.) hervorgeht, aber auch beweist, daß nicht etwa die zu restituierende Frist von dem Moment der Restitution zu berechnen sei.[1] Für das Nachsuchen der Restitution hat der Lädierte allerdings den *annus utilis*; wenn aber der für die *rescissoria actio* ernannte *iudex* durch seine Untersuchung zu der Erkenntnis kam, daß die zu restituierende, vom Wegfall des Hindernisses oder doch kurzer Zeit nachher zu berechnende Frist bereits vor der Litiskontestation abgelaufen war, so mußte er den Beklagten freisprechen. Die Formel könnte also gelautet haben: *Si is homo q. d. a., cum A^us A^us sine dolo mali rei publicae causa abesset, a. N^o N^o usucaptus non esset, tum si u. s. w.* Der Magistrat untersuchte auch nicht, ob der *annus utilis*, binnen welches die Restitution nachgesucht werden mußte, bereits abgelaufen war, denn es ist sicher bezeugt, daß die Verjährung der Restitution der *rescissoria actio* gegenüber vorgeschützt wurde.[2]

6. Rechtsmittel wegen *alienatio iudicii mutandi causa facta.*

§ 120. Vor allem erhebt sich hier die Frage, ob es überhaupt eine *in integrum restitutio* gegen die *alienatio iudicii mutandi causa facta* gegeben habe? Wenn sie zu bejahen ist, so darf man nicht mit LENEL[3] sagen, dem Zwecke der Restitution habe eine im Album proponierte *actio in factum concepta* gedient, denn von dieser heißt es: *videtur ex delicto dari.* Die Folge einer prätorischen Restitution gegen die *alienatio iudicii mutandi causa facta* könnte nur eine Rescission der *alienatio*, also die Gewährung einer *rescissoria actio* gegen den Veräußernden gewesen sein. Meines Erachtens muß man sich der Ansicht SAVIGNY's[4] anschließen, daß das Edikt wahrscheinlich eine solche Restitution versprochen hat. Dafür spricht die Stellung des Titels *de alienatione iudicii mutandi causa facta* im 4. Buch der Digesten, die nach den Büchern der Ediktskommentare, in welchen dieselbe behandelt ist, der im Edikt entsprochen haben muß, sowie die gleiche Stellung des Titels im Codex II, 54 (55). Dafür auch das Reskript Diocletian's und Maximian's in l. 1 C. h. t., nach welchem im Falle der *alienatio iudicii mutandi causa celebrata in integrum restitutio edicto perpetuo permittitur.* Nur scheint freilich in l. 3 § 4 D. h. t. als Inhalt der *in integrum restitutio* die Gewährung der Klage auf Geldentschädigung bezeichnet zu sein. Die Stelle lautet: *ex quibus apparet, quod proconsul in integrum restituturum se pollicetur, ut hac actione officio tantum iudicis consequatur actor, quantum eius intersit eum adversarium non habuisse* u. s. w. Vorsichtig äußert aber SAVIGNY, es müsse dahingestellt bleiben, wie viel etwa interpoliert sein möge. Und in der That ist die Stelle der Interpolation dringend verdächtig. Schon der Eingang ist auffallend: *Ex quibus apparet, quod* — —. Im Vorhergehenden sind Beispiele

[1] Nur das *medium tempus*, während welches der Hinderungsgrund vorlag, wird nicht eingerechnet. Vgl. l. 8 C. de rest. mil. 2, 50 (51): *Quod tempore militiae de bonis alicuius possessum ab aliquo est, posteaquam is rei publicae causa abesse desiit, intra annum utilem amota praescriptione temporis medii possessionem vindicare permissum est.*

[2] L. 5 C. quibus ex causis 2, 53 (54). L. 18 C. de postliminio 8, 50 (51). L. 35 D. de o. e. a. 44, 7. Die in dieser Stelle erwähnte *Publiciana actio rescissa usucapione* ist unsere *rescissoria actio.* Handelte es sich um die gewöhnliche *Publiciana*, welcher nur durch Versagung der *exceptio dominii* voller Erfolg verschafft werde, so könnte sie nicht als *contra ius civile* gegeben bezeichnet werden.

[3] *Edictum* S. 102.

[4] System VII, S. 104.

angegeben, in welchen durch eine *alienatio* die *conditio* eines anderen *durior* wird. Wie aber daraus erhellen soll, daß der Prokonsul verspricht, eine Restitution des angegebenen Inhalts zu gewähren, ist nicht verständlich. Noch weniger verständlich ist aber, wie als Inhalt einer Restitution auch im uneigentlichen Sinn eine Klage auf Entschädigung bezeichnet werden kann. Etwas weniger groß wäre der Anstoß, wenn dabei auf das *arbitrium de restituendo* des *iudex* hingewiesen wäre, was aber nicht der Fall ist, obwohl auch dann Gaius sich kaum so ausgedrückt haben würde, daß der Prokonsul verspreche, er werde restituieren, wenn er nur den *iudex* ermächtigen wollte, ein *arbitrium de restituendo* zu erlassen. Die Stelle macht durchaus den Eindruck, daß die Interpolation den Unterschied zwischen den beiden im klassischen Recht vorhandenen Rechtsmitteln: zwischen der *in integrum restitutio* und der prätorischen *in factum actio*, verwischen wollte. Von dem wahrscheinlich vorhanden gewesenen Edikt, welches die Restitution versprach, ist nichts erhalten; denn die überlieferten Ediktsworte: *quaeve alienatio iudicii mutandi causa facta erit* sind gewiß nicht zu ergänzen mit: *in integrum restituam*, sondern es wird sich daran das Versprechen einer *in factum actio* gegen den Veräußerer angeschlossen haben. Fragt man nach dem historischen Verhältnis der beiden Rechtsmittel, so wird man wohl die Restitution für das ältere halten müssen, denn nach der Aufstellung des die *in factum actio* versprechenden Edikts, lag, wie es scheint, für die Restitution kein dringendes Bedürfnis mehr vor. Sie konnte wohl neben dem neueren Rechtsmittel bestehen bleiben, aber eingeführt würde sie nach Aufstellung desselben kaum sein. Zu beachten ist, daß einige Hauptstellen unseres Digestentitels aus dem Kommentar des Gaius zum Provinzialedikt entnommen sind. Es ist gar nicht unwahrscheinlich, daß die *in factum actio* zuerst in Provinzialedikten aufgestellt und von da erst in das städtische Edikt aufgenommen ist. Gerade in den Provinzen mag sich das Bedürfnis nach solchem Rechtsmittel gegenüber den Veräußerungen an *potentiores* und an Leute in anderen Provinzen besonders geltend gemacht haben.

Das uns überlieferte Edikt ist, abgesehen davon, daß der Schluß desselben nicht erhalten ist, auch in seinem Anfang von einem vorhergehenden Stück abgebrochen, wie äußerlich das dem ersten Wort *quae* angehängte *ve* zeigt. Dieses *ve* streichen, heißt, die Bruchstelle nur verkleistern. Daß in der Tat innere gewichtige Gründe vorhanden sind, den Wegfall eines vorhergehenden Stücks anzunehmen, ist längst von Albert Schmid[1] gezeigt. In Bezug auf den in dem uns erhaltenen Stück vorkommenden Ausdruck *iudicii mutandi causa* bemerkt Paulus in l. 8 § 1 D. h. t. erläuternd: *id est futuri iudicii causa, non eius quod iam sit.* Schmid nimmt nun an, das nicht erhaltene erste Stück des Edikts habe sich auf die Veräußerungen bezogen, *quae fiant mutandi eius iudicii causa, quod iam sit.* Er bezieht sich dafür zunächst auf Stellen, wie l. 3 § 1 D. h. t.: *Sed et si hominem quem petebamus manumiserit* (*. adversarius*) u. s. w., und l. 4 § 2 D. eod.: *alioquin cum quo in rem agetur* u. s. w. Allein diese Stellen sind nicht zwingend, sie beweisen nicht, daß der Verfasser dabei an bereits geschehene Litiskontestation, an *iudicium acceptum* gedacht habe. Eher hätte Schmid sich auf l. 8 pr. D. h. t. beziehen können: *Ex hoc edicto tenetur et qui rem exhibet, si arbitratu iudicis pristinam*

[1] In der Dissertation: *de litigiosarum rerum alienatione ex iure anteiustinianeo.* Jenae 40.

iudicii causam non restituit. Der *arbitratus*, welcher das *pristinam iudicii causam restituere* auferlegt, kann doch wohl nur auf eine Klage gegen den bezogen werden, welcher nach konstituiertem *iudicium* sich durch Veräußerung desselben entzogen hat.

Beweisend aber ist l. 16 D. de aqua et aq. pl. 39, 3: *Post venditionem traditionem quod nocitum sit ei fundo, de quo ante iudicium acceptum sit aquae pluvine arcendae, nihilo minus eo iudicio venditorem posse consequi, non quia venditor, sed quod rei damnum datum sit, idque eum emptori restituere debere. sed si antequam noceatur is cum quo actum sit vendat, statim agendum cum emtore, vel intra annum cum eo qui vendiderit, si iudicii evitandi causa id fecerit.* Pomponius spricht hier in dem zweiten Satze „*sed si* u. s. w." von dem Falle, da der Beklagte bei der *actio aquae pl. a., is cum quo actum est*, also nach geschehener Litiskontestation verkaufte. Die Schlußworte aber „*vel intra annum* u. s. w." auf den Fall, da der Verkäufer *ante litem contestatam* verkaufte, zu beziehen, wie FRANKE[1] es thut, ist ganz willkürlich. Nach der Stelle kann vielmehr der Kläger den Beklagten, wenn dieser nach der Litiskontestation vor Eintritt eines Schadens verkauft hat, falls nachträglich ein Schaden eintritt, mit der nach dem ersten Teil unseres Edikts zulässigen Klage belangen, wenn er *evitandi iudicii causa*, um sich dem anhängigen *iudicium* zu entziehen, veräußert hat. Diese Erklärung der Stelle soll nun aber scheitern an dem Widerspruch, in welchem sie mit l. 4 § 1 D. de aqua et aq. pl. a. 39, 3 stehe: *Julianus quoque scribit, si post iudicium a. pl. arcendae susceptum fundum alienaverit is cum quo actum esset, de praeterito damno et opere restituendo id statuere iudicem debere, quod iudicaret si nulla alienatio facta esset: nam et fundo alienato nihilominus iudicium manere et damni rationem haberi etiam eius, quod alienationem contingit.* Wenn der Richter der *aq. pl. a.* trotz der vom Beklagten nach der *litiscontestatio* vorgenommenen Veräußerung den gesamten von der *litiscontestatio* an bis zum Urteil eingetretenen Schaden zu berücksichtigen und den Beklagten deshalb zu verurteilen habe, so bleibt allerdings kein Raum mehr für eine *actio* gegen den Verkäufer, weil er *evitandi iudicii causa* veräußert habe. Um nun die l. 16 D. mit l. 4 § 1 cit. in Einklang zu bringen, will BURCKHARD[2] das *is*, *cum quo actum sit* für einen ungenauen Ausdruck zur Bezeichnung des Gegners des Klagberechtigten erklären, ein Auskunftsmittel, welches meines Erachtens nur die Ratlosigkeit seines Urhebers kund giebt. Mir scheint, daß unter den römischen Juristen Meinungsverschiedenheiten darüber bestanden haben, ob nach der Veräußerung seitens des Beklagten nach der *litiscontestatio*, also trotzdem, daß er *dominus* des schadendrohenden Grundstücks zu sein aufhöre, dieses *iudicium* fortdauere oder ob nun *absolutio* des Beklagten einzutreten habe. Sah man das zur Sachlegitimation des Beklagten gehörige Eigentum desselben nur als eine notwendige Voraussetzung der Kondemnation an, so mußte man folgerecht dazu kommen, wegen einer Veräußerung nach der *litiscontestatio* Absolution des Beklagten eintreten zu lassen.

Zu beachten ist nun, daß das Verhalten des Beklagten, welcher sich durch Veräußerung dem *iudicium constitutum* entziehen will, als ein *facere iudicii evitandi causa* bezeichnet wird. Es ist wohl der Ausdruck, welcher in dem

[1] Kommentar über den Pandektentitel de hered. petit I, S. 62. Auch was ich selbst S. 492 über die Stelle gesagt habe, ist unhaltbar.

[2] Bei GLÜCK, Serie der Bücher 39 u. 40 Teil 3 S. 443 f.

nicht erhaltenen ersten Ediktstück gebraucht sein wird (etwa so: *Quae alienatio dolo malo*[1] *iudicii accepti evitandi causa quaeve alienatio* u. s. w.). Während das *evitare iudicium* nur auf den Beklagten paßt, setzt das *alienare iudicii mutandi causa*, da es in Bezug auf ein *futurum iudicium* geschieht, keine besondere Parteistellung voraus. Gewöhnlich wird es allerdings durch den geschehen, welcher als Besitzer eine bevorstehende Klage fürchtet. Es kann aber auch seitens des Klagberechtigten ein derartiges *alienare* vorgenommen werden. Veräußert ein Klagberechtigter, vielleicht um einen *potentior* als Kläger an seine Stelle treten zu lassen, so kann diesem Successor wegen der *alienatio iudicii mutandi causa facta* die Klage verweigert werden. Dies zeigt zunächst l. 11 D. h. t.: *Cum miles postulabat suo nomine litigare de possessionibus, quas sibi donatas esse dicebat, responsum est, si iudicii mutandi causa donatio facta fuerit, priorem dominum experiri oportere, ut rem magis quam litem in militem transtulisse videatur.*[2] Wenn aber der zu Belangende *iudicii mutandi causa* veräußert, so ist die *praetoria actio* begründet. Wie sich nun die Sache bei der *actio communi dividundo* gestaltet, darüber handelt l. 12 D. h. t., von welcher man bei Festhaltung des Unterschieds zwischen *alienare iudicii evitandi causa* und *alienare iudicii mutandi causa* ein besseres Verständnis gewinnt.

Der erste Satz der Stelle: „*Si quis iudicii communi dividundo evitandi causa rem alienaverit, ex lege Liciania ei interdicitur, ne communi dividundo iudicio experiatur: verbi gratia ut potentior emtor per licitationem vilius eam accipiat et per hoc lucrum ipse recipiat*“ bezieht sich meines Erachtens auf die Veräußerung, welche ein Miteigentümer, nachdem die *actio communi dividundo* gegen ihn angestellt und das *iudicium* konstituiert ist, vorgenommen hat, um sich diesem *iudicium* zu entziehen. Wäre an eine Veräußerung vor dem *iudicium acceptum* gedacht, so würde in den Worten des zweiten Satzes: *Sed ipse quidem qui partem alienaverit communi dividundo iudicio si agere velit, non audietur* eine unnötige Wiederholung liegen. Es ist nun aus anderen Quellenstellen bekannt, daß kein Miteigentümer bezw. Miterbe nach erfolgter Litiskontestation bei der Teilungsklage ohne Zustimmung der anderen Miteigentümer zur Veräußerung seines Anteils berechtigt ist. Die verbotene Veräußerung war zweifellos nichtig, dem Veräußernden blieb also sein Eigentumsanteil. Durch eine *lex Licinnia*, von welcher weiter nichts bekannt, war ihm verboten, nun seinerseits die Teilungsklage anzustellen. Es hing also von den anderen Miteigentümern ab, ob sie ihrerseits auf der Teilung bestehen wollten. Im zweiten Teile unserer Stelle ist dann gesagt, daß, wenn ein Miteigentümer vor anhängig gemachter Teilungsklage seinen Anteil (*iudicii mutandi causa*) veräußert habe, und dann seinerseits die *actio communi dividundo* anstellen solle, er damit kein Gehör finde, denn er hat aufgehört Miteigentümer zu sein und soll auch wohl keinerlei Anspruch mehr aus seinem früheren Miteigentum geltend machen können. Wenn aber der Käufer und neue Miteigentümer die *actio communi dividundo* anstellen will, so

[1] Daß der *dolus malus* des Veräußernden ausdrücklich in dem Edikt erwähnt war, geht aus l. 4 § 8 D. h. t. hervor: *cum in hoc edicto doli mali fiat mentio.* In den uns erhaltenen Ediktsworten findet sich diese Erwähnung nicht. Es ist daher möglich, daß der *dolus malus* schon in dem nicht überlieferten Ediktsstück stand.

[2] Nach Meyerfeld, Schenkungen S. 101, sind die Endworte so zu verstehen: *ne litem magis* (was der dolos beabsichtigte Effekt sein würde), *quam rem* (was zunächst wirklich geschehen ist), *transtulisse videatur*; aber es steht da „*ut*“, nicht „*ne*“. Meines Erachtens erlangt der Gedanke eine Umstellung: *ut litem magis, quam rem, in militem transtulisse videatur.*

soll ihm die Klage aus dem Teil des Edikts, in welchem bestimmt ist, „*qua alienatio iudicii mutandi causa fiat*, denegiert oder dem Beklagten *exceptio* dagegen gewährt werden. Hätte der Veräußerer durch die Veräußerung der *actio communi dividundo* des anderen Miteigentümers, welche dieser zu erheben beabsichtigte, sich entziehen wollen, so würde nach l. 24 § 1 D. communi dividundo 10, 3 die *praetoria actio* auf Grund des Edikts „*quae alienatio iudicii mutandi causa facta erit*" gegen ihn begründet sein.

Warum die Kompilatoren den ersten Teil des Edikts weggelassen haben, liegt wohl nicht sehr fern. Er war völlig unpraktisch geworden. Einmal wurde die Ansicht zur allgemeinen, daß eine *post iudicium acceptum* vom Beklagten in der Absicht, sich dem *iudicium* zu entziehen, vorgenommene Veräußerung den beabsichtigten Erfolg nicht erreichen könne. Was Julian in einem speziellen Falle ausspricht (l. 4 § 1 D. de aqua et aq. pl. a.): *id statuere iudicem debere, quod iudicaret, si nulla alienatio facta esset: nam et fundo alieno nihilominus iudicium manere*, war allgemeine Annahme geworden. Sodann wurden viele unter den ersten Teil des Edikts gehörige Fälle von der Bestimmung Justinian's, durch welche auch dem beklagten Besitzer die Veräußerung verboten wurde, betroffen.

Dem Gesagten nach ist es begreiflich, daß in den in den tit. D. de alienatione iudicii mutandi causa facta 4, 7 aus den Ediktskommentaren aufgenommenen Fragmenten nur der zweite überlieferte Teil des Edikts und die auf Grund desselben im Edikt proponierte Klage erörtert ist. Als demselben zu Grunde liegender Gedanke wird der angegeben, daß bei einer absichtlich zu dem Zweck vorgenommenen Veräußerung, um jemandem in einem bevorstehenden Prozesse statt seiner einen Gegner zu substituieren, gegenüber welchem ihm die Verfolgung seines Rechts erschwert oder ganz oder zum Teil vereitelt ist, z. B. bei einer Veräußerung an einen *potentior*, an einen in einer anderen Provinz Wohnenden u. s. w., dem Benachteiligten Hilfe zu gewähren sei. Die Klage, bezüglich welcher die Stellung des Dritten dem neuen Gegner gegenüber verschlechtert ist, kann eine sehr verschiedenartige sein: *rei vindicatio, aquae pluviae arcendae actio, interdictum quod vi aut clam, communi dividundo actio*, Freiheitsprozeß u. s. w. Der Grund der Klage ist ein vom Prätor gemißbilligtes Thun, die beabsichtigte Schädigung des berechtigten Interesses des anderen, einen ungünstigeren Prozeßgegner durch eine Veräußerung nicht erhalten zu haben. Ihrem Grunde nach ist also die Klage eine Deliktsklage, aber sie ist gerichtet auf den einfachen Betrag des Interesses des Klägers, *alium adversarium non habuisse*. Insofern ist sie also nicht *poenalis;* als aus einem Delikt entsprungene wird sie aber nicht gegen den Erben des Schuldigen und auch nur innerhalb eines *annus utilis* gegeben. Sie wird als *praetoria actio* bezeichnet und war *in factum* konzipiert, sie war auch mit der Anweisung an den *iudex* versehen, zunächst ein *arbitrium de restituendo* zu erlassen. Daß in der *in factum* konzipierten Quasiintentio der Zweck der *alienatio* nur als „*ne eo cum ageretur*" bezeichnet sei, wie Lenel[1] annimmt, halte ich nicht für möglich, denn dann wäre ja gar nicht zum Ausdruck gekommen, daß die *alienatio iudicii mutandi causa*, um den Gegner in eine nachteiligere Position zu bringen, geschehen sei. Ferner ist es gewiß richtig, daß die *condemnatio* der Formel nicht, wie Rudorff[2] annimmt, auf *quanti A^i A^i interest, alium adversarium non*

[1] *Edictum* S. 102. [2] *De iuris dictione edictum* p. 64.

habuisse gelautet hat: mit diesen Worten in l. 1 pr. und l. 3 § 4 D. h. t. ist nur der Inhalt des klägerischen Interesses, nicht die Formelfassung wiedergegeben. Andererseits halte ich es für nicht richtig, für die *condemnatio* die Fassung: *quanti ea res erit* anzunehmen. Es ist doch gewiß nicht gleichgültig, daß in verschiedenen Stellen der Inhalt des klägerischen Interesses mit Gebrauch des Perfektums angegeben ist (*interest, alium adversarium non habuisse — nisi si quid actoris praeterea interfuit*). Darnach kann die *condemnatio* keinenfalls auf *quanti ea res erit*, sondern muß wohl auf *quanti ea res fuit* gelautet haben, denn der *iudex* soll doch abschätzen, was es für den Kläger ausmachte, daß ihm nicht ein für ihn ungünstigerer Gegner entgegengesetzt wurde bezw. welche Nachteile er infolge der *alienatio* gehabt hat.

Es ist oben die Vermutung ausgesprochen, daß die hier erörterten Ediktsbestimmungen über die *alienatio iudicii mutandi causa facta* zunächst in Provinzialedikten aufgestellt und von da erst in das *edictum urbanum* übergegangen seien. Hier möge nun noch auf eine Stelle hingewiesen werden, welche einen Fingerzeig dafür zu enthalten scheint, vor welchem Zeitpunkt das *edictum urbanum* jene Bestimmungen noch nicht enthalten haben kann. Es ist l. 14 pr. D. de aqua et aq. pl. a. 39, 3: *Antaeus ait, si is qui opus fecerit potentiori vendiderit praedium, quatenus desierit dominus esse, agendum cum eo quod vi aut clam: quod si annus praeterierit, de dolo iudicium dandum.* Nach Verkauf des Grundstücks, auf welchem ein zur *aq. pl. arc. actio* berechtigendes *opus* vorgenommen ist, kann gegen den Käufer, von welchem das *opus* nicht herrührt, nur auf *patientiam praestare* geklagt werden, nicht darauf, daß er das *opus* auf seine Kosten beseitige. Es fragt sich nun, von wem der durch die Veräußerung Benachteiligte die auf die Beseitigung des *opus* aufgewendeten Kosten wiederverlangen könne. Hätte der Verkäufer ohne die Absicht, *in fraudem* des zur *actio aq. pl. a.* Berechtigten einen anderen *adversarius* zu substituieren, die Veräußerung vorgenommen, so würde nur das *interdictum quod vi aut clam* auf Ersatz der Kosten gegen den Veräußerer begründet sein, von welchem auch Gaius in l. 13 D. eod. tit. allein redet. Ist aber, wie in unserer Stelle vorausgesetzt wird, die *alienatio iudicii mutandi causa* vorgenommen, so nimmt man Anstoß daran, daß neben dem *interdictum quod vi aut clam* nicht die *in factum actio* auf Grund des Edikts über die *alienatio iudicii mutandi causa facta* erwähnt ist. Es hat deshalb Cujacius eine recht gewaltsame Änderung vorgeschlagen.[1] Burckhard,[2] welchem mit Recht solche gewaltsame Korrektur mißfällt, meint, das in unserer Stelle angeführte *iudicium de dolo* sei eben jene *in factum actio*, welche sehr wohl so habe bezeichnet werden können, da ja *dolus* die Voraussetzung der *in factum actio* bilde. Dem stehen aber doch zwei Bedenken entgegen: einmal, daß bei dem Ausdruck *iudicium de dolo* jedermann an die bekannte *doli actio* denken muß, und kein Grund ersichtlich ist, warum der Jurist, wenn er jene *in factum* meinte, dieselbe nicht ebenso deutlich bezeichnete, wie es von Pomponius in l. 16 D. eod. tit. geschehen ist. Sodann kann aber nach den Worten: *quod si annus praeterierit, de dolo iudicium dandum* doch nicht wohl bezweifelt werden, daß der Jurist, so lange das *interdictum quod vi aut clam* begründet war, das *de dolo iudicium* nicht für begründet hielt. Das paßt aber nicht auf die *in factum actio*, welche elektiv neben dem *interdictum*

[1] Vgl. Mommsen's Digestenausgabe Bd. II, S. 401 Note 17.
[2] A. a. O. S. 424 f.

begründet gewesen wäre, sondern wegen ihrer subsidiären Natur nur auf die *doli actio*.[1] Statt Antaeus ist mit Mommsen Ateius zu lesen, welcher auch in l. 2 § 4 D. h. t. von Paulus citiert wird. Dieser Ateius ist aber nicht der bekannte Haupt der Sabinianer, Ateius Capito, sondern ein älterer Jurist Gaius Ateius, ein Schüler des Servius Sulpicius Rufus.[2] Dieser Gaius Ateius kann die *actio in factum* wegen *alienatio iudicii mutandi causa facta* noch nicht gekannt haben, denn sonst hätte er sie nicht unerwähnt lassen und nicht die subsidiäre *de dolo iudicium* für begründet erklären können. Sie wird zu seiner Zeit noch nicht in das *edictum urbanum* aufgenommen sein.

Wir finden von großer Autorität die Behauptung ausgesprochen, daß sowohl die *in integrum restitutio* als auch die *in factum actio* wegen *alienatio iudicii mutandi causa facta* durch Zulassung der *in rem actio* gegen den *fictus possessor* entbehrlich geworden seien.[3] Daß aber beide Bestimmungen von ganz verschiedenen Gedanken ausgegangen sind, ist schon mehrfach mit Recht geltend gemacht worden. Ulpian sagt auch ausdrücklich in l. 4 § 1 D. h. t.: *Itemque fieri potest, ut sine dolo malo quidem possidere desierit, verum iudicii mutandi causa id fiat.* Das *dolo malo desinere possidere* liegt vor, wenn ein *malae fidei possessor* sich wissentlich des Besitzes der Sache entäußert, sie wissentlich verzehrt, vernichtet. Aber auch ein *bonae fidei possessor* kann veräußern zu dem Zweck, um für einen ihm drohenden Prozeß dem, der gegen ihn klagen will, statt seiner einen beschwerlicheren Gegner entgegenzusetzen. Wie wären auch wohl die Arbeiter Justinian's auf den Gedanken gekommen, den besonderen Titel *de alienatione iudicii mutandi causa facta* in die Digesten aufzunehmen, wenn namentlich die *actio in factum* wegen *alienatio iudicii mutandi causa facta* durch den vorher genannten Rechtssatz entbehrlich gemacht worden wäre? Ja, es ist gar nicht unmöglich, daß dieser Rechtssatz auch für die *rei vindicatio* schon in anerkannter Geltung war, als die Bestimmungen über die *actio iudicii mutandi causa facta* in das *edictum urbanum* aufgenommen wurden.

7. Restitution wegen Irrtums.

§ 121. Von Ulpian ist bei Aufzählung der Restitutionsgründe in l. 1 D. de in int. rest. 4, 1 der *iustus error* nicht genannt, wohl aber von Paulus in l. 2 D. eod. (vgl. auch Paul. sent. I. 7 § 2). Die Übergehung des *error* in der Aufzählung des Ulpian erklärt sich genügend daraus, daß das betreffende Edikt, wie wir sehen werden, Restitution wegen *error* nur in einem ganz einzelnen Fall versprach. Daß dieses Edikt seine Stelle bei den Restitutionen hatte, ist nicht zu bezweifeln, denn es wird von Ulpian sowohl wie von Paulus im 12. Buch ihrer Kommentare erläutert. In den Digesten aber findet sich der Titel: *Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur* nicht in dem ursprünglichen Zusammenhange, in welchem er im Edikt vorkam, sondern ist unter die Titel über das Vormundschaftsrecht verpflanzt (D. 27, 6). Nach der Digestenrubrik

[1] Burckhard, a. a. O. S. 425 A. 73, weist mit Recht darauf hin, daß beim *interd. quod vi* die 1jährige Verjährung vom Moment des *opus factum*, bei der *actio in factum* hingegen vom Moment der dolosen Veräußerung, die erst nach der Errichtung des *opus* stattfinde, beginne. Das letztere gilt auch von der *doli actio*.

[2] Vgl. Bd. I, S. 684 f. Krüger, Geschichte der Quellen und Litteratur d. röm. Rechts S. 66 A. 64.

[3] Bethmann-Hollweg, Der röm. Civilpr. II, S. 752. Savigny spricht es nur für die *in integrum restitutio* aus (System VII, S. 212).

sowie nach einigen Äußerungen der Kommentare (namentlich l. 1 pr. D. eod.: *Huius edicti aequitas non est ambigua, ne contrahentes decipiantur, dum falsus utor adhibetur*) möchte es scheinen, als ob das Edikt Restitution gegen alle Geschäfte verheißen habe, welche jemand mit einem Pupillen *falso tutore auctore*, irrigerweise den letzteren für einen wirklichen Tutor haltend, abgeschlossen habe. Dieser Schein aber trügt. Es kann nach den überlieferten Ediktsworten selbst (*si id actor ignoravit*) kein Zweifel darüber bestehen, daß das Edikt nur den Fall betraf, in welchem jemand als Kläger mit einem Pupillen *falso tutore auctore litem* kontestiert hatte. Weil hier ein Nichttutor *auctoritatem* interponiert hatte, war die *litiscontestatio* für den beklagten Pupillen und die auf dieselbe erfolgende *condemnatio* ungültig, dagegen für den Kläger war sie wirksam und konsumierte dessen Klaganspruch. Nach dem Edikt soll ihm gegen den unbilligen Verlust *in int. restitutio* gewährt werden. Daß im Edikt selbst hinter den Worten: *Quod eo auctore, qui tutor non fuerit* nicht gestanden haben kann: *gestum esse dicatur*, ist dem Gesagten nach klar. Die wirklich im Edikt an dieser Stelle gebrauchten Worte und auch der Kommentar dazu sind von dem Kompilatoren unterdrückt. Den Grund dieses Verfahrens hat man ganz richtig darin erkannt, daß im justinianischen Recht die Litiskontestation ihre konsumierende Kraft verloren hatte, eine Restitution gegen die Klagenkonsumtion also nicht mehr nötig war. Ist nun deshalb die Aufführung dieses Edikts mit seinem *dabo in integrum restitutionem* in den Digesten lediglich als eine historische Notiz oder gar als ein Redaktionsfehler zu betrachten? Mir scheint die Aufnahme von den Redaktoren der Digesten ganz absichtlich geschehen zu sein. Nach der Titelrubrik und nach l. 1 pr. §§ 3 u. 5 D. h. t. ist nicht zu bezweifeln, daß sie das Edikt jetzt auf *falso tutore auctore gesta* bezogen wissen wollten. Wer mit einem Pupillen *falso tutore auctore*, die Nichtberechtigung des angeblichen *tutor* nicht kennend, ein Rechtsgeschäft abgeschlossen, das an sich für ihn verbindend ist, soll dagegen *in integrum* restituirt werden.[1] Auch der Schluß der Klausel: *dabo in integrum restitutionem* entspricht gewiß nicht der ursprünglichen Fassung. Diese kann nur ein Versprechen der Restitution der konsumierten *actio* enthalten haben, welches nun für das Edikt in einer durch die Kompilatoren veränderten Bedeutung nicht mehr brauchbar war. Einen Beleg dafür, daß die Restitution auf Grund dieses Edikts durch Gewährung eines *rescissorium iudicium* erteilt wurde, haben wir in l. 7 § 3 D. h. t.: *Pomponius libro trigesimo recte scribit etiam sumptuum in hoc iudicio rationem haberi, quos facturus est actor restitutorio* (*sc. iudicio*) *agendo.* Daß ein ständiges Formelschema dafür im Edikt aufgestellt war, läßt sich natürlich nicht behaupten.

Das Edikt selbst hatte noch eine andere Klausel, durch welche gegen den, welcher, ohne Tutor zu sein, *dolo malo auctoritas* erteilt habe, eine Klage auf Entschädigung versprochen wurde. Auch diese Klausel will Lenel[2] ausschließlich auf den Fall bezogen wissen, wo jemand dadurch, daß er

[1] Es ist also die Behauptung Spaltenstein's, a. a. O. S. 167, daß Keller, dadurch, daß er, Pand. § 107, diese Restitution als gegen jedes Rechtsgeschäft, welches jemand mit einem Pupillen unter der *auctoritas* eines *falsus tutor* eingegangen, gerichtet erklärt, seiner eigenen Erklärung des Inhalts des Edikts (Litiskontestation S. 573 ff.) widerspreche, durchaus ungerechtfertigt. Der ursprüngliche Inhalt des Edikts, und was die Redaktoren der Digesten daraus gemacht haben, sind wohl voneinander zu unterscheiden.

[2] *Edictum* S. 99.

mit einem Pupillen *falso tutore auctore* Litiskontestation vorgenommen, seine Anspruch eingebüßt hatte. Für anderweite Fälle der Schädigung durch Kontrakt *falso tutore auctore* habe es ein anderes *iudicium in factum* gegen den *falsus tutor* gegeben, wovon Ulpian erst lib. 35 gehandelt habe. Mir scheint für die Annahme zweier solcher *in factum iudicia* gegen den *falsus tutor* kein Grund vorzuliegen. Denn daß die zweite im l. 7 pr. D. h. t. überlieferte Klausel: *In eum qui, cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur, iudicium dabo, ut quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnetur* dieselbe beschränkte Beziehung gehabt habe, wie die erste, dafür fehlt es an jedem Anzeichen. Daß das Edikt an dieser Stelle hinter dem Restitutionsversprechen stand, gibt doch keinen Anhalt für eine solche beschränktere Beziehung. Die überlieferten Worte lauten ganz allgemein. Daß Ulpian an einer anderen Stelle, in dem Zusammenhange der das Vormundschaftsrecht behandelnden Titel, noch einmal auf dieses Edikt bezw. auf die auf Grund desselben aufgestellte Klage zurückkam, macht keineswegs die Annahme eines weiteren Edikts bezw. eines weiteren *factum iudicium* wahrscheinlich. Dazu können ihn Gründe des inneren Zusammenhanges bestimmt haben, ähnliche, wie die, welche die Redaktoren Justinian's bestimmt haben, das ganze Edikt in den Zusammenhang des Vormundschaftsrechts zu verpflanzen. Die zwei *iudicia in factum* wären ein Luxus, für welchen kein Grund erfindlich ist. Die Klage wird übrigens auch gegen den gegeben, welcher *dolo malo* seine *auctoritas* als angeblicher *tutor* für ein Geschäft einer *impubes filiafamilias* oder Sklavin gegeben, denn nur darauf kommt es an, daß *propter tutorem decipitur is qui contravit, quia aliter cum impubere contracturus non fuit, quam si tutoris auctoritas intercessisset.*[1] Die Klage ist eine Deliktsklage (*factum punit*). Natürlich war sie *in factum* konzipiert; in der *quasi intentio* war der behauptete *dolus* des Beklagten hervorgehoben; die *condemnatio* lautete auf *quanti ea res erit*, worunter das einfache Interesse des Klägers (die *veritas*), ohne irgend welchen Strafzusatz, zu verstehen ist.[2] Ihrem Ziele nach war also die Klage nicht *poenalis* und ging auf die Erben des Verletzten über. Als aus einem Delikt entsprungen wurde sie aber nicht gegen die Erben des Thäters und nicht *post annum* gegeben. Hatten aber mehrere *falsi tutores dolo malo* ihre *auctoritas* erteilt, so haftete jeder für das ganze Interesse des Beschädigten, und es wurden zwar durch die von einem erfolgte volle Befriedigung des Geschädigten, nicht aber schon durch die *litis contestatio* mit dem einen die übrigen Schuldigen befreit.[4] War der *falsus tutor* eine gewaltunterworfene Person, so fand die Klage gegen den Gewalthaber als *noxalis* statt.[5]

Was das Alter dieser Rechtsmittel betrifft, so dürfte die *in integrum restitutio* älter, als die *actio in factum* sein. Beide aber waren schon dem Labeo bekannt.[6]

Noch in anderen Fällen ist gegen die konsumierenden Wirkungen der *litiscontestatio* Restitution erteilt. Wenn infolge einer *pluspetitio* der Kläger abgewiesen war, so erteilte in der Regel der Prätor gegen den Verlust des durch die *litiscontestatio* konsumierten Klagrechts keine *in integrum restitutio*, ausgenommen in gewissen Fällen. Nach den justinianischen Institutionen[7] soll

---

[1] L. 11 § 2 D. h. t. [2] L. 9 § 1 D. h. t. [3] L. 7 pr. § 2 D. h. t.
[4] L. 7 § 4, l. 8 D. h. t. [5] L. 9 § 1 D. h. t. [6] L. 2 und l. 9 § 1 D. h. t.
[7] § 33 J. de act. 46, 1.

diese Majorennen nur gewährt sein, wenn sie sich in sehr verzeihlichem Irrtum der *pluspetitio* schuldig gemacht hatten. Ob dies so schon im Edikt versprochen war, steht dahin. Auch wenn in der *condemnatio* zu wenig verlangt war, erteilte der Prätor dem dadurch benachteiligten Kläger keine Restitution, wohl aber, wenn in der *condemnatio* zu viel angesetzt war, dem dadurch benachteiligten Beklagten, wenn dieser es, weil er die Iniquität nicht bemerkt hatte, unterlassen, den Prätor, der die *iniqua formula* erteilt hatte, zeitig darauf aufmerksam zu machen. *Facilius enim*, heißt es bei Gaius IV, 57, *reis praetor succurrit, quam actoribus.* Ferner wird, wenn der Beklagte es irrtümlicherweise unterläßt, eine ihm zustehende peremtorische *exceptio* in die *formula* aufnehmen zu lassen, derselbe dagegen *in integrum* restituiert. Fraglich dagegen sei es, sagt Gaius IV, 125, ob er restituiert werde, wenn er es unterlassen, eine *dilatoria exceptio* zeitig vorzuschützen, so daß sie in die Formel aufgenommen werden konnte. Deren Verlust mochte man nicht für bedeutend genug halten, um dagegen diese außerordentliche Hilfe eintreten zu lassen. — Ist jemand mit einer Klage infolge einer Einrede abgewiesen, deren Grund durch ein späteres Ereignis weggefallen ist, so kann er dagegen *in integrum restitutio* erlangen (l. 2 D. de exc. r. j. 44, 2, l. 15 D. de o. et a. 44, 7). Wer irrtümlich eine *confessio in iure* abgelegt hat, kann davon durch *in integrum restitutio* Befreiung erlangen (l. 11 § 8 D. de interr. 11, 1).

Ob alle diese Restitutionen gegen die infolge der strengen Sätze des alten römischen Prozeßrechts eingetretenen unbilligen Nachteile auf ediktale Versprechen zurückgehen, ist nicht mehr festzustellen.

Als einen noch geltenden, nicht dem Prozeßrecht angehörigen Fall der Restitution wegen Irrtums führt man folgenden an.[1] Wenn die Erbschaftsgläubiger, weil sie das eigene Vermögen des Erben für überschuldet hielten, Trennung der Güter des Erblassers von denen des Erben erlangt, sich aber in jener Annahme der Überschuldung des Erben geirrt haben, so können sie, *iustissima ignorantiae causa allegata*, Restitution erlangen. Allein die durch das prätorische Dekret erlangte *separatio bonorum*, infolge deren gesonderte *venditio bonorum* eintritt, ist ein prozessualischer Akt; auch dieser Fall gehört also dem Prozeßrecht an. Wenn Gaius II, 163 sagt: *scio quidem divum Hadrianum etiam maiori viginti quinque annorum veniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande aes alienum quod aditae hereditatis tempore latebat, apparuisset,* so darf aus dieser kraft kaiserlicher Machtvollkommenheit vorgenommenen Restitution kein Schluß auf das, was andere Magistrate thaten, gezogen werden.

Allgemeines über den Charakter der *in integrum restitutio* und die Geschichte derselben.

§ 122. Die betrachteten einzelnen Restitutionsfälle zeigen, daß jede *in integrum restitutio* eine für den Restitutionssucher nachteilige Veränderung des Rechtszustandes voraussetzt, welche durch sein Thun oder, in anderen Fällen, durch sein Unterlassen eingetreten, eine Veränderung, die dem strengen Recht widerspricht, so daß das *commune ius* dagegen eine Hilfe nicht gewährt. Die in solcher Weise benachteiligte Person wird mit verschiedenen Ausdrücken bezeichnet: als *lapsus*, *captus*, *circumscriptus*, *circumventus*. Berechtigt zur Erteilung der Restitution kann nicht jemand sein, der nur zur Anwendung des

[1] Savigny, System VII, S. 198. Windscheid, Pandekten I, § 118.

commune ius befugt ist, also nicht, wer nur die ordentliche *iurisdictio* besitzt. Die Befugnis zur Erteilung einer Restitution setzt eine höhere Amtsgewalt voraus, welche befugt ist, im konkreten Fall auch die dem *ius commune* gemäß eingetretene Änderung zu reszindieren und rückgängig zu machen. Die Befugnis zur Restitution kam also nur den mit *imperium* ausgestatteten Magistraten oder Promagistraten zu. Natürlich sollen dieselben nicht nach Laune und Willkür restituieren, sondern sich dabei als Organe der *aequitas* ansehen, d. h. der höheren, nicht in festen Durchschnittssatzungen ausgeprägten Gerechtigkeit, welche den einzelnen Fall nach seiner ganzen Eigentümlichkeit würdigt und je nach dem Ausfall dieser Prüfung ihre Entscheidung trifft. Die Rescission der eingetretenen nachteiligen Rechtsveränderung muß der Billigkeit, der *aequitas* entsprechen. Was der *aequitas* entspreche, sollte der Magistrat nicht seiner eigenen subjektiven Anschauung entnehmen, sondern er sollte sich dabei gewiß als ein Organ der Verkehrsanschauung ansehen, welche durch seine Entscheidung zur Geltung gebracht werden sollte. Der so aufgefaßten *aequitas* entsprach es nun gewiß nicht, daß jemandem, welcher unverzeihlicherweise durch sein Thun oder Unterlassen den Nachteil erlitten, dagegen geholfen werden solle. Es mußte vielmehr in seiner Person ein Grund vorgelegen haben, durch welchen er entschuldbarerweise oder gar unvermeidlicherweise jenen Nachteil durch sein Thun oder Unterlassen verfallen war. So ergiebt sich aus dem allgemeinen Wesen der *in integrum restitutio* die zweite Voraussetzung ihrer Erteilung: die *iusta causa restitutionis* bezw. die Notwendigkeit eines Kausalzusammenhangs zwischen dieser und der eingetretenen nachteiligen Rechtsveränderung. Die nachteilige Rechtsveränderung wird in der weit überwiegenden Zahl der Fälle eine das Vermögen betreffende sein. Doch läßt sich wohl nicht in Abrede stellen, daß unter Umständen auch gegen andere durch Privatrechtsakte oder durch prozeßrechtliche Akte bewirkte Nachteile Restitution erteilt werden kann.[1]

Was die *causae* der Restitution betrifft, so kann, wenn wir die historische Entwicklung der *in integrum restitutio* ins Auge fassen, die Zahl derselben lange keine abgeschlossene gewesen sein, und ist es theoretisch, so lange das *imperium* der republikanischen Magistrate in Kraft blieb, überhaupt wohl nicht geworden. Es blieb immer denkbar, daß ein Magistrat auch aus anderen Gründen, als den im Edikt vorgesehenen, Restitution erteilen werde. Auch wird, schon bevor die Magistrate in ihren Edikten im voraus versprachen, aus bestimmten Gründen Restitution zu erteilen, vorher in einzelnen Fällen aus diesen Gründen Restitution erteilt sein. Die schon vorher in einzelnen Fällen geübte Praxis wird dem allgemeinen ediktalen Versprechen die Wege geebnet haben. Das Verhältnis des die Restitution versprechenden Edikts zu der Restitutionserteilung im einzelnen Fall blieb aber doch immer ein anderes, wie bei anderen prätorischen Akten. Eine Restitution, auch wenn sie im voraus versprochen ist, wird immer nur *causa cognita* erteilt: die Restitutionserteilung ist immer, wenn ich mich so ausdrücken darf, eine *decretale* geblieben. Kommt es dahin, daß eine *actio rescissoria*, die früher nur infolge Restitution erteilt wurde, ohne weiteres *ex edicto* erteilt wird, so ist für diesen Fall das Wesen der Restitution abgestreift. So sagt denn noch Modestinus

[1] Vgl. Burchardi, S. 70 ff. Windscheid, Pandekten I, § 115. Brinz, Pandekten I², S. 411.

nach l. 3 D. de in int. rest. 4, 1: *Omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur, scilicet ut iustitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit.* Mag also auch bei dem Restitutionsverfahren der Magistrat möglichst viel einem darauffolgenden Verfahren vor einem *iudex* überlassen: die eine Prüfung kann er ihm nicht überlassen, ob der von dem Restitutionssucher behauptete Grund es als billig erscheinen lasse, die Restitution zu gewähren. Darauf ist die magistratische *causae cognitio* stets zu richten, wie das auch Modestin in den vorhin angeführten Worten sagt.[1] Noch weniger allerdings bindet die ediktale Verheißung den Magistrat, wenn er darin ausdrücklich erklärt, daß er jeden einzelnen ihm vorgetragenen Fall nach dessen Eigentümlichkeit würdigen werde. Da nun doch im einzelnen Fall alles von dem Ausgang der *praetoria cognitio* abhängt, so kann man den Restitutionsanspruch doch nicht in demselben Sinn, wie den auf das *ius commune* sich stützenden, als einen Rechtsanspruch bezeichnen. Der auf die *aequitas* sich stützende Anspruch kann sich nicht auf eine feste Norm berufen. Ob die besondere Natur des Falles den Magistrat bewegen wird, von seiner Machtfülle Gebrauch zu machen und der Bitte des Benachteiligten gemäß die nachteilige Rechtsveränderung zu rescindieren, läßt sich noch weniger im voraus berechnen, als wie sich die Entscheidung des Prätors oder des *iudex* bei Anwendung fester Rechtssätze berechnen läßt. Je gleichmäßiger aber die Restitution in immer wiederkehrenden Fällen erteilt wird, desto mehr streift sie das eigentümliche Wesen dieses Rechtsmittels ab. Wird nun neben der Restitution eine *actio* aus demselben Grunde im Edikt aufgestellt, so wird dadurch die Restitution notwendig mehr in den Hintergrund gedrängt.

So haben sich denn im Verlaufe der römischen Rechtsentwickelung nur diejenigen Restitutionsgründe, welche sich zur Aufstellung von Klagen aus gleichem Grunde nicht eigneten, wie die *restitutio* wegen *minor aetas* und die der Majorennen wegen *absentia*, in voller Kraft erhalten. Da *in integrum restitutio*, als auf Rescission von dem strengen Recht entsprechenden nachteiligen Rechtsveränderungen durch unmittelbares Eingreifen des magistratischen *imperium* gerichtet, wird als ein *extraordinarium auxilium* bezeichnet, und soll demgemäß nicht gewährt werden, wo jemand *communi auxilio et mero iure* geschützt ist. Dieser ihrer ursprünglichen Idee nach ist sie also durchaus subsidiär. Doch ist diese Idee der Subsidiarität im Verlaufe der Entwickelung nicht streng durchgeführt. Wo ursprünglich nur *in integrum restitutio* hatte helfen können, kamen wohl andere ordentliche Rechtsmittel auf oder wurden von besonderer Rechtsauffassung aus als begründet angesehen. Da ist nun nicht immer die *in integrum restitutio* zurückgedrängt, sondern steht zur Auswahl neben dem betreffenden anderen Rechtsmittel.[2] Nur den allgemeinen Ausspruch thut Ulpian (wohl nach dem Vorgange von Pomponius) in l. 16 § 2 D. de minor. 4, 4: *Et generaliter probandum est, ubi contractus non valet* (nichtig ist), *pro certo praetorem se non debere interponere.*

Über das Verhältnis des Alters der einzelnen Restitutionsgründe läßt sich, wie unsere Einzeldarstellung gezeigt hat, nicht viel ermitteln. Vor dem Aufkommen des Formularprozesses können die Restitutionen wohl kaum entstanden sein, denn zur Zeit des Legisaktionenprozesses nahm der Magistrat in der

[1] Vgl. darüber Savigny, a. a. O. S. 130 A. a.

[2] Vgl. die Nachweisungen bei Windscheid, Pandekten I, § 315 A. 1.

römischen Rechtspflege noch nicht die Stellung ein, welche ihn zu einem Eingriff in das unter der Herrschaft der *legis actiones* stehende Gebiet befähigt hätte: das durch sein *imperium* beherrschte Gebiet war damals wohl wesentlich nur das der *interdicta*. Nachteilige Rechtsgeschäfte oder Rechtsverluste durch sein *imperium* zu rescindieren, *actiones rescissoriae* zu gewähren, lag damals noch nicht in der Macht des Magistrats. Die einzelnen Fälle, für welche dann eine Restitution aufkam, wird man anfänglich auch wohl kaum unter diesem allgemeinen Namen zusammengefaßt haben; denn in den einzelnen Edikten selbst werden verschiedene Ausdrücke gebraucht: *ratum non habebo*, *uti quaeque res erit animadvertam* u. s. w. Daß die Ordnung, in welcher das hadrianische Edikt die einzelnen Restitutionsgründe aufführt, der Zeitfolge ihrer Aufstellung entspreche, da ein innerer Grund dieser Aufstellung gewiß nicht behauptet werden könne, wie SAVIGNY, im ganzen auch BURCHARDI der Meinung sind, ist gewiß nicht anzunehmen.

Den Gedanken, welcher der Anordnung in den Digesten bezw. im Edikt zu Grunde liegt, hat RUDORFF[1] richtig erkannt. Er weist darauf hin, daß die drei ersten unter denselben (*quod metus causa*, *de dolo*, *de minoribus*) die Aufhebung der verbindenden Kraft eines *gestum* oder *contractum* im Auge haben, die folgenden Edikte aber sich gegen die befreienden und zerstörenden Thatsachen des Civilrechts wenden, also die Restitution einer *iure civili* verlorenen *actio* als Hauptzweck verfolgen. Nach diesem systematischen Gesichtspunkt waren die Restitutionen gewiß nicht von Anfang im Edikt angeordnet. Solche Anordnung nach systematischem Gesichtspunkt weist auf die reflektierende Thätigkeit der Jurisprudenz hin, welche auch aus den einzelnen ediktsmäßigen Fällen erst die allgemeinen Bedingungen der Restitution abstrahierte und wohl auch erst die allgemeine, zusammenfassende Bezeichnung *in integrum restitutio* für jene Fälle aufgebracht haben wird. Vielleicht geht jene Anordnung erst auf Julian's Ediktsredaktion zurück. Innerlich ist es wahrscheinlich, daß Restitution gegen Rechtsverluste älter ist, als die weitergreifende gegen nachteilige *gesta*. Für jene wird auch wohl zuerst der auf sie am unmittelbarsten zutreffende Ausdruck: *in integrum restituere* gebraucht sein. Das *actionem restituere* war wohl das ursprüngliche, und das Edikt über die Restitution wegen *absentia* möchte ich in seinem Grundstock für das älteste halten. Dazu paßt am besten die Stellung, welche der Restitution überhaupt in den Digesten bezw. im Edikt angewiesen ist: unter die Bestimmungen über die Ordnung und Sicherung des Rechtswegs. Unter den Gesichtspunkt der Beseitigung civilrechtlicher Hindernisse der Rechtsverfolgung fällt zunächst und direkt die Restitution einer verlorenen *actio*. Ob auch die Restitution gegen *gesta* ursprünglich schon an dieser Stelle gestanden, muß dahingestellt bleiben. Es ließe sich denken, daß sie erst nach Ausbildung des Restitutionsbegriffs des systematischen Zusammenhangs wegen hierher gestellt sei.

---

[1] Zeitschr. für Rechtsgeschichte IV, S. 89.

Zweite Abteilung.

Die Familienherrschaftsrechte.

I. Väterliche Gewalt und Kindeseigenschaft.

Praeiudicium über die Kindeseigenschaft. *Praeiudicium de partu agnoscendo.*

§ 123. Über das in l. 9 C. de patr. pot. 8, 46 (47): *Nec filium negare uique esse liberum senatusconsulta de partu agnoscendo ac denuntiata poena, item raeiudicium edicto perpetuo propositum et remedium alimentorum apud praesidem uaiori trimo petenti monstratum iure manifesto declarant* erwähnte *praeiudicium* emerkt LENEL,[1] es sei ein prätorisches Rechtsmittel gewesen — § 13 I. de ct. 4, 6, Theophil. ad h. l. —, zu dessen Aufstellung der Prätor durch Bestimungen der *senatusconsulta de partu agnoscendo* genötigt worden sei: darum werde as *praeiudicio agere* in l. 3 § 3 de agnoscend. et al. libris 25, 3 geradezu als ein *gere ex senatusconsulto* bezeichnet. Schon Donellus[2] nahm an, daß die Klage urch diese Senatuskonsulte eingeführt worden sei, und spätere äußern damit bereinstimmend, die Klage stamme aus dem *Sct. Plancianum*.[3] Früh findet sich ber schon die Ansicht, die Klage erhalte nur durch die Senatuskonsulte (das lancianische und ein anderes unter dem Kaiser Hadrian zustande gekommenes) ıre detailliertere Bestimmung.[4] Insbesondere hat neuerlich A. SCHMIDT sich ıit Bestimmtheit dahin ausgesprochen, das *praeiudicium de partu agnoscendo* ıtstamme der prätorischen Jurisdiktion, womit sich natürlich die Erwähnung esselben in dem Senatuskonsult vollkommen vertrage.[5] — Um hier einigerıaßen festen Grund zu gewinnen, muß auf den Inhalt des *Sct. Plancianum*, elches nach der gewöhnlichen Annahme unter Vespasian fällt und jedenfalls ter ist, als das sich daran schließende, unter Hadrian zustande gekommene, was näher eingegangen werden. Auskunft darüber geben l. 1 u. 3 D. de gnosc. et alend. lib. 25, 3. Darnach umfaßte das Senatuskonsult, *quod factum de liberis agnoscendis*, zwei *species*, *unam eorum qui agnoscunt, aliam* u. s. w. ur mit der ersten *species* haben wir es hier zu thun. Das Senatuskonsult stattet, daß die Frau, welche zur Zeit der Scheidung der Ehe schwanger sein glaubt, selbst oder ihr Vater, in dessen Gewalt sie sich befindet, oder r Beauftragter innerhalb dreißig von der Scheidung *continuo* zu berechnenden ıgen, dem Vater, in dessen Gewalt das Kind fallen wird, anzeige, sie sei n ihm schwanger. Nach gehörig erfolgter Anzeige ist es Sache des Mannes, r Frau Wächter zu schicken oder ihr vor Zeugen die Antwort zugehen zu ısen, daß sie nicht von ihm schwanger sei. Thut er eines von beiden oder

[1] *Edictum* S. 248.

[2] In Comm. ad § 13 I. de act. 4, 6.

[3] ZIMMERN, Gesch. des röm. Privatr. I, § 144. BUCHARDI, Lehrb. des röm. Rechts I, 04; II, § 114.

[4] Vgl. die bei GLÜCK, Ausführl. Erläuter. der Pand. Bd. XXVIII, S. 85 A. 8 Citierten.

[5] Freiburger Universitätsprogramm: Krit. Bemerk. zu Tit. Liv. — Fr. I § 1 D. de p. ventre p. 37.

beides, so droht ihm kein besonderer Nachteil, sondern ist dann nur d *praeiudicium de partu agnoscendo* gegen ihn möglich d. h. es kann seitens d Mutter gegen ihn geklagt werden, daß er das noch ungeborene oder bereits z Welt gekommene Kind als das seine anerkenne und alimentiere. Wenn er al keines von beiden thut, so ist er durch das Senatuskonsult zur Strafe genöt das Kind zu agnoszieren, was aber nur in dem beschränkten Sinne zu v stehen ist, daß der Mann nun rechtlich verbunden ist, das Kind zu alim tieren, nicht dahin, daß das Kind schlechthin als *suus* dieses Mannes zu b trachten wäre. Wenn die Frau ihrerseits das nicht gethan, was ihr d Senatuskonsult auferlegt ist, so hat das freilich die Folge, daß der Mann nic sofort zum *agnoscere* und zur Alimentation gezwungen werden kann, sonde erst dann, wenn es demnächst festgestellt ist, daß das Kind sein Kind s Für den Fall, daß die Frau bereits innerhalb 30 Tagen seit der Scheidu niedergekommen ist, wird ausdrücklich gesagt, daß das Senatuskonsult nic Platz greife. Ebenso sollen nach l. 1 § 1 D. de inspic. ventre 25, 4 die S *de liberis agnoscendis* keine Anwendung finden, wenn die Frau ihre Schwange schaft verheimlicht oder ableugnet. Daß in diesen beiden Fällen die Rec des Kindes auf Anerkennung seiner Kindeseigenschaft nicht weggefallen s können, liegt auf der Hand. Daraus ergiebt sich schon, daß das Rechtsmitt der Mutter *de partu agnoscendo* und das des Kindes auf Anerkennung sein Kindeseigenschaft durchaus nicht zusammenfallen. Die Frage ist, ob überhaup das *agere ex senatusconsultis de partu agnoscendo*, wie es in l. 3 § 3 D. d agnoscend. et al. lib. 25, 3 genannt wird, und das *praeiudicium, an filius* dasselbe Rechtsmittel seien. Gegen solche Annahme spricht schon, daß d erste ein Rechtsmittel der Mutter ist gegen den Mann bezüglich ihres *partu* und daß eine Klage des Kindes gegen den Vater auf Anerkennung sein Kindeseigenschaft nicht als eine Klage *de partu agnoscendo* bezeichnet sein kan Es spricht dagegen auch, daß das *agere ex senatusconsultis de partu agnoscen* nicht als ein auf der selbständigen Jurisdiktion des Prätors beruhendes Rech mittel bezeichnet werden kann, während nach der früher citierten Kodexste die *senatusconsulta de partu agnoscendo* und das *praeiudicium edicto perpetuo pro situm* selbständig nebeneinander stehen. Um es kurz zu sagen: die Au gleichung dieser beiden Rechtsmittel ist meines Erachtens erst ein Werk d Kompilatoren, welche ja, der Vereinfachung des Rechts zu Liebe, so manch Ausgleichungen vorgenommen haben. Die Spuren ihrer Thätigkeit sind noc erkennbar. In dem Verfahren *ex senatusconsulto Planciano* konnte nur d Frage kommen, ob die Frau zur Zeit der Scheidung von dem Manne schwang war. Darauf nur bezog sich das ganze vorbereitende Denuntiationsverfahre Das *agere* aber aus dem unter Hadrian hinzugekommenen Senatuskonsult bez sich auf die Anerkennung eines während der Ehe geborenen Kindes, also a die Frage, ob dieses noch ungeborene oder bereits geborene Kind von de Ehemanne herrühre. Das Verfahren aus beiden Senatuskonsulten setzte al eine geschiedene oder eine noch bestehende Ehe zwischen der Mutter des Kinde und dem angeblichen Vater voraus. Nun heißt es, nachdem vorher von de *ex senatusconsultis agere* die Rede gewesen, in l. 3 § 4 D. de agnosc. 25, 3 *Et quid sit, si an uxor fuerit disceptetur? et Julianus Sexto Caecilio Africano re spondit locum esse praeiudicio.* Mit diesem *praeiudicium* meinte Julianus nic das *agere ex senatusconsultis*. Dieses wollte er vielmehr für den Fall, daß de angebliche Vater das Bestandenhaben oder Bestehen einer Ehe zwischen sic

ınd der Mutter des Kindes leugnete, verneinen und für die Entscheidung der Frage auf das prätorische *praeiudicium an filius sit* verweisen. In den Digesten ritt der Gegensatz zwischen den beiden Rechtsmitteln, da die Kompilatoren hn zu verwischen beabsichtigten, nicht mehr deutlich hervor. In dem vorherehenden § 3: *et certe probandum est cum avo praeiudicium de partu agnoscendo imiliter agendum* hieß es bei Ulpian wohl nur: *cum avo de partu agnoscendo siuiliter agendum*, das Wort „*praeiudicium*" ist ungeschickte, den Kasus nicht eachtende Interpolation der Griechen. Darnach soll es als möglich erscheinen, aß auch die Frage „*an uxor fuerit*" Gegenstand des Verfahrens *de partu gnoscendo* sein könne. Auch l. 1 § 16 h. t. ist in diesem Sinne interpoliert. *huae causa*, wird hier gesagt *(sc. an ex eo mulier praegnas sit) si fuerit acta apud udicem et pronuntiaverit, cum de hoc agetur quod ex eo praegnas fuerit nec ne, in t causa esse, ut agnosci debeat* u. s. w. Hier sind die Worte: *cum de hoc agetur uod ex eo praegnas fuerit nec ne* vollständig überflüssig und ungeschickt eingeschoben. Sie sind aber eingeschoben, um daraus folgern zu lassen, daß es ch bei dem Verfahren *de partu agnoscendo* auch um die Frage „*an uxor fuerit*" andeln könne.

Nimmt man an, daß von vornherein das *agere ex senatusconsultis* und das rätorische *praeiudicium* auf Anerkennung der Kindeseigenschaft identisch gesen seien, so sieht man gar keinen rechten Zweck für die besonderen Beimmungen der Senatuskonsulte ein. Der Zweck war aber wohl der, der gehiedenen Frau oder auch der Frau während der Ehe, welche von dem Manne hwanger zu sein behauptete, diesem gegenüber ein schneller zum Ziele hrendes Rechtsmittel auf Anerkennung seiner Vaterschaft zu gewähren. Das rätorische *praeiudicium* konnte nur von dem bereits geborenen Kinde selbst zw. in dessen Namen gegen den Vater angestellt werden. Das Rechtsmittel *partu agnoscendo* war von der Mutter schon während ihrer Schwangerhaft anzustellen. Jenes *praeiudicium* war ferner an die Zeiten des *rerum tus* gebunden, das Verfahren *de partu agnoscendo* wurde wohl *extra ordinem* r dem Magistrat selbst verhandelt und von diesem entschieden. Darauf utet schon hin, daß, wenn der Mann nicht thut, was ihm nach erfolgter nuntiation der Frau nach dem Senatuskonsult zu thun obliegt, er gezwungen rden soll, *partum agnoscere: et si non agnoverit, extra ordinem coercetur.* Auch s Verfahren, welches für den in den Senatuskonsulten unberücksichtigt gessenen Fall der Verheimlichung oder Ableugnung der Schwangerschaft durch e Frau in einem kaiserlichen Reskript angeordnet war, war *extra ordinem.*[1] gen unsere Annahme spricht auch nicht l. 3 § 5 D. h. t.: *adeo hoc verum , ut Julianus libro nono Digestorum scribat, si vivo patre redditum sit aeiudicium et antequam sententia feratur, pater decesserit, transeundum ad rbonianum edictum*, denn hier ist unter *praeiudicium* das *praeiudicium* des hnes gegen den Vater auf Anerkennung seiner Kindeseigenschaft ver.nden. Der *iudex*, welcher in l. 1 § 16 und l. 3 pr. D. h. t. erwähnt wird, entweder der Magistrat, welcher selbst *extra ordinem* die Sache entscheidet, er ein *iudex extra ordinem datus.* Wenn also in den Provinzen nach Plin. . X, 77 der Statthalter selbst kognoszieren sollte, so ist daran nichts Rom genüber Eigentümliches zu sehen.

Im justinianischen Recht war der Unterschied zwischen dem ordentlichen

[1] L. 1 §§ 1 ff. D. de inspic. ventre 25, 4.

Verfahren mit seiner Scheidung der Abschnitte *in iure* und *in iudicio* we
gefallen, bezüglich des Verfahrens bestand also kein Unterschied mehr zwische
dem *agere ex sctis de partu agnoscendo* und dem *praeiudicium* auf Anerkennu
der Kindeseigenschaft. Auch das erstere war zwar kein Verfahren mit *formu*
praeiudicialis, aber doch materiell ein *praeiudicium* in dem Sinne gewesen, da
der Spruch des *iudex* nur eine *pronuntiatio*, keine *condemnatio* gewesen war. S
konnten Justinian's Arbeiter wohl dazu kommen, beide Rechtsmittel zu einem
einzigen zu vereinen. War dies in den Digesten durchgeführt, so kann e
nicht wundernehmen, daß auch im § 13 I. de act. 4, 6 unter den *praeiu*
ciales actiones nur das *de partu agnoscendo* angeführt ist, und wie dies verstanden
ist, zeigt uns die Erläuterung des Mitarbeiters an den Institutionen, da Th
philus zu diesem Paragraphen als Beispiel die Klage der bei Scheidung der Ehe
schwangeren Gattin gegen ihren gewesenen Gatten auf Anerkennung des Kindes
anführt. Wenn nun die Institutionen auch dieses *praeiudicium* zu denen rechne
welche *ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capiunt*, so hat dies schon
Bekker[1] auffällig gefunden, denn er stellt die Frage: warum mochten die
Verfasser der Institutionen die Präjudizien aus den Senatuskonsulten *de par*
agnoscendo nicht zu denen rechnen, welche *causa legitima* haben? Die Antwo
ergiebt sich aus dem hier Dargelegten. Der alte Jurist, aus welchem die
Institutionenverfasser ihre Stelle über die *actiones praeiudiciales* entnommen haben,
sprach hier gar nicht von dem *agere ex senatusconsultis de partu agnoscen*
sondern von dem *praeiudicium edicto perpetuo propositum*, der Klage des Kindes
gegen den Vater auf Anerkennung seiner Kindeseigenschaft. Die Institutionen-
verfasser erst haben die Klage (der Mutter) *de partu agnoscendo* an die Stelle
gesetzt.

II. Die *dominica potestas*.

Der Schutz der Freiheit.

§ 124. Als die hergebrachte Ansicht kann man es bezeichnen, daß nach
dem Abkommen der *legis actiones* der Streit darüber, ob jemand frei sei oder
Sklave, in der Gestalt von *praeiudiciales actiones* ausgetragen sei. In neuerer
Zeit aber sind Zweifel laut geworden. Lenel[2] erklärt die Frage, ob das
agere in libertatem in klassischer Zeit wirklich in Präjudizialform stattfand, für
eine überaus zweifelhafte, nach Lage der Quellen nicht mit Sicherheit zu ent-
scheidende, eher aber zu verneinende. Für seinen Zweifel nimmt er Bezug
auf die Thatsache, daß bei Gai. IV, 44 unter den Beispielen von Präjudizien
ein *praeiudicium an liber sit* nicht figuriere. Der Schriftsteller müßte hier das
Freiheitspräjudizium, wenn es existiert habe, auch citiert haben. Weiter fällt
schwer ins Gewicht, daß in den umfangreichen Excerpten aus klassischer Zeit
die in den Digesten von der *causa liberalis* handelten, auch nicht an einer
einzigen Stelle der Freiheitsprozeß als *praeiudicium* bezeichnet werde. Diese
Zweifelsgründe sind allerdings geeignet, eine gründliche Prüfung zu veran-
lassen, welche aber kaum dahin führen wird, die Konsequenzen, zu welchen

[1] Aktionen I, S. 294 A. 58.

[2] Edictum S. 305 ff. Vgl. auch Voigt, Röm. Rechtsgesch. II, S. 448. Maschke, Frei-
heitsprozeß (Histor. Untersuchungen. Herausgegeben von J. Jastrow. Heft 8 S. 6 ff.).

Lenel gelangt, als richtig erscheinen zu lassen. In republikanischer Zeit hatten, wenn über römische Freiheit in der Form der *legis actio sacramento in rem* gestritten war, die *decemviri litibus iudicandis* das Richteramt gehabt. Von Augustus, das wird allgemein mit Recht angenommen, wurden diese *decemviri* als Richterkollegium abgeschafft. Was wurde nun aus den Freiheitsprozessen? Gewiß darf man sie nicht alle, wie dies gewöhnlich geschieht, unter einen Hut bringen. Daß zwischen den Prozessen über die *iusta libertas*, d. h. die Freiheit eines römischen Bürgers, und denen über die eines *Latinus* oder eines gewöhnlichen Peregrinen ein Unterschied gemacht wurde, ist bei der Bedeutung, welche das römische Bürgerrecht im Beginn des Prinzipats noch hatte, von vornherein anzunehmen. Über die ersteren hatte bisher ein hohes Richterkollegium entschieden. Sollte Augustus sie vor ein paar Rekuperatoren oder einen *unus iudex* verwiesen und damit den republikanischen Anschauungen über die Bedeutung der Stellung eines *civis romanus* ins Gesicht geschlagen haben? Das würde der vorsichtigen, ja eher ängstlichen Politik desselben kaum entsprochen haben. Man erinnere sich nur, mit welchem Nachdruck Cicero es betont, daß niemand wider seinen Willen, auch nicht *populi iussu*, die *civitas* verlieren könne.[1] Sollte es ihm nun in einem Prozeß durch einen einzigen *iudex* oder ein paar Rekuperatoren aberkannt werden können? Damit halte man noch die Äußerung des Paulus in l. 32 § 7 D. de receptis 4, 8 zusammen: *De liberali causa compromisso facto recte non compelletur arbiter sententiam dicere, quia favor libertatis est, ut maiores iudices habere debeat.* Hingen von dem Erkenntnis, ob jemand *civis Romanus* sei, auch öffentlichrechtliche Konsequenzen ab, so begreift es sich, daß man zu der Entscheidung über solche wichtige Frage *maiores iudices* verlangte. Daß der Begründer des Prinzipats das römische Bürgerrecht nicht als etwas Geringfügiges betrachtete, zeigt insbesondere die in seine Regierungszeit zurückgehende *lex Aelia Sentia*, nach welcher ein unter 20 Jahre alter Herr seinen Sklaven nicht anders zum *civis romanus* machen konnte, als durch *manumissio vindicta*, nachdem *apud consilium* die *iusta causa manumissionis* adprobiert war, und andererseits ein unter 30 Jahre alter Sklave auch nur *vindicta, apud consilium iusta causa manumissionis adprobata*, zum *civis Romanus* gemacht werden konnte. Das bei dieser Gelegenheit erwähnte *consilium* verdient eine nähere Beachtung. Nach Gai. I, 20 soll in der Stadt Rom ein *consilium quinque senatorum et quinque equitum Romanorum puberum* zugezogen werden, in den Provinzen aber *viginti recuperatorum civium Romanorum*. Hartmann[2] hat zuerst bemerkt, daß die Worte *Romanorum puberum* höchst auffällig sind, da für öffentlich angeordnete Richter ein so jugendliches Alter vollkommen unerhört wäre. Wenn man nun auch das *puberum* dadurch retten wolle, daß man es auf die fünf Ritter allein bezöge (obwohl es auch noch zweifelhaft sei, ob in die Ritterschaft so junge Leute aufgenommen wurden), so würde man zu der Absurdität gelangen, auch ein Konsilium denken zu müssen, in welchem neben dem Magistrat und den hochangesehenen Senatoren fünf vierzehnjährige Knaben als Richter saßen. Soweit wird man Hartmann unbedingt zustimmen müssen, nicht dagegen darin, daß er statt *puberum* lesen will *recuperatorum*. Schon durch den Gegensatz, den Gaius bezüglich der Zusammensetzung des *consilium* in Rom und des in

[1] Pro Caecina 34, 98. de orat. I, 40, 181. de domo §§ 77—78.
[2] Hartmann-Ubbelohde, Über d. röm. Gerichtsverf. I, S. 249 ff.

den Provinzen macht, ist es ausgeschlossen, die Mitglieder des *consilium* i ersten Fall als Rekuperatoren anzusehen. Die Veroneser Handschrift hat nac STUDEMUND's Apographum p. 4 v. 15: *rom̄r' puber'*, es hat aber schon HARTMA darauf aufmerksam gemacht, daß nach STUDEMUND's Notenverzeichnis di Stelle die einzige ist, wo *rom̄r'* für *romanorum* vorkommt. Der Abschreiber h wahrscheinlich ein paar ihm nicht verständliche Abkürzungen falsch aufgel Es lag ihm vor *rom. eq. publ.* = *romanorum equo publico*. Es ist bekannt, da die offizielle Bezeichnung der römischen Staatsritter war: *equites Romani e publico*.[1] Gaius mag diese offizielle Bezeichnung aus dem Gesetze selbst e nommen haben, Ulpian I, 13a spricht nur von *equites Romani*. Außer Sen toren sollten nur Staatsritter in dem *consilium* vertreten sein. Wir kenn das *consilium* nur in der Anwendung, welche die *lex Aelia Sentia* bezügli der Prüfung der *causae manumissionum* von ihm machte. Daß es durch die *lex Aelia Sentia* eingeführt und keine weitere Anwendung von ihm gemacht w wird nicht gesagt. Meine Vermutung geht nun dahin, daß nach Beseitigu der *decemviri litibus iudicandis* die Entscheidung der *causae liberales* in der Sta Rom, soweit es sich in ihnen um eine Vindikation aus dem Besitze der *libertas*, des römischen Bürgerrechts *in servituten* handelte, dem Prätor *urban* in Verein mit einem ihm zur Seite tretenden *consilium* von 10 Personen (5 Sen toren und 5 Staatsrittern) übertragen worden ist, in den Provinzen aber i eben solchen Sachen dem Statthalter mit einem *consilium* von 20 *cives roma recuperatores*.

Neben dem *praetor (urbanus)* werden auch die Konsuln als Magistrate e wähnt, vor denen *apud consilium* manumittiert werden könne.[2] Es ergab sic das eigentlich schon von selbst, da seit alter Zeit die Konsuln zu den Ma straten gehörten, bei welchen *vindicta* manumittiert werden konnte.[3] Es scheint aber noch besonders (vielleicht im Anschluß an die *lex Aelia Sentia*) angeordnet zu sein, daß auch die Konsuln das *consilium* zur Approbation der *causa manumissionis praebere* konnten.[4] Und so werden denn Prätor und Konsul neben einander in dieser Funktion erwähnt von Julian in l. 5 D. de m. v. 40, 2: — *ego, qui meminissem Javolenum praeceptorem meum et in Africa et in Sy servos suos manumisisse, cum consilium praeberet, exemplum eius secutus et i Praetura et Consulatu meo quosdam ex servis meis vindicta liberavi*. Es ist aber auch anzunehmen, daß den Konsuln eine Kognition in Freiheitsprozesse übertragen ist. Die bezüglichen aus Ulpian's *de officio consulis libri III* in d Digesten aufgenommenen Fragmente lassen darüber keinen Zweifel.[5] Keine Sicherheit liegt allerdings vor bezüglich des Verhältnisses der Kompetenz de Konsuln zu der des Prätors, ob sie einfach eine konkurrierende war oder nicht.[6] Daß den Konsuln diese Kognition an Stelle des Prätors durch ex

[1] Vgl. MOMMSEN, Röm. Staatsrecht III, 1 S. 481.

[2] L. 1 D. de off. cons. 1, 10. L. 5 u. 20 D. de manumissis vind. 40, 2. C. J. L. VI, 1574

[3] Liv. 41, 9.

[4] L. 1 § 2 D. de off. c. 1, 10: — *Sed si evenerit, ut minor viginti annis consul sit, apud se manumittere non poterit, cum ipse sit, qui ex senatusconsulto consilii causa examinat.*

[5] Vgl. WLASSAK, in der Ztschr. f. d. Privatr. u. öffentl. Recht der Gegenwart Bd. V S. 711.

[6] A. PERNICE, in d. Festgabe f. BESELER, S. 65. Denkbar wäre, daß die Konsuln ausschließlich zuständig waren in Prozessen, in welchen einer Person senatorischen Standes die Freiheit bestritten wurde.

Oratio divi Marci übertragen worden sei, wie BETHMANN-HOLLWEG[1] annimmt, geht aus den dafür citierten Stellen in keiner Weise hervor. Auch dem Konsuln als Richter in den früher bezeichneten Freiheitsprozessen, bei welchen nach meiner Vermutung jenes *consilium* eintritt, wird dabei dasselbe zur Seite gestanden haben. Zu beachten ist noch, daß in mehreren über Freiheitsprozesse handelnden Stellen[2] die Möglichkeit vorausgesetzt wird, daß „*dissonantes pares iudicum existant sententiae*", für welchen Fall schon die *lex Junia Petronia* bestimmt haben soll, daß *pro libertate* zu erkennen sei. Dabei ist schwerlich an ein Rekuperatorengericht zu denken, da die Rekuperatoren in ungleicher Zahl bestellt wurden. Auch daraus ist wohl nicht die Gleichheit der Stimmenzahl zu erklären, daß ein einzelner Richter auf *non liquet* stimmen oder abwesend sein konnte, denn solche zufällig eintretende Veranlassungen der Stimmengleichheit werden kaum von der *lex Junia Petronia* in Rücksicht gezogen sein. War aber von vornherein die Zahl der Mitglieder des *consilium* eine gerade (10 oder 20), so konnte darnach Stimmengleichheit häufiger vorkommen.

Als das römische Bürgerrecht durch die Konstitution Caracalla's allen damals lebenden Bewohnern das *orbis Romanus* erteilt war, ja schon in den nächst vorhergehenden Zeiten war das römische Bürgerrecht sehr entwertet. Auch in den für die Entscheidung von Freiheitsprozessen bestimmten Behörden sind Änderungen vor sich gegangen, ohne daß es klar würde, ob durch die Einsetzung eines *praetor de liberalibus causis* die bisherigen Kompetenzen ganz verdrängt oder wie weit geändert wurden. Die Vorstellung aber, daß gewisse Freiheitssachen vor höhere Richter gehörten, hat sich noch in der späteren Kaiserzeit, ja im Justianischen Recht erhalten.[3]

Auch bei der im Vorhergehenden dargelegten Hypothese bleibt übrigens für Rekuperatorengerichte in der früheren Kaiserzeit immer noch Raum. Einmal sind vielleicht, wenn jemand aus einer schlechteren Rechtslage *in iustam libertatem* vindiziert wurde, Rekuperatoren eingesetzt. Wie dem aber auch sein mag, so wird jedenfalls, wenn die *libertas ex iure Quiritium* gar nicht in Frage kam, sondern wenn es sich nur um die Freiheit eines *Latinus* oder eines Peregrinen handelte, höchstens ein Rekuperatorengericht eingesetzt worden sein. Hier bleibt selbst für den *unus iudex* Raum.[4] Schon die *decemviri litibus iudicandis* werden nicht für alle Freiheitsprozesse, sondern nur für solche, in welchen jemand, der sich im Besitz des römischen Bürgerrechts befand, dasselbe oder gar die Freiheit streitig gemacht wurde, zuständig gewesen sein. Wann aber Rekuperatoren, wann ein *iudex* gegeben sei, dafür möchte ich mich einstweilen noch mit einem „*non liquet*" begnügen.

Kehren wir nun zurück zu der Frage, wann für den Freiheitsprozeß eine

---

[1] D. röm. Civilpr. II, S. 766.

[2] L. 24 pr D. de manumissis 40, 1. L. 38 D. de re iudicata 42, 1.

[3] L. 6 C ubi causa status 3, 22: *In litibus, in quibus utrum ingenuus an libertinus sit aliquis quaeritur, quinquennii divisionem, post quod divino auditorio opus esse veteres leges praecipiebunt, in posterum cessare sancimus et huiusmodi lites etiam post memoratum tempus ad exemplum ceterarum vel in provinciis apud earum moderatores vel in hac alma urbe apud competentia maxima iudicia examinari. quod etiam, si clarissima persona super tali condicione vel etiam servili quaestionem patiatur, tenere censemus.*

[4] Vgl. die von WLASSAK, Röm. Prozeßgesetze S. 179 A. 12, zusammengestellten Belege, die aber, wie er selbst bemerkt, nicht alle gleich beweiskräftig sind.

praeiudicialis formula gegeben sei, so möchte ich eine solche verneinen für d Prozesse, von denen ich angenommen habe, daß sie vom Prätor oder Konsul od Statthalter mit dem ihnen beigegebenen *consilium* entschieden seien. Hier wur meines Erachtens ohne eine *formula* verhandelt. Wir wissen nicht, für welch Zeitdauer das *consilium* eingesetzt wurde, ob etwa für die Zeit des *co actus* oder des Konvents; doch wurde es gewiß nicht für jeden einzelne Fall niedergesetzt. Auch hatten diese *iudices* die Stellung eines *consili* des Magistrats, welcher selbst der *iudex quaestionis* war und *de libertate* kog zierte. Darnach würden diese wichtigsten Freiheitsprozesse schon seit de Beginn der Kaiserzeit vor dem Prätor oder Konsul selbst verhandelt und v ihm in Verbindung mit dem *consilium* entschieden sein. Dafür scheint m noch folgendes zu sprechen. WLASSAK[1] hat neuerlich mit Recht auf de ständigen Gebrauch der Worte *ordinare iudicium* in der Lehre von der *liber causa* hingewiesen. Er bezieht sie nach dem Vorgange von PLANCK[2] auf d Vorverfahren für den Fall, *si controversia erit, utrum ex servitute in libertat petatur an ex libertate in servitutem,* in welchem die Parteirollen für den bev stehenden Freiheitsprozeß verteilt werden. Dieses *ordinare iudicium* sei e dem *litem contestari* im Freiheitsprozeß voraufgehendes besonderes Verfahre etwas von dem *litem contestari* Verschiedenes. Es wäre auch ganz unerklärlich sagt WLASSAK, weshalb der Ausdruck *ordinatio iudicii* gerade für die Stre befestigung im *iudicium liberale* gewählt wurde. Nun ist aber in fast all Stellen, in welchen das *ordinare iudicium* bei der *liberalis causa* erwähnt wi von keinem Streit darüber, *utrum ex servitute in libertatem petatur an ex liber in servitutem,* die Rede, sondern allem Anschein nach muß das *ordinare iudici* stets beim Freiheitsprozeß stattfinden. Nur in l. 7 § 5 D. de lib. c. 40, 12 wi ein solcher Streit erwähnt, und dann muß erst *(ante)* entschieden werden, o der, dessen *status* in Frage kommt, sich im faktischen Zustand der Sklaver oder *sine dolo malo* im faktischen Zustand der Freiheit befindet; dieses i vorher zu entscheiden, *ut possit iudicium ordinem accipere.* Die *ordinatio iudic* folgt also erst auf die Entscheidung jener Vorfrage. In jedem Freiheit prozeß mußte, auch wenn gar kein Streit darüber bestand, ob der, dess *status* in Frage stand, sich im faktischen Zustande der Freiheit oder d Sklaverei befand, doch konstatiert werden, wer die Rolle des Klägers, w die des Verklagten habe.[3] Auch läßt der in mehreren Stellen vorkommend Ausdruck „*sollemnibus (litis) ordinatis*" darauf schließen, daß bei dieser *ord natio iudicii* noch etwa die Frage zu stellender Kautionen bereinigt werde mußte. Daß aber gerade in Bezug auf das *liberale iudicium* nie von einem *litem contestari* die Rede ist, spricht dafür, daß in vielen Freiheitsprozesse (gerade den bedeutendsten) von der Ernennung von *iudices* und der Erte lung einer *formula* nicht die Rede war. Die *causa* war wohl in diesen Pr zessen *ordinata*, wenn konstatiert war, wer als Kläger, wer als Beklag aufzutreten habe, ob also *vindicatio in libertatem* oder *in servitutem* vorlie

[1] A. a. O. II, S. 50, 51.

[2] Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 220 ff.

[3] Dies wird in den Konstitutionen des C. Th. als „*assertionibus iam ordinatis*", „*assertionem et defensionem ordinatam*" bezeichnet. L. 4 u. 8 C. Th. de lib. causa 4, 8. L. C. Th. de praet. et quaest. 6, 4.

wenn demgemäß die Parteien ihre entgegengesetzten Rechtsbehauptungen aufgestellt hatten und der Kautionspunkt bereinigt war.

Sowie nun die Rechtsbehauptung bei der *vindicatio in libertatem* dahin gegangen sein muß, daß der Schützling des *adsertor* ein *liber* sei *(ex iure Quiritium)*, so kann die Rechtsbehauptung bei der *vindicatio in servitutem* nicht dahin gegangen sein, daß dieser Mensch im Eigentum des Klägers stehe, eine solche Klage wäre ja nichts weiter als eine einfache *rei vindicatio* in Anwendung auf einen *homo*, es würde dadurch keine *status quaestio* herbeigeführt. Die Behauptung kann nur dahin gegangen sein, daß dieser Mensch ein *servus* sei. Dies ergiebt sich bestimmt genug daraus, daß das Urteil im Freiheitsprozeß, welches zu Gunsten dessen, der *status controversiam patitur*, ergeht, entweder auf *liberum esse* (bei der *vindicatio in libertatem*) oder auf *servum non esse* (bei der *vindicatio in servitutem*) lautet. Vgl. l. 5 C. de ordine cog. 7, 19: — *si liber fueris vel servus non esse pronuntiatus* —. L. 6 eod. tit.: — *si quidem liberi vel servi non esse pronuntientur.* L. 31 C. de liberali causa 7, 16: *Si tibi servitutis improbe moveatur quaestio — — — — posteaquam servus non esse fueris pronuntiatas* — —. L. 27 § 1 D. de liberali causa 40, 12: — *ut, ubi deest, qui in servitutem petit — — — et si cognoverint, pronuntiare debebant, servum illius non videri; neque haec res captionem ullam habet, cum non ingenuus pronuntietur, sed servus non videri* u. s. w. In dem „*servum non esse*" ist immer noch nicht ausgesprochen, daß der Betreffende frei geboren sei, während bei der „*vindicatio in libertatem*" günstigenfalls immer zugleich ausgesprochen wird, ob er ein *ingenuus* oder nur ein *libertus* sei.

Für den Fall eines Streites darüber, ob die betreffende Person *ex servitute in libertatem* oder *ex libertate in servitutem* vindiziert werde, hatte das Edikt des *pr. urbanus* eine eigene Bestimmung, von welcher uns nur der Vordersatz (nicht die Rubrik) in l. 21 C. de lib. causa 7, 16 erhalten ist. Es fragt sich nun, welchen Sinn es habe, daß die, welche im Besitz der Freiheit *non sine dolo malo reperitur*, ein dem der *in servitute* sich Befindenden ähnliches *praiudicium* nach dem *Edictum perpetuum* oder in dem *Edictum* u. s. w. habe. Das kann nach l. 7 § 5 D. de lib. causa 40, 12 nur heißen, daß für beide Fälle dieselbe Vorentscheidung getroffen wurde, nämlich, daß sie „*debet se liberum probare*". *Praeiudicium* hat hier also nicht die Bedeutung einer *praeiudicialis formula*, denn eine etwaige *praeiudicialis formula* müßte ja für beide Fälle eine verschiedene Fassung haben. Die Vorentscheidung aber (das *praeiudicium* in diesem Sinne) ist für beide Fälle nach l. 7 § 5 D. cit. dieselbe: *Quodsi pronuntiatum fuerit, eo tempore, quo lis praeparabatur, in libertate eum non fuisse, aut dolo malo fuisse, ipse, qui de sua libertate litigat, debet se liberum probare.* Die Voruntersuchung aber bezw. die Vorentscheidung hat nach der citierten Stelle der anzustellen bezw. zu treffen, *qui de libertate cogniturus est*, und das wird in dem Nachsatz des in l. 21 C. cit. in Bezug genommenen Edikts bestimmt worden sein. Mit dem „*is, qui de libertate cogniturus est*" kann wohl nur der Magistrat selbst gemeint sein, der Prätor wird also in dem betreffenden Edikt gesagt haben, daß er (in jenem Streitfall) selbst untersuchen und entscheiden werde, wer die Klägerrolle zu übernehmen habe, wen also die Beweislast treffe. Dann muß also zu der Zeit der Feststellung des Hadrianischen Edikts der städtische Prätor auch derjenige gewesen sein, der in dem Freiheitsprozeß die Kognition hatte. Julian drückte sich aber wohl absichtlich unbestimmter aus, da zu seiner Zeit vielleicht ein anderer Magistrat (ob ein Konsul, ob der *praetor de liberalibus*

causis, bleibe dahingestellt) den Freiheitsprozeß zu entscheiden hatte. Die Frage war zu entscheiden nach dem Zeitpunkt, *quo lis praeparabatur*, d. h. nicht nach dem Zeitpunkt, wo *iudicium ordinatur*, denn das *ordinare iudicium* tritt nicht vor der Vorentscheidung ein, sondern: *quo primum in ius aditum est.* Vgl. l. 1 § 4 D. de lib. causa 40, 12: *Probatio autem ad id tempus referetur, cum sine dolo malo in libertate fuerit, quo primum in ius aditum est.* Das *proclamare in* oder *ad libertatem* kommt schon vor, *quo primum in ius aditum est*, wo noch gar kein *adsertor* vorhanden zu sein braucht, wo jedenfalls die Parteirollen noch nicht konstatiert sind. Das *proclamare in libertatem* ist also auf den Menschen, dessen Freiheit in Frage gestellt ist, zu beziehen. Insofern kann meines Erachtens auch schon von den klassischen Juristen der, welcher *proclamat in libertatem*, als einer *qui de libertate sua litigat* bezeichnet sein.[1] Daß übrigens auch bei der *vindicatio in servitutem* der im faktischen Zustand der Freiheit Befindliche nach vorjustinianischem Recht eines *adsertor* bedurfte, der für ihn den Prozeß führte, kann nach dem Zeugnis Justinians' in l. 1 pr. C. de adsertione tollenda 7, 17 keinem Zweifel unterliegen: — — *si quis vel adhuc servus liberum se esse dixerit vel in libertate commorans ad servitutem vocatus fuerit, adsertoris difficultatem in utroque casu cessare ipsumque per se ad intentionem eius qui dominum sese adserit respondere* —. Der Ausdruck „*adsertor*" war aber technisch wohl für denjenigen, der die Klägerrolle zu übernehmen hatte, so daß er entweder ein *adsertor in libertatem* oder ein *adsertor in servitutem* war. Der Verteidiger des Menschen, dessen *status* in Frage stand, gegenüber dem *adsertor in servitutem* wird als *defensor libertatis* bezeichnet sein. Vgl. l. 8 C. Th. de lib. causa 1, 8: — *Si post assertionem defensionemque ordinatam* u. s. w.

Der *praetor urbanus* hat in seinem Edikt wohl noch andere auf die *causae liberales* bezüglichen Bestimmungen getroffen.[3] Wenn bei der *adsertio in libertatem* das Urteil zu Gunsten des *in servitute* sich Befindenden lautete, wie sollte es dann mit dem Vermögen werden, welches er während der Dauer seines faktischen Sklavseins für den vermeintlichen Herrn erworben, wie mit den *operae*, die er ihm geleistet hatte; insbesondere, wenn dieser vermeintliche Herr *in mala fide* war? Ferner, wenn er selbst dem vermeintlichen Herrn Schaden zugefügt hatte, wie sollte es mit dem Ersatz dieses Schadens werden? Für diesen letzteren Fall hatte der Prätor im Edikt eine *in factum actio* aufgestellt, wie aus l. 12 § 6, l. 13 D. de lib. causa hervorgeht. Wenn in l. 41 § 1 D. h. t. gesagt ist, daß der *iudex, qui de libertate cognoscit*, auch über entwendete Sachen und dem *dominus* zugefügten Schaden zu erkennen habe, so bezieht sich das wohl nur auf solches Handeln, welches während des Prozesses von dem *praeparare litem* an vorgekommen ist. Dafür spricht der Ausdruck: *potest enim potest, ut fiducia libertatis et surripere quaedam* u. s. w. Was aber die Ansprüche der für frei Erklärten selbst anlangt, so bestimmte nach l. 32 l.

---

[1] Verschiedene Auffassungen des *proclamare in libertatem* bei Wlassak, in Grünhut's Zeitschr. Bd. XIX, S. 715 ff. und Schlossmann, in d. Zeitschr. der Savignystiftung Bd. XII S. 225 ff.

[2] Für den letzteren vgl. die Stellen bei Wlassak, a. a. O. S. 719 A. 49.

[3] Das Edikt des *praetor urbanus* muß auf die *liberales causae* sich beziehende Bestimmungen enthalten haben, die sich im Provinzialedikt nicht fanden. Eine Anzahl von Stellen des Titels *de liberali causa* der Digesten ist aus Gaius' Kommentar *ad Edictum praetoris urbani (titulo de liberali causa)* entnommen, während nur eine einzige kurze aus dem Kommentar zum Provinzialedikt entnommen ist.

h. t. ein Senatuskonsult, daß sie nur das mitnehmen dürften, was sie ins Haus eingebracht hätten *(in domo intulissent)*. Wurde aber der *in libertatem* Vindizierte für einen Sklaven erklärt, so hatte der Herr als Sieger Anspruch auf das Vermögen desselben, welches nun als *peculium* erschien. Ein Gesetz Konstantin's vom Jahre 290 verordnete darüber folgendes: Bei einer *vindicatio in libertatem* soll zunächst die Statusfrage entschieden und erst nach dieser Entscheidung dem für frei Erklärten auch Gehör bezüglich des ihm vom vermeintlichen Herrn vorenthaltenen Vermögens gewährt werden. Bei einer *vindicatio in servitutem* soll aber dem *in possessione libertatis* Befindlichen das ihm vom vermeintlichen Herrn nach Erhebung der Statusklage Weggenommene nur dann zurückgegeben werden, wenn er zahlungsfähige Bürgen dafür, *rem salvam futuram*, gestellt hat. Kann er solche Bürgen nicht stellen, so sollen die betreffenden Vermögensstücke bis zur Entscheidung der Statusfrage gerichtlich sequestriert werden (l. 7 C. de ord. cognit. 7, 19). Justinian hob in l. 1 § 1 C. de adsertione tollenda 7, 17 auch *super peculio eorum vel aliis rebus aut usis veterem defensoris observationem* auf, indem er vorschrieb, daß nur deren *peculia*, welche *ex possessione servitutis in libertatem* vindiziert würden, gerichtlich sequestriert werden sollten *(in tuto pro dispositione iudicis collocari)*. Die Entscheidung der Statusfrage geht also immer den Entscheidungen über herauszugebendes Vermögen voraus. Es kann aber (wohl in den Fällen, in welchen der Magistrat selbst mit dem ihm zur Seite stehenden *consilium* die Entscheidung in der *liberalis causa* fällt) der *iudex, qui de libertate cognoscit*, nach l. 41 § 1 D. h. t. nach dem Urteil über die Statusfrage auch die Entscheidung bezüglich der dort erwähnten Schadenszufügungen abgeben. Dabei möge darauf hingewiesen werden, daß die Stelle entnommen ist aus *Paulus liber singularis de articulis liberalis causae*. Mit dem Ausdruck *„articulus"* wurde ein im Laufe eines Prozesses ergangenes Interlokut, eine Einzelentscheidung bezeichnet, mit ihm konnte also auch wohl eine nach Entscheidung der Statusfrage in einer *liberalis causa* ergangene nachträgliche Entscheidung über die hervorgehobenen Schadensfragen bezeichnet werden.

Kehren wir nun zu der am Beginn unserer Erörterung aufgeworfenen Frage zurück, ob das *agere in libertatem* in klassischer Zeit in Gestalt einer *formula praeiudicialis* stattgefunden habe, so sind wir zu dem Resultat gekommen, daß für die wichtigsten Freiheitsprozesse vor dem *praetor urbanus* bezw. den Konsuln von einer solchen *praeiudicialis formula* nicht die Rede sein kann, und daß die Bestimmungen in dem Edikt des *praetor urbanus* unter dem Titel *„de liberali causa"* sich nicht auf die Gewährung einer solchen *praeiudicialis formula*, sondern auf andere Punkte bezogen. Die Stellung übrigens des Titels *„de liberali causa"* in den Rechtsbüchern bezw. in dem Edikt steht im Zusammenhange mit allen die Freiheit betreffenden Materien, und diese sind angelehnt an die Erbfolge bezw. die letztwilligen Verfügungen, unter welchen z. die testamentarischen direkten und fideikommissarischen Freilassungen eine nicht unerhebliche Rolle spielten.

Eine andere *status quaestio* war der Streit darüber, ob jemand ein Freigelassener oder ein Freigeborener sei bezw. ob er ein Freigelassener dieses angeblichen Patrons sei oder nicht. Dieser Streit konnte entweder die Gestalt annehmen, daß jemand *ex libertinitate in ingenuitatem* proklamiert wurde, oder die, daß er umgekehrt *ex ingenuitate in libertinitatem* adseriert wurde. Auch hier mußte für den, dessen Ingenuität bestritten wurde, ein *adsertor* auftreten. Immer

wurde hier über die Frage ein *praeiudicium* gegeben, welches gar nicht selten in den Quellen erwähnt ist.[1] Bestellt wurden für die Entscheidung Rekuperatoren. Später trat auch hier *extraordinaria cognitio* ein.[2]

Verlust der Freiheit derer, *qui pretii participandi causa se venumdari patiuntur.*

§ 125. Der Freiheitsverlust soll den *maior viginti annis* treffen, *qui pretium participandum se venumdari passus est.*[4] Man rechnet diesen Fall zu denjenigen, in welchen nach Civilrecht (schon während des Freistaats) Verlust der Freiheit, also falls der Verkaufte ein römischer Bürger war, *capitis diminutio maxima* eintrat.[5] Sehen wir von dem behaupteten Alter des Satzes noch ab, so möchte es bei jener Annahme auffallen, daß bei Gai. I, 160, dieser Fall einer *capitis diminutio maxima* nicht erwähnt wird, und daß in den Stellen, in welchen der Satz erwähnt wird, regelmäßig nicht von *capitis diminutio* die Rede ist. Überhaupt führt die Ausdrucksweise eher zu der Annahme, daß im Edikt des Prätors demjenigen, der, über 20 Jahre alt, sich in Kenntnis seiner Freiheit an einen um dieselbe nicht Wissenden veräußern ließ, um das Kaufgeld zu erprellen, wenn er von dem Kaufgeld seinen Teil erhielt, die *proclamatio ad libertatem* vom Prätor versagt wurde.[6] Wenn in l. 5 § 1 D. de statu hominum 1, 5 (Marcianus libr. I Instit.) gesagt ist, daß jemand *iure civili* Sklav werde, *si quis se maior viginti annis* u. s. w., so bildet hier wie in § 3 I. de iure personarum 1, 3 *iure civili* den Gegensatz zu *iure gentium*, nicht zum *ius honorarium*, welches vielmehr in vielen seiner Sätze zum *ius civile* in jenem Sinne gerechnet werden konnte. Indessen bezieht sich Pomponius in l. 3 D. de liberali causa 40, 12 auf Senatuskonsulte, und Saturninus in l. 2 pr. D. si ingenuus esse dicetur 40, 14 auf eine Bestimmung Hadrian's. Ich möchte darum nicht die erste Quelle des Satzes in diesen Senatuskonsulten bezw. dieser Konstitution suchen. Den ersten Ursprung wird er wohl dem Edikt des Prätors verdanken, aber wenn er nur im städtischen Edikt ausgesprochen war, so konnte man sich veranlaßt finden, ihm durch Senatuskonsulte bezw. kaiserliche Konstitution allgemeinere Geltung zu verschaffen. Daß aber der Satz in Senatuskonsulten und einer kaiserlichen Konstitution ausgesprochen war, konnte für die späteren Juristen der Grund sein, civilrechtliche Geltung und Wirkung des Satzes anzunehmen. Gaius scheint diese Folgerung noch nicht gezogen zu haben. Daß sie aber von Späteren gezogen ist, daran läßt sich kaum zweifeln, denn Papinian bezeichnet die für den Verkauften eingetretene Rechtsänderung als *status permutatio*. Ulpian läßt in l. 28 § 5 D. de iniusto, rupto, irrito facto t. 28, 3 für den, welcher sich so verkaufen ließ, Verlust der Civität bezw. *servitus* eintreten

[1] Gai. IV, 44 § 13 J. de act 4, 6. L. 8 § 1 D. de in ius voc. 2, 4. L. 18 pr. D. probat. 22, 3. L. 5 § 18 D. de agnos. v. al. lib. 25, 3. L. 6 D. si ingen. esse dic. 40, 14. L. 14 D. de iure patronatus 37, 14. L. 39 §§ 1 u. 3 D. de lib. c. 40, 12.

[2] Suet. Vesp. 3.

[3] L. 3 D. de collus. det. 40, 16.

[4] Vgl. darüber G. D'Arnaud, Dissert. iur. civ. de his, qui pr. p. c. sese venumdari patiuntur. M. Cohn, Beiträge zur Bearb. d. röm. Rechts, H. 2 S. 51 ff. M. Voigt, Die Rechtsgesch. II, S. 444.

[5] Vgl. auch Böcking, Pandekten d. röm. Privatrechts I[3], S. 185.

[6] Tit. D. quibus ad lib. proclamare non licet 40, 13. L. 1 C. quibus ad lib. pr. 7, 15

ınd das vorher errichtete Testament desselben *irritum* werden. Die Institutionen ndlich in § 1 I. de cap. min. 1, 16 rechnen den Fall zu denen, in welchen *apitis deminutio maxima* eintritt.

Daß die prätorische Bestimmung in die republikanische Zeit zurückreicht, st möglich und wird vielleicht durch l. 22 § 5 D. de lib. c. 40, 12 bewiesen, ıcht aber läßt es sich durch l. 23 D. eod. tit. beweisen, denn diese Stelle ıezieht sich überhaupt nicht auf unseren Fall. Mommsen freilich sucht sie als ıuf denselben sich beziehend erscheinen zu lassen durch die Einschiebung der Worte *pretium participantis* hinter *hominis*.[1] Aber das Folgende zeigt, daß die Stelle sich auf einen anderen Fall bezieht, denn das Eigentum des Verkauften oll dem Verkäufer zufallen, vorausgesetzt, daß er *bona fide* verkauft hat, nderenfalls soll der Verkaufte *servus sine domino* werden. Auch soll dieselbe Bestimmung gelten bezüglich solcher, welche sich haben verschenken, *in dotem* eben, verpfänden lassen, also auf Fälle, in welchen von einem Teilhaben an inem Preise nicht die Rede sein kann. Auf welchen Fall sich die Bestimmung ezog, ist nicht mehr zu erkennen, da die Stelle wohl aus einem Zusammenange, der dies klar zeigte, gerissen ist. Daß es aber noch andere Fälle gab, ı welchen ein Freier, der sich wissentlich als Sklav verkaufen ließ, zur Strafe klav wurde, zeigt l. 6 § 5 D. de iniusto 28, 3: — *vel si maior annis viginti num se dari passus sit ad actum gerendum pretiumve participandum.* Darnach cheint es, daß (früher), wenn ein *maior viginti annis*, der seine Freiheit kannte, ch verkaufen ließ, um bei dem Käufer die Stellung eines *servus actor* einnehmen, also Geschäfte zu führen, zu welchen man Sklaven zu gebrauchen flegte, er zur Strafe Sklav werden sollte. Bestätigt scheint das zu werden ırch l. 6 § 1 C. Th. de lib. causa 4, 8, wonach wenn ein *minor* (wohl *viginti nis*) sich zu solchem Zweck verkaufen ließ und, *maior viginti annis* geworden, issentlich solche Geschäftsführung fortsetzte, ihm darum nicht die *proclamatio l libertatem* abgeschnitten sein solle. Vielleicht ist aber eine Spur dieser estimmung nur wider Willen von Justinian's Arbeitern in die Kompilation ıkommen. Die Bestimmung erklärt sich wohl daraus, daß nicht selten arme reie sich für Sklaven ausgeben und verkaufen, verschenken u. s. w. lassen ochten, um in die bequeme und vorteilhafte Lage eines solchen *servus actor* kommen.

Der Satz bezüglich derer, *qui, cum se liberos esse scirent, dolo malo passi nt se pro servis venumdari* erhielt noch eine Ergänzung durch eine Bestimmung s Edikts. Wenn sich nämlich ein solcher nicht in der Lage befand, daß m die *proclamatio ad libertatem* versagt werden konnte, vielleicht weil er jünger s 20 Jahre war, oder weil er vom Preise nichts empfangen hatte, so ırde doch dem betrogenen Käufer eine Klage gegen ihn versprochen. Diese, türlich *in factum* konzipierte, Klage geht auf das Doppelte dessen, was der äufer gegeben oder wozu er obligiert ist. Dem Käufer, der die Freiheit des erkauften gekannt hatte, stand sie nicht zu. Als Pönalklage wird sie *post num* nicht gegeben. Schon Labeo hat nach l. 22 § 6 D. de lib. c. 40, 12 eselbe gekannt. Das macht es sehr wahrscheinlich, daß damals schon demnigen, *qui pr. part. c. se venumdari passus est*, die *proclamatio ad libertatem* rsagt wurde.

[1] Ebenso Lenel, Palingenesia I, p. 1061 not. 1.

Patronat. Einschreiten des Edikts gegen das *onerare libertatem*.

§ 126. Die Wohlthat, welche der Herr dem Sklaven dadurch erwies, daß er ihn zum Freien und Bürger machte, wurde im Laufe der Zeit sehr verkümmert. Das Bestreben der Freilasser ging dahin, die Freigelassenen in der strengsten Abhängigkeit zu erhalten. Ulpian berichtet in l. 1 pr. D. de bon. libert. 48. 2 unter Berufung auf den bekannten republikanischen Juristen Servius Sulpicius Rufus, daß die Freilasser früher als Vergeltung für das *grande beneficium, quod in libertos confertur, durissimas res* von ihnen zu verlangen pflegten. Der Freigelassene wurde genötigt, außer den *operae* allerlei noch näher zu Betrachtendes zu versprechen, und war doch bei der Freilassung oder unmittelbar nach derselben nicht in der Lage, solchen Anmutungen zu widerstehen. Diese Versprechungen wurden aber nur bedingt abgegeben, unter der Bedingung nämlich, daß der *libertus* dem Patron irgendwie Anstoß gebe oder die Pflicht des *obsequium* gegen ihn verletze. Die Absicht war also nicht direkt auf Betreibung der versprochenen Leistungen gerichtet, sondern darauf, den Freigelassenen durch die beständige Furcht vor der Beitreibung in steter strenger Abhängigkeit von dem Patron zu erhalten. Ein solches Verfahren bezeichnete man sehr passend als ein *onerare libertatem*. Das Geschenk der Freiheit wurde dadurch zu einem illusorischen, die Freiheit wurde dadurch dem *libertus* wesentlich verkümmert. Die Sache muß so arg gewesen sein, daß die Prätoren sich veranlaßt sahen, dagegen einzuschreiten, woraus wohl hervorgeht, daß vielfältige Beschwerden an sie gebracht wurden. Anfänglich mag ein Einschreiten in einzelnen ganz besonderen Anstoß erregenden Fällen vorgekommen sein. Der erste Prätor aber, der nach Ulpian's auf Servius sich stützendem Bericht durch eine allgemeine Bestimmung seines Edikts dagegen einschritt, war der Prätor Rutilius (P. Rutilius Rufus, Prätor im Jahre 636).[1] Er kündigte nämlich an, daß er dem Patron nichts weiter als eine *operarum actio* und eine *societatis actio* gewähren werde. Vor diesem Edikt des Rutilius müssen also die Prätoren dem Patron noch mehr gewährt haben. Es fragt sich, was für *durissimae res* denn früher vom *libertus* verlangt wurden. Nach l. 1 §§ 5 u. 6 l. 2 § 2 D. quarum rev. a. n. d. 44, 5 muß man wohl an mehr oder minder hohe Geldversprechen unter der Bedingung *si patronum libertus offenderit*, d. i. nur irgend einem Ansinnen, einem Befehl desselben nicht nachkam, denken. Aus solchem das billige Maß übersteigenden Versprechen, welches nach Civilrecht nicht nichtig war, wollte der Prätor Rutilius keine *actio* bezw. gegen die *actio* eine *exceptio* gewähren. Der Ausdruck „*onerandae libertatis causa*" mag schon in diesem Edikt des Rutilius vorgekommen sein. Das Übereinkommen aber *ut, nisi ei obsequium praestaret, in societatem admitteretur patronus* ließ Rutilius noch zu und wollte daraus vorkommendenfalls *societatis actionem* gewähren. Auch dieses Übereinkommen war ein bedingtes, es wurde geschlossen unter der Bedingung, daß der *libertus* dem *patronus* die in dem geschuldeten *obsequium* liegenden Pflichten nicht erfülle, es setzte also eine wirkliche Pflichtverletzung voraus. Spätere Prätoren sind weiter gegangen, sie sahen auch in dem bezeichneten Übereinkommen ein nicht zu billigendes *onerare libertatem* und wollten *actio* daraus denegieren bezw. eine *exceptio* dagegen gewähren. Das Civilrecht hatte solche Societät von dem Gesichtspunkt einer den pflicht-

[1] Vgl. Huschke in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. XIV, S. 19.

vergessenen *libertus* verdientermaßen treffenden Strafe zugelassen, ohne daß man sich dabei verhehlt haben wird, daß hier nur eine *imago societatis*, der Schein einer *societas* vorliege. Es findet sich die Ansicht, die späteren römischen Juristen hätten solche s. g. Societät für *ipso iure* ungültig erklärt, was aus l. 36 D. de operis libert. 38, 1, l. 1 § 7 D. quarum rerum 44, 5 hervorgehen soll.[1] Indessen diese Stellen sprechen gar nicht von jenem belingten Übereinkommen, wodurch der *libertus* in der Furcht des Patrons erhalten werden sollte. L. 36 (von Ulpian) lautet: *Labeo ait libertatis causa societatem inter libertum et patronum factam ipso iure nihil valere palam esse.* Hier wird die Societät, welche der Patron mit dem *libertus*, weil er ihm die Freiheit gegeben, abgeschlossen, wonach also der *patronus* einen bestimmten Teil alles Erwerbes des Freigelassenen erhalten sollte, als offenbar nichtig bezeichnet. Die Absicht, den *libertus* in Furcht zu erhalten und eventuell zu strafen, liegt hier gar nicht vor, sondern eine ganz unverschleierte *societas leonina*, welche ihr offenbar nichtig erklärt wird. So hätte sich Labeo gewiß nicht ausgedrückt, wenn bis dahin das Geschäft für civilrechtlich zu Recht bestehend galt. In 1 § 7 cit. sagt derselbe Ulpian: *Si libertatis causa societatem libertus cum patrono coierit et patronus cum liberto pro socio agat, an haec exceptio sit necessaria? puto, ipso iure tutum esse libertum adversus exactionem patroni.* Ulpian bespricht hier dasselbe Übereinkommen, welches Labeo als *ipso iure* ungültig bezeichnete, und giebt seine Meinung auch dahin ab, daß der *libertus* keiner *exceptio* gegen die *a. pro socio* des *patronus* bedürfe. Jene *imago societatis* aber, welche abgeschlossen wurde, um den *libertus* in Furcht zu erhalten, wurde wohl nach wie vor als civilrechtlich zu Recht bestehend angesehen, später Prätoren sahen aber auch in ihr ein unbilliges *onerare libertatem* und werden also die *actio pro socio* dem Patron denegiert bezw. dem *libertus* eine *exceptio* dagegen gewährt haben. Es blieb also dem Patron nur noch die *actio operarum*. So haben wir uns auch den Inhalt des Julianischen Edikts nach l. 1 § 2 D. de op. libert. 38, 1 zu denken. Hier wird zuerst als die Absicht des betreffenden Edikts angegeben: *Hoc edictum praetor proponit coartandae persecutionis libertatis causa impositorum.* Dann heißt es später: *Initio igitur praetor pollicetur se iudicium operarum daturum in libertos et libertas.* An dieses *initium* wird sich die Bemmung geknüpft haben, welche der *coarctanda persecutio libertatis causa imposorum* galt. Wie sie gelautet habe, ist nicht überliefert;[2] es ist also nicht her, ob sie ausdrücklich auch die *actio* aus jener *imago societatis* ausschloß. Ebenso könnte die Absicht der Versagung derselben an einer anderen Stelle ausgedrückt sein. Die *posteriores praetores* und auch das prätorische Edikt gewährten nämlich dem Patron statt jener *actio* aus der *imago societatis* die *bonorum possessio dimidiae partis* des Nachlasses des Freigelassenen, falls dieser nicht von leiblichen Kindern beerbt wurde: auf denselben Teil, welchen her der *libertus societatis nomine* zu leisten hatte. In dem Kommentare diesem auch nicht überlieferten Edikt sagt nun Ulpian nach l. 1 D. de iis libert. 38, 2: *Hoc edictum a Praetore propositum est honoris, quem patris habere debent, moderandi gratia.* Vielleicht war in dem die *bonorum pos-*

[1] Vgl. Walter, Gesch. d. röm. Rechts II[3], S. 93 f. Rein, Privatr. d. Römer S. 601. Schmidt, Pflichtteilsr. des Patronus S. 10 A. 22.

[2] Vielleicht kam der Ausdruck „*libertatis causa imposita*" darin vor. Vgl. lex Flavia c. 23.

sessio versprechenden Edikt ausdrücklich gesagt, daß diese statt der *actio pro socio* gewährt werden solle. Dann hatte Ulpian guten Grund zu seiner Bemerkung: *videlicet enim imago societatis induxit eiusdem partis praestationem, quod vivus solebat societatis nomine praestare, id post mortem praestaret.* Über die *bonorum possessio* selbst wird erst an anderer Stelle zu sprechen sein.

Die Formel der *exceptio onerandae libertatis causa* war übrigens unter der Rubrik: *quarum rerum actio non datur* proponiert. In Anknüpfung an diese scheint in den Kommentaren der Begriff des *onerare libertatem* näher erörtert zu sein. Ein *onerare libertatem* soll nicht angenommen werden, wenn der Sklave schon als solcher dem Herrn Geld versprochen hat, damit dieser ihn freilasse, wo der Herr ihn nicht freigelassen hätte, falls ihm nicht die betreffende Summe versprochen wäre. Verspricht er dann nach der Freilassung dem Herrn diese Summe in jetzt klagbarer Weise, so kann der Klage die *exceptio onerandae libertatis causa* nicht opponiert werden. Nur also wenn der Herr *sponte*, freiwillig die Freilassung vorgenommen und nun bei der Freilassung oder unmittelbar nach derselben sich, um den Freigelassenen in Furcht zu erhalten, das früher besprochene bedingte Versprechen geben läßt, greift der Begriff des *onerare libertatem* Platz. — In der Regel war der Freigelassene nur bei der Freilassung bezw. unmittelbar nach derselben mit Rücksicht auf die ihm soeben erwiesene Wohlthat nicht in der Lage, sich dem Ansinnen eines Versprechens, welches den Zweck hatte, ihn in Furcht zu erhalten, zu entziehen. Nicht so ohne weiteres soll die *exceptio* gewährt werden, wenn das Versprechen erst *post intervallum* abgegeben ist, sondern nur nach angestellter *causae cognitio*, welche klar ergeben muß, daß der *libertus* dennoch nur durch Furcht oder übertriebene Ehrfurcht vor dem Patron zu dem Versprechen bewogen worden ist.[1]

Schutz des *in libertate esse.*

§ 127. Gegen Ende der Republik gab es jedenfalls schon eine Klasse von Menschen, welche, ohne beweisen zu können, daß sie frei seien, sich im faktischen Besitz der Freiheit befanden. Man bezeichnete solchen Zustand als *in libertate esse, in libertate morari.* Die Zahl solcher im faktischen Genuß der Freiheit sich befindenden Sklaven war gewiß keine geringe. Das *in libertate esse* konnte auf einer formlosen Freilassung beruhen, welche rechtlich die Freiheit, die *iusta libertas,* nicht zur Folge hatte. Ganz ohne Schutz blieb dieses *volente domino in libertate esse* nicht. Wollte der Herr den formlos Freigelassenen später gewaltsam in den faktischen Sklavenzustand zurückführen, so konnte der *in libertate moratus* die Hilfe des Prätors anrufen, welcher den Herren die Ausführung jenes Widerrufs nicht gestattete. Was ein solcher, der *volente domino in libertate erat,* erwarb, fiel als Erwerb eines Sklaven dem Herrn zu;[2] aber in der formlosen Freilassung lag doch zugleich eine *concessio*, daß er das von ihm Erworbene als ein *peculium* haben solle, und dieses *peculium* war, wie das *in libertate esse* selbst, nicht willkürlich widerruflich, wenn auch beim Tode des rechtlich Sklav Gebliebenen das von ihm Erworbene dem Herrn als

[1] Über die *exceptio si non oerandae libertatis causa promissum est* vgl. A. Schmidt a. a. O. S. 10 A. 24.

[2] Fr. Dosith. 5.

peculium zufiel. In dem Fr. Dosith. 5 wird das von solchen Freigelassenen Erworbene als *bona manumissi* bezeichnet, die *ad patronum pertinebant*, und bei Gai. III, 56 heißt es: *unde etiam res eorum peculii iure ad patronos pertinere solita est. Ex iure Quiritium* waren also zwar solche Freigelassene noch Sklaven, aber wie es ein prätorisch geschütztes Eigentum gab, so gab es auch eine prätorisch geschützte Freiheit. Leider haben wir keine näheren Nachrichten über die weiteren Wirkungen dieses *auxilium praetoris*. Der Gedanke liegt aber nahe, ob nicht solche Freigelassene Dritten gegenüber auch die zu ihrem *peculium* gehörigen Rechte vermöge vom Prätor gewährter Klagen geltend machen konnten.

II. Klagen gegen den Gewalthaber aus Handlungen der Gewaltunterworfenen.

1. Die Klagen aus den Rechtsgeschäften der Gewaltunterworfenen.

a) Die *actio exercitoria* und die *institoria*.

§ 128. In den Digesten finden sich in nahe bei einander stehenden Titeln (D. XIV, 1, 3, 4, XV, 1, 2, 3, 4) eine Anzahl von *actiones* behandelt, welche aus den von jemand mit einem anderen abgeschlossenen obligatorischen Geschäften gegen einen dritten Nichtkontrahenten, zu welchem jene Geschäfte in einem bestimmten Bezuge stehen, als Selbstschuldner nach dem prätorischen Edikt gegeben werden. Die Ordnung, nach welcher diese Klagen in den Digesten vorgetragen werden, ist nicht erst von Justinian's Arbeitern erfunden, sondern es ist erweislich die des Hadrianischen Edikts.[1] Auch hier ist es aber durchaus nicht allein die frühere oder spätere historische Entstehung, welche für die Stelle, die der einzelnen *actio* in der Reihe angewiesen ist, maßgebend gewesen ist.[2] Es sind vielmehr vorwiegend systematische Gesichtspunkte, welche den Ordner des Hadrianischen Edikts (ob schon nach älterem Vorgange, ist nicht mehr zu erkennen) zu der Annahme der aus den Digesten ersichtlichen Reihenfolge bestimmt haben. Die erste Gruppe, die der *exercitoria*, *institoria*, *tributoria*, ist durch einen von Baron[3] richtig hervorgehobenen Gesichtspunkt zusammengehalten: sie entspringen aus Geschäften, welche innerhalb eines gewerbsmäßigen Geschäftsbetriebes, eines *negotiari*, vorkommen; sie gehören dem römischen Handels- und Gewerbsrecht an, wie es die Erörterung der einzelnen demnächst zeigen wird. Dieser vorherrschende Gesichtspunkt brachte die Zusammenstellung der *tributoria* mit der *exercitoria* und *institoria*

---

[1] L. 1 pr. D. quod cum eo 14, 5 (Gaius libro nono ad edictum provinciale): *Omnia consul agit, ut qui contraxit cum eo, qui in aliena potestate sit, etiamsi deficient superiores ones, id est exercitoria institoria tributoriave, nihilo minus tamen in quantum ex bono aequo res patitur suum consequatur.* L. 1 pr. D. de peculio 15, 1 (Ulpianus libro vicensono ad Edictum): *Ordinarium praetor arbitratus est prius eos contractus exponere um qui alienae potestati subiecti sunt, qui in solidum tribuunt actionem, sic deinde ad e pervenire, ubi de puculio datur actio. Est autem triplex hoc edictum: aut enim de pe- aut de in rem versa aut quod iussu hinc oritur actio.* L. 17 § 1 D. de instit. a. 14, 3: *ervum Titii institorem habueris, vel tecum ex hoc edicto vel cum Titio ex inferioribus is agere potero.*

[2] A. A. Bekker, Aktionen II[1], S. 220.

[3] Die adjektizischen Klagen S. 188 ff. Ihm stimmt zu Lenel, Edictum S. 31.

und die Loslösung derselben von der *actio de peculio* zuwege, während die *exercitoria* und *institoria* auch darin sich von den der zweiten Gruppe angehörigen Klagen unterschieden, daß sie auch aus den Geschäften nicht der Gewalt des Präponenten unterworfener *magistri* und *institores* gegen den Präponenten gegeben wurden. Die der zweiten Gruppe angehörigen *actiones (de peculio, de in rem verso, quod iussu)* sind sämtlich solche, welche aus Geschäften gewaltunterworfener Personen mit Dritten diesen gegen den Gewalthaber gegeben werden. Wir wollen mit der Erörterung der enger miteinander zusammenhängenden *exercitoria* und *institoria* beginnen.

Das die *exercitoria* verheißende Edikt ist uns in den aus dem Ediktskommentare Ulpian's entnommenen Stellen des Tit. D. 14, 1 nicht ganz erhalten, wohl aber hauptsächlich in Betracht kommende Worte desselben, welche von Ulpian erläutert werden. Aus diesen läßt sich der wesentliche Inhalt des Edikts entnehmen: es wird aus einem Geschäft, welches der als *magister* des Schiff Vorgesetzte *eius rei nomine, cuius*[1] *ibi praepositus fuerit,* mit einem anderen abgeschlossen hat, diesem gegen den *exercitor navis* eine *actio in solidum* versprochen. Daß der Prätor hier ausdrücklich *actionem in solidum* versprochen habe, im Gegensatz zu den *actiones de peculio* und *de in rem verso,* ist dort wohl anzunehmen. Die Klage wird also gegen den *exercitor navis* versprochen. *Exercere* ist gewerbsmäßiges Betreiben. Das *exercere* im eigentlichen Sinn, das Betreiben, ist Sache dessen, der den Schiffsführer angestellt hat, für dessen Rechnung der Betrieb stattfindet, an den *obventiones et reditus omnes pervenire.* Man kann nicht sagen, es sei der, auf dessen Namen die Geschäfte abgeschlossen werden; der *magsiter* kann zwar für Rechnung des Präponenten, nicht aber auf den Namen desselben kontrahieren, da die direkte Stellvertretung hier nach römischem Recht ausgeschlossen ist. Als der, auf dessen Rechnung der Betrieb geht, wird jemand, falls er nicht selbst das Schiff führt, durch das *praeponere* des *magister navis* äußerlich gekennzeichnet. Der Betrieb muß ein gewerbsmäßiger sein, d. h. dauernde Ausübung eines gewissen Berufs, einer auf Befriedigung bestimmter Bedürfnisse des Publikums gerichteten Beschäftigung, um daraus eine dauernde Einnahmequelle zu machen. Diese Notwendigkeit des Betriebs als dauernder Einnahmequelle tritt am schärfsten in der Gaius'schen Definition des *exercitor* (J. IV, 71) als dessen, *ad quem cottidianus eius quaestus pervenit*, hervor. Das Gewerbe ist im vorliegenden Falle Betrieb von Schiffahrt oder einer bestimmten Art der Schiffahrt, ist also an ein für dieselbe zu verwendendes Schiff geknüpft. Als *navis*[3] genügt jedes Fahrzeug, welches zum Zweck eines Fahrens über ein Gewässer als Einnahmequelle verwendet werden kann, sei es zum Zweck der Schiffahrt übers Meer oder auf einem Flusse oder Landsee, sei es zur Überfahrt von Menschen oder zum Transportieren von Sachen, sei es zum Einkauf oder Verkauf von Waren. Daß der *exercitor* Eigentümer des Schiffes sei, ist nicht erforderlich, er kann das ganze Schiff *(per aversionem)* gemietet haben, um damit sein Gewerbe zu betreiben.[4] *Magister navis* ist derjenige, welchen der *exercitor* zur Führung des zum Gewerbebetriebe bestimmten Schiffs vorgesetzt hat. Das *officium*, als welches

[1] *Cuius* will man in *cui* abändern, aber kann nicht zu *cuius* ergänzt werden: nomine?
[2] L. 1 § 15 D. h. t.
[3] L. 1 § 6 D. h. t.
[4] L. 1 § 15 D. h. t.

seine Stellung charakterisiert wird, beruht auf der *praepositio* von seiten des *exercitor*. Die *praepositio* ist wohl zu unterscheiden von dem Kontrakt, welchen der *exercitor* mit dem *magister*, falls dieser seiner Gewalt nicht unterworfen ist, abgeschlossen hat (der *locatio conductio operarum* oder dem Mandat),[1] sie ist ein einseitiger Akt des *exercitor*, welcher die Stellung des *magister* dem Publikum gegenüber, seine Befugnis, mit Dritten für Rechnung des *exercitor* Geschäfte abzuschließen, begründet. An eine bestimmte Form ist die *praepositio* nicht gebunden. Fragen könnte man nur, ob der in beliebiger Form kundgegebene Wille des *exercitor* genüge, oder eine Einweisung in die faktische Ausübung des *officium* erforderlich sei? Für das letztere scheint der Ausdruck „*praeponere*" zu sprechen. Jedenfalls war diese faktische Einweisung in die Führerstellung in vielen Fällen die einzige Weise, in welcher der *exercitor* seinen Willen kundgab. Der Umfang der durch die *praepositio* dem *magister* eingeräumten (indirekten) Vertretungsbefugnis kann ein verschiedener sein. Nicht aus jedem für Rechnung des *exercitor* vom *magister* abgeschlossenen Geschäft, *non ex omni causa* will der Prätor eine Klage gegen den *exercitor* gewähren, sondern nur *eius rei nomine, cuius ibi praepositus fuerit*. Eine gewisse Befugnis zum Abschluß von Rechtsgeschäften ergiebt sich schon aus der Anstellung zum Führer des Schiffes und der Beschaffenheit bezw. Einrichtung des Schiffes. Indem ihm zunächst die Führung des Schiffes und die oberste Sorge für dasselbe aufgetragen ist, ist er zugleich bevollmächtigt, das Schiffahrtsgewerbe, für welches dasselbe bestimmt ist, zu verwalten, also auch die für diese Verwaltung erforderlichen Rechtsgeschäfte mit Dritten abzuschließen. Der *magister* wird jedenfalls befugt sein, solche Geschäfte abzuschließen, welche zur Instandhaltung des irgendwie schadhaft gewordenen Schiffes nötig sind,[2] zur Ergänzung der in der Bemannung des Schiffes entstandenen Lücken neue *nautae* anzuwerben, die erforderlichen Nahrungsmittel für die Bemannung anzuschaffen. Es können aber diese aus seiner Stellung als Schiffsführer sich ergebenden Befugnisse durch die *lex praepositionis* näher präzisiert, erweitert, beschränkt werden. Die Art der gewerbsmäßigen Schiffahrt, welche mit dem Schiff betrieben werden soll, wird sich aus dem Bau und der Einrichtung desselben nicht immer zur Genüge ergeben. Dann muß sie durch die *lex praepositionis* näher festgesetzt werden,[3] es ist z. B. in dieser zu bestimmen, daß die Schiffahrt nur in einem bestimmten Meer und in einer bestimmten Richtung betrieben werden soll. Soll die Schiffahrt zur Betreibung eines bestimmten Handels, zum Einkauf und Verkauf von Waren betrieben, so muß auch diese Bestimmung in der *lex praepositionis* ausgedrückt sein. Sollen dem *magister* die aus der *praepositio* von selbst sich ergebenden Befugnisse nicht uneingeschränkt eingeräumt werden, so müssen die Geschäfte, denen er vorgesetzt sein soll, in der *lex praepositionis* besonders ausgedrückt sein. So kann z. B. der *magister* in der *lex praepositionis* nur bevollmächtigt sein, die Mietverträge mit den Passagieren abzuschließen, nicht aber die Mietgelder einzuziehen, oder umgekehrt nicht die Mietverträge mit ihnen abzuschließen, sondern nur die Mietgelder einzuziehen. Es können auch mehrere *magistri* untereinander angestellt werden, und zwar entweder *divisis officiis* oder *non divisis officiis*. Es kann also z. B. der eine zur Abschließung der Verträge,

[1] *L.* 1 § 18 D. h. t.
[2] *L.* 1 § 7 D. h. t.
[3] *L.* 1 § 12 D. h. t.

der andere zur Einziehung der Mietgelder angestellt sein. Sind sie *non certis officiis* angestellt, so kann jeder für sich den *exercitor* obligieren, außer wenn der *exercitor* angeordnet hat, daß keiner ohne den anderen handeln solle.[1] Es ist kaum anders zu denken, als daß meistens den *magistri navium* über den Inhalt der *lex praepositionis* eine Urkunde ausgestellt wurde, um sich Dritten gegenüber über den Umfang ihrer (indirekten) Vertretungsbefugnis legitimieren zu können. Die *praepositio legem dat contrahentibus,* der *magister,* welcher den Inhalt der *lex praepositionis* überschreitet *(modum egressus)*, obligiert den *exercitor* nicht. Um den *exercitor* zu obligieren, muß der *magister* (ausdrücklich oder stillschweigend) mit Beziehung auf seine *praepositio,* also für Rechnung des *exercitor* kontrahieren. Kontrahiert der *magister* nicht mit solcher Bezugnahme, kontrahiert er also auf eigene Rechnung, so obligiert er den *exercitor* nicht.[2] Hier möge noch besonders die Frage erörtert werden, ob der *magister* den *exercitor* durch Aufnahme eines Darlehns obligieren könne. Für die Geschäfte, denen er vorgesetzt ist, kann er, wenn es zur Erreichung des Zweckes derselben notwendig ist, ein Darlehn aufnehmen, z. B. zum Zweck der notwendigen Ausbesserung oder Ausrüstung des Schiffes oder für die Unterhaltung der Bemannung. Doch muß er das Darlehn mit dem Hinweis darauf annehmen, daß er es für das bezeichnete Bedürfnis des Schiffes verwenden werde, und es muß das angegebene Bedürfnis auch vorliegen, wovon sich der Darlehnsgeber, um sicher zu gehen, zu überzeugen hat. Auch darf der Betrag des Darlehns nicht das bezeichnete Bedürfnis übersteigen, und es muß den konkreten Umständen nach eine Befriedigung des Bedürfnisses durch das Darlehn als möglich erscheinen. Auf das Vorhandensein dieser Voraussetzungen, von denen die Verpflichtung des *exercitor* abhängt, hat also der, welcher das Darlehn geben soll, sein Augenmerk zu richten *(in summa aliquam deligentiam in eo creditorem praestare debere).* Zu weit aber darf die Prüfungspflicht des Darlehnsgebers auch nicht ausgedehnt werden: er braucht sich nicht davon zu überzeugen, ob das Darlehn dann wirklich zu dem Zweck, für welchen es gegeben, verwandt wird; der *exercitor* haftet vielmehr, auch wenn der *magister* seinen Sinn geändert und das Geld anders verwandt hat. Der Darlehnsgeber braucht auch nicht zu prüfen, ob die Preise der gekauften Waren, zu deren Berichtigung das Darlehn begehrt wird, richtig angegeben seien, oder nicht. Keineswegs haftet aber der *exercitor*, wenn der *magister* das Darlehn nicht für das Schiff, also nicht mit Bezugnahme auf die *praepositio,* aufgenommen, sondern in irrtümliche Meinung des Dritten, es handle jener als *magister,* benutzt hat, um ihm das Darlehn abzuschwindeln.[3]

Eine weitgehende Befugnis des *magister* ist es, daß er an seiner Statt einen anderen dem Geschäftskreis, welchem er selbst vorgesetzt ist, präponieren kann. Auch scheint es gänzlich von seinem Ermessen abhängig gewesen zu sein, wann er von dieser Substitutionsbefugnis Gebrauch machen wolle, sie war nicht auf besondere in seiner Person eingetretene Hindernisse beschränkt. Auch konnte der *exercitor* diese Substitutionsbefugnis nicht durch ausdrückliche Anordnungen und Verbote entziehen oder einschränken.[4] Als Grund dieser Re-

[1] L. 1 §§ 13 und 14 D. h. t.

[2] Näher soll auf die Streitfrage, ob die Haftung des Präponenten Handeln des *praepositus* unter Kundgebung der Geschäftsführerqualität voraussetze, erst bei der Darstellung der *institoria actio* eingegangen werden.

[3] L. 1 § 8 ff. u. l. 7 pr. § 1 u. D. h. t. [4] L. 1 § 5 D. h. t.

timmungen wird die *utilitas navigantium* angegeben. Fern vom *exercitor* konnte er *magister* allerdings keine Verhaltungsbefehle vom *exercitor* im konkreten Fall inholen, und war allein in der Lage, zu ermessen, ob eine Substitution nötig ezw. zweckmäßig sei, oder nicht.

Das praktische Bedürfnis, welches der Aufstellung der *exercitoria actio* berhaupt zu Grunde lag, hat noch eine weitere wichtige Bestimmung des dikts über dieselbe hervorgerufen. Wenn der *exercitor navis* in der Gewalt atria oder *dominica potestas)* eines anderen steht und mit Genehmigung *(voluntate)*, nicht bloß mit Vorwissen *(scientia)*, seines Gewalthabers die gewerbsmäßige chiffahrt betreibt, so wird aus dem Geschäft, welches mit dem von ihm angestellten *magister* abgeschlossen ist, aber auch aus dem von ihm selbst abgeschlossenen die Klage gegen den Gewalthaber *in solidum* gegeben.[1] Und trieb etwa ein zum *peculium* eines Haussohnes gehöriger Sklav gewerbsäßige Schiffahrt, so konnte aus den von seinem *magister* bezw. von ihm selbst geschlossenen Geschäft, falls er das Gewerbe sowohl mit Genehmigung des *ius familias* als mit der des Gewalthabers betrieb, gegen beide *in solidum* klagt werden. Der Dritte hatte die Wahl, ob er gegen den *exercitor* selbst zw. unter der angegebenen Voraussetzung dessen Gewalthaber, oder gegen n *magister* klagen wollte. Wie die Klage gegen den *magister* selbst, so ist ch die *exercitoria* eine *perpetua*, d. h. keiner Verjährung unterworfen, auch ht sie aktiv und passiv auf die Erben über.

Auch das die *institoria actio* versprechende Edikt ist uns nicht erhalten, ch geht aus Gai. IV, 71 und aus den in den Digestentitel XIV, 3 aufnommenen Fragmenten der Ediktskommentare hervor, daß es dem die *exercoria* verheißenden ganz entsprechend gestaltet gewesen sein muß. Die Klage zt ein *exercere*[2] einer *negotiatio*, den gewerbsmäßigen Betrieb eines Handels er eines Handwerks voraus, also dauernden Betrieb desselben in der Absicht, raus eine dauernde Einnahmequelle zu machen.[3] Ist von dem, welchem die nnahmen aus diesem Betriebe zufließen sollen, dem Geschäftsbetriebe oder em Zweige desselben ein anderer vorgesetzt, so soll aus dem Geschäft, lches ein solcher *institor* oder Gewerbsverwalter in dieser Eigenschaft innerlb des ihm zugewiesenen Geschäftskreises mit einem Dritten abgeschlossen t, sofern dasselbe eine Obligation begründet, diesem eine Klage auch gegen n Prinzipal, und zwar *in solidum*, gegeben werden. Der Gedanke, welcher *exercitoria actio* zu Grunde liegt, hat hier ein viel weiteres Anwendungsbiet gefunden. Es ist nicht wahrscheinlich, daß schon bei der ersten Auflung der *institoria actio* das Anwendungsgebiet derselben so weit gesteckt r, wie es uns in den Digestenfragmenten entgegentritt. Wie der Entwickegsgang hier wahrscheinlich gewesen ist, soll erst bei der Betrachtung des torischen Verhältnisses der *actiones adiecticiae qualitatis* erörtert werden. Es g ein Handel oder Handwerk, eine gewinnbringende Beschäftigung, welcher auch, sein, so kann, vorausgesetzt, daß sie gewerbsmäßig betrieben d, dabei die *institoria actio* eine Rolle spielen.[4] Nicht bloß gewerbsmäßiges ufen und Verkaufen von Waren im engeren Sinne, auch gewerbsmäßiges

---

[1] L. 1 §§ 19 und 20 D. h. t.
[2] L. 13 § 2, l. 17 § 4, l. 19 § 1, l. 20 D. de instit. a. 14, 3.
[3] L. 16 D. h. t.
[4] L. 5 pr. — § 10 D. h. t.

Vermieten von Häusern und anderen Lokalitäten, von Tieren, gewerbsmäßiges Betreiben der verschiedensten Professionen und Handwerke kann zur Anstellung von Institoren führen und so die Anwendbarkeit der *institoria actio* verursachen. Bei der Mannigfaltigkeit dieser *negotiationes* hat das römische Recht keine allgemeine technische Bezeichnung des Geschäftsherrn, des Prinzipals entsprechend der des *exercitor*. Wohl aber gab es eine solche allgemeine Bezeichnung dessen, der die betreffende *negotiatio* für fremde Rechnung verwaltet, nämlich *institor*.

Es ist nicht zu zweifeln, daß dieses Wort in dem die *institoria actio* verheißenden Edikt, nach welchem die Klage selbst ihren Namen führt, für den der *negotiatio* Präponierten gebraucht wurde. Institor wird jemand durch die *praepositio* von seiten des Prinzipals d. h. dadurch, daß er der Betreibung der *negotiatio* oder eines einzelnen Zweiges derselben vorgesetzt wird.[1] Wie nur der der Leitung des Schiffes Vorgesetzte, nicht jeder, welcher *navis navigandae causa* auf dem Schiffe ist, der den *exercitor* vertretende *magister* ist, so ist auch nicht jeder höhere oder niedere Gehilfe bei der Betreibung des Handels oder Gewerbes zur Vertretung des Herrn berechtigter *institor*. *Institor* ist nur der der Betreibung des Gewerbes oder Gewerbezweiges Vorgesetzte. Wer diesem Vorgesetzten nur als untergeordneter Gehilfe beigegeben ist, ist nicht *institor*. Es ergiebt sich das schon aus der auch für die Anstellung des *institor* gebrauchten technischen Bezeichnung *praeponere* und der Analogie des *magister navis*.[2] Die *praepositio* ist nicht etwa einzig Ermächtigung zum Kontrahieren, es ist Anstellung zur selbständigen sachverständigen Betreibung bezw. zur Leitung des Betriebes des betreffenden Geschäfts oder Geschäftszweigs, wie die *praepositio* als *magister navis* Anstellung zur sachverständigen Leitung des Schiffes ist. In der *praepositio* ist aber auch die Ermächtigung enthalten, *eius rei nomine*, welcher man vorgesetzt ist, mit Dritten zu kontrahieren. Es wird als eine Regel des römischen Rechts bezeichnet, jede in einem Handelslokal oder in einem offenen Handelslokal angestellte Person dürfe von dem Publikum als Institor angesehen werden.[3] In dieser Unbestimmtheit kennt das römische Recht die Regel aber nicht. Die Regel geht vielmehr dahin, es dürfe der als Institor Angestellte als zum Kontrahieren berechtigt angesehen werden. Das römische Recht spricht nirgends aus, es solle präsumiert werden, daß jeder in einem Laden Angestellte Institor sei, sondern es sagt nur, der als Institor Angestellte soll als zum Kontrahieren befugt angesehen werden: *qui praeposuit, tenebitur ipsa praepositione*, d. h. dadurch, daß der Betreffende dem Betriebe des Geschäfts oder Geschäftszweigs vorgesetzt ist, ist er auch zum Kontrahieren ermächtigt. *Non permittendum erit cum institore contrahere*, d. h. einer besonderen Erlaubnis, mit dem, welcher einem Geschäftszweige vorgesetzt ist, bezüglich desselben zu kontrahieren, bedarf es nicht, dieselbe liegt vielmehr schon in der *praepositio*. Die *praepositio* aber muß erwiesen sein, sie wird nicht vermutet. Einer besonderen Form für die *praepositio* bedarf es nicht, auch eine ausdrückliche Erklärung war nicht nicht erforderlich, es kann der Wille des Herrn auch aus den konkreten Umständen sich deutlich ergeben. Werden aber z. B. in einem großen Laden Waren sehr verschiedener Art verkauft, so ist gewiß nicht zu präsumieren

[1] L. 5 §§ 11—16 D. h. t.
[2] L. 1 § 2 D. de exercit. 14, 1.
[3] Vgl. nur Thöl, Handelsrecht I[5], § 160 S. 196. Baron, a. a. O. S. 218.

daß jeder in diesem Lokal Angestellte, ja nicht einmal jeder als Institor Angestellte zum Verkauf beliebiger Waren berechtigt sei. Es kommt darauf an, wofür er angestellt ist, ob für diese oder jene Warengattung. Nach der *praepositio* bezw. der Art derselben also muß sich, wer mit dem Angestellten kontrahieren will, erkundigen, wenn sie nicht den Umständen nach klar vorliegt.[1]

Auch beim *institor* ist wohl zu unterscheiden zwischen dem Kontrakt, welcher vom Prinzipal mit ihm, falls er der Gewalt desselben nicht unterworfen ist, abgeschlossen ist und Verpflichtungen bezw. Rechte zwischen ihnen begründet, und der *praepositio*, welche ein einseitiger Akt des Prinzipals ist und, soweit sie Ermächtigung zum Abschluß von Rechtsgeschäften ist, die rechtliche Stellung des Institor gegenüber dem Publikum begründet. Der Vertrag zwischen Prinzipal und Institor wird gewöhnlich eine *locatio conductio operarum* oder ein Mandat[2] sein. Die *praepositio* hat zu bestimmen, welcher *negotiatio* der *institor* vorgesetzt sein soll. Die *lex* oder *conditio praepositionis* kann nähere Bestimmungen über die Kontrahierungsbefugnis enthalten. Sollen dieselben aber etwas an den Befugnissen, welche von selbst daraus sich ergeben, daß der Betreffende diesem Geschäftszweig vorgesetzt ist, ändern, so hat der Prinzipal dafür Sorge zu tragen, daß sie den Dritten, welche sich darnach richten sollen, in der gehörigen Weise bekannt gegeben werden. Handelt es sich dabei um bestimmte einzelne Persönlichkeiten, so kann diesen die abändernde oder beschränkende Bestimmung durch eine *denuntiatio*[3] kundgegeben werden. Soll das Publikum im allgemeinen bezw. eine unbestimmte Zahl von Personen eine Direktive empfangen, so muß dieselbe durch einen öffentlichen, in die Augen fallenden, verständlichen Anschlag bei oder vor dem Verkaufslokale bekannt gemacht sein. LENEL[4] bemerkt, die Worte der l. 11 § 2 D. h. t. nähen auf den ersten Blick wie eine dem Edikt vom Prätor selbst beigefügte Ausnahme aus, der Kommentar ergebe aber, daß Ulpian auch in l. 11 §§ 2–6 lediglich das Wort „*praeposuerit*" zur Vorlage habe. Dieser Auffassung darf man nicht beipflichten. In dem Kommentar erklärt Ulpian die Worte *palam proscriptum*, wie andere Ediktsworte auch: *Proscribere palam hoc accipimus* u. s. w. Die Bestimmung des Edikts könnte etwa gelautet haben: *De quo palam proscriptum fuerit, ne cum eo contrahatur, eum praepositi*

---

[1] THÖL, a. a. O. sagt, die Verwaltung des Institor bestehe wesentlich darin, daß die Geschäfte, welche er mache, Rechtsgeschäfte seien, daß er kontrahiere; die Beziehung auf das Gewerbe unterscheide den Institor von einem Mandatar, welchem eine Gattung von Geschäften aufgetragen sei. Indessen die dem *institor* gewordene Anstellung geht nicht wesentlich bloß auf Abschluß von Rechtsgeschäften für das Gewerbe, sondern auf den Betrieb des Gewerbes, und ist das Gewerbe nicht ein Handel im engeren Sinne, sondern ein Handwerk, wird gar nicht einmal das Kontrahieren das Hervorstechende in der Thätigkeit des *institor* sein. Da aber der *institor* zum Betrieb des *negotiatio quaestus causa* angestellt ist, so war er auch durch die Anstellung zum Betrieb des Gewerbs auch zum Abschluß der Geschäfte, welche zum *quaestus* zu vermitteln haben, ermächtigt; in der *praepositio* zum Betrieb des Gewerbes liegt auch die Ermächtigung zum Abschluß der dazu gehörigen Rechtsgeschäfte. Enthielte die *praepositio* wesentlich nur die Ermächtigung zum Kontrahieren, so läge in den Worten Ulpian's (l. 11 § 2 h. t.): *non enim permittendum erit cum institore contrahere, — —; ceterum qui praeposuit, tenebitur ipsa praepositione* eine arge Trivialität.

[2] L. 1, l. 11 § 5 und l. 12 D. h. t.

[3] L. 11 § 5, l. 17 § 4 D. h. t.

[4] Edictum S. 204 A. 11.

loco non habebo. Etwas Besonderes wird hiermit insofern bestimmt, als er auch für diejenigen, welche etwa das *palam proscriptum* nicht gelesen hatten, der Inhalt desselben doch galt. Ist ihm durch gehörig bekannt gemachte *conditio praepositionis* keine besondere Beschränkung auferlegt, so kann der *institor* den Prinzipal durch alle mit Dritten abgeschlossenen Geschäfte obligieren, welche im Bereich dessen liegen, *cui praepositus fuerit.*[1] Er kann also auch bei Verkäufen, zu denen er berechtigt ist, eine *arra* empfangen und den Prinzipal auf die Rückgabe verpflichten, ein Pfand empfangen u. dgl. Hat er der *praepositio* gemäß Sklaven und Vieh verkauft, so kann auch die *actio redhibitoria* gegen den Prinzipal angestellt werden.[2] Auch ein Darlehn kann der Institor in den Prinzipal verbindender Weise aufnehmen, doch nur soweit es *eius rei gratia* geschieht, welcher er präponiert ist. Es muß die Darlehnsaufnahme nötig sein für die Geschäfte, deren Betreibung dem institor obliegt, z. B. für den Ankauf von Waren, zu deren Ankauf er angestellt ist. Daß aber das für solches Bedürfnis dem *institor* gegebene Darlehn auch wirklich zur Befriedigung desselben verwandt sei, darum braucht sich der Darlehnsgeber hier ebensowenig wie bei dem einem *magister navis* gegebenen Darlehn zu kümmern.[3] Ein gehörig bekannt gegebenes Verbot des Prinzipals schließt die Möglichkeit aus, denselben durch dem *institor* gegebene Darlehne zu obligieren.

Da das römische Recht Stellvertretung beim Abschluß obligatorischer Verträge nicht kannte, so mußte der Institor, auch wenn er für Rechnung des Prinzipals abschließen wollte, das Geschäft doch für seine Person abschließen und wurde dadurch dem anderen Kontrahenten verpflichtet. Es besteht unter den heutigen Juristen eine Meinungsverschiedenheit darüber, ob der Institor sich bei Abschließung des Kontrakts dem anderen Kontrahenten in seiner Eigenschaft als *institor* kundgegeben, dargestellt haben müsse, oder ob die *institoria* des anderen Kontrahenten gegen den Geschäftsherrn nur materiellen Zusammenhang des Vertrags mit der *praepositio* und der darin enthaltenen Vollmacht voraussetze. Mandry[4] insbesondere behauptet, „*eius rei causa, cui praepositus fuit*" sei kontrahiert, sobald der Vertrag in materiellem Zusammenhang mit dem betreffenden Geschäftskreise stehe, auch wenn dieser Zusammenhang nicht hervorgehoben und dem dritten Kontrahenten bekannt gegeben werde. Für die Entscheidung dieser Meinungsverschiedenheit bleibt immer das Wichtigste, wie das *eius rei gratia* oder *eius rei nomine, cui propositus est, contrahere* oder *gerere,* wie die in Betracht kommenden Ausdrücke des Edikts etwa gelautet haben mögen, zu verstehen sei. Können diese Ausdrücke wirklich bloß von dem objektiven Erfordernis verstanden werden, daß der Vertrag innerhalb der durch die *praepositio* des Prinzipals gezogenen Schranken geschlossen wurde

[1] L. 5 §§ 11—17 D. h. t.

[2] L. 17 pr. D. h. t.

[3] L. 5 § 13, l. 13 pr., l. 19 § 2 D. h. t., l. 7 § 2 D. de excercit. a. 14, 1, l. 7 § 1 D. de Scto. Macedon. 14, 6. Dagegen l. 1 C. de ex. et inst. a. 4, 25 verlangt eine besondere dem *institor* erteilte Erlaubnis zur Aufnahme eines Darlehns.

[4] Krit. Vierteljahrsschr. XIV, S. 395. Ihm folgen K. Elsässer, Über die institorische Klage S. 17 ff. Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften S. 80 ff. Der herrschenden Meinung, deren Vertreter von Elsässer, a. a. O. S. 17 A. 18, angeführt sind, hat sich neuerlich angeschlossen Mitteis, Lehre von der Stellvertretung S. 26 ff. Vgl. noch Mandry, Das gemeine Familiengüterrecht II, S. 601 ff. Dernburg, Pandekten II[3], S. 37 A. 13.

ei?[1] Sprachlich ist das nicht möglich. Die Ablative *causa* oder *gratia* nach inem Genitiv bedeuten bekanntlich „um (jemandes, einer Sache) willen", deuten lso auf eine der Handlung unterliegende Absicht, einen durch dieselbe zu erreichenden Zweck. Aber auch sachlich kann es nicht als genügend angesehen 'erden, daß das Geschäft sich innerhalb der durch die *praepositio* gegebenen chranken hält. Dann würde ja unter dieser Voraussetzung die *institoria* gegen en Präponenten begründet sein, auch wenn der *institor* gar nicht für Rechnung es Prinzipals, sondern nur für seine eigene Rechnung kontrahieren wollte. Daß der Vertrag sich innerhalb der Schranken der *praepositio* hält, bringt noch einen materiellen Zusammenhang desselben mit der *praepositio* hervor. Dieser usammenhang kann nur durch die Absicht des *institor*, auch durch dieses eschäft die *negotiatio*, welcher er vorgesetzt ist, zu exerzieren, hergestellt erden. Ließe er aber diese Absicht dem anderen Kontrahenten gegenüber öllig im Dunkeln, wie würde sich derselbe dem Prinzipal gegenüber darauf erufen dürfen? Eine solche dem anderen Kontrahenten gegenüber gar nicht ervorgetretene Absicht würde juristisch gar keine Bedeutung haben. Das *ntrahere* ist etwas Zweiseitiges: ein *eius rei gratia, cui praepositus est, contrahere* egt nur vor, wenn nicht bloß der Institor, sondern auch der Dritte *eius rei atia — contrahit.*[2] Den römischen Juristen war es gar nicht zweifelhaft, daß der *gotiationi praepositus* in seiner Eigenschaft als *institor* kontrahiert haben müsse, amit die *institoria* gegen den Prinzipal begründet sei, sie hatten kein Interesse aran, dies besonders zu urgieren, und es hat auch für uns kein Interesse, le die Stellen zu erörtern, in denen jenes Erfordernis mehr oder weniger utlich ausgesprochen sein soll. Nicht mit Unrecht hat Mitteis besonders f l. 5 § 17 D. h. t. als ein starkes Argument für die herrschende Auffassung thaltend hingewiesen. Er hätte auch l. 17 § 3 D. h. t., welche in einem deren Punkte mit jener Stelle in Widerspruch steht, heranziehen können. s soll danach aus dem nach dem Tode des Präponenten vor Antritt der Erbhaft von dem Institor abgeschlossenen Kontrakt gegen den Erben (auch wenn eser ein *furiosus* sei) die *actio institoria* gegeben werden; denn es sei dem ritten, obwohl er wußte, daß der Prinzipal gestorben sei, kein Vorwurf raus zu machen, daß er *cum institore mercem exercente* kontrahiere. Diese gründung der Entscheidung zeigt, daß der Dritte nach der Auffassung s Pomponius und Paulus mit dem *institor* im Hinblick auf seine Stellung

[1] Dies nimmt auch Zimmermann (Die Lehre von d. stellvertretenden *neg. gestio* S. 106) , sonst ein Anhänger der herrschenden Ansicht.

[2] Brinz, Lehrbuch der Pandekten II 1², S. 225 f. will so unterscheiden. Präpositionsßig könne das Geschäft entweder seinem Erfolge nach oder seinem Zwecke nach sein. es dem Erfolge nach präpositionsmäßig, d. h. dadurch, daß es dem Unternehmen des äponenten zu statten komme, so komme auf den Zweck, auf Wissen und Wollen des äubigers nichts an. Wo aber das Geschäft seinem bloßen Zweck nach präpositionsmäßig n solle, auch wenn der Erfolg ausbleibe, da allerdings müsse ein entsprechendes Wissen l Wollen des Gläubigers hinzukommen; denn damit das Geschäft seinen Zweck habe, sse er ein einiger Zweck beider Kontrahenten sein, was ohne übereinstimmende Absicht der unmöglich wäre. — In den Quellen wird man die Unterscheidung, welche Brinz macht, geblich suchen. Nach ihnen kommt es immer nur darauf an, ob der *institor eius rei tia, cui praepositus est*, kontrahiert hat, und das muß sich stets nach der Zeit des Konhierens entscheiden. Nach Brinz's Unterscheidung würde in dem Fall, in welchem der olg entscheidet, im Moment des Kontrahierens noch nicht gesagt werden können, ob das schäft präpositionsmäßig sei, sondern erst, nachdem es sich entschieden hat, ob das Geäft dem Unternehmen des Präponenten zu gute gekommen ist oder nicht.

als *institor*, mit ihm als für Rechnung des von ihm betriebenen Geschäfts handelnd kontrahiert.

Während sich in den bisher besprochenen Voraussetzungen der *institoria* eine weitgehende Übereinstimmung mit der *exercitoria* gezeigt hat, ist jetzt noch ein paar Abweichungen hinzuweisen. Der *institor* kann (in der Regel) keine Substituten bestellen: ihm solche Befugnis einzuräumen, lag (in der Regel) kein Bedürfnis vor, der Prinzipal konnte selbst, wenn ein Bedürfnis dafür vorlag, einen anderen Institor ernennen. Steht der Prinzipal in der *potestas* eines Anderen, so wird, auch wenn er sein Geschäft mit Genehmigung des Gewalthabers betrieben, dennoch aus den von seinem *institor* mit Dritten abgeschlossenen Geschäften diesen keine *institoria actio* gegen den Gewalthaber des Prinzipals gegeben. Die besondere Begünstigung der *exercitoria actio* fiel hier weg. Wenn der *exercitor navis* mehre *magistri*, so kann der Prinzipal des Gewerbes mehre *institores* für denselben Geschäftskreis ernennen. Für diesen Fall heißt es in l. 11 § 5 D. h. t.: *vel cum omnibus simul contrahi voluit vel cum uno solo.* Dieses ist wohl so zu verstehen, daß, wenn der Prinzipal nichts anderes bestimmt hat, jeder der Institoren für sich den Prinzipal verpflichten kann, und nur, falls er dies besonders in der *lex praepositionis* bestimmt hat, ihn nur alle zusammen obligieren können. — Daß die *praepositio* von seiten des Präponenten widerrufen werden kann, unterliegt keinem Zweifel. Anfänglich wird man auch angenommen haben, daß sie durch den Tod des Präponenten erlösche. Auf die Änderung, welche hierin in der Kaiserzeit eintrat, ist erst an späterer Stelle einzugehen. Als besondere, dem römischen Handelsrecht und Gewerbsrecht angehörende Vorschriften für die *institoria actio* sind noch anzuführen einmal, daß auch eine Frau aus dem von ihr als *institrix* abgeschlossenen Geschäft haftet, obwohl darin eine Intercession liegt[1]; sodann, daß der Prinzipal auch aus dem von einem *impubes* als *institor* abgeschlossenen Geschäft haftet, ein Satz, der entsprechend auch für die *exercitoria actio* gilt.[2] Auch die *actio institoria* ist eine *perpetua* und geht aktiv und passiv auf die Erben über.

b) Die *actio de peculio* und die *de in rem verso*.

§ 129. Von den Klagen, welche das Edikt nur aus Geschäften gewaltunterworfenen Personen gegen den Gewalthaber gewährte, soll zuerst die *actio de peculio* besprochen werden, und bedarf es dazu zunächst eines etwas näheren Eingehens auf den Begriff des Pekuliums.

Peculium ist ein von dem übrigen Vermögen eines römischen Familiengewalthabers (*paterfamilias* oder *dominus*) durch den Willen, bezw. mit Erlaubnis desselben abgeschiedenes thatsächliches Vermögen einer gewaltunterworfenen Person. Ein Gewalthaber kann kein *peculium* haben, sowie eine gewaltunterworfene Person keine selbständigen *bona*.[3] Es wird als ein *velut* oder *quasi patrimonium*, als ein *velut proprium patrimonium* des Gewaltunterworfenen bezeichnet.[4] Rechtlich gehört also das *peculium* dem Gewalthaber, der es konstituiert hat, und es erklärt sich daraus namentlich, daß die *actio de peculio* an

[1] L. 7 § 1 D. h. t.
[2] L. 7 § 2, l. 8 D. h. t., l. 1 § 4 D. de ex. a. 14, 1. Baron, a. a. O. S. 197 f.
[3] L. 182 D. de v. s. 50, 16.
[4] L. 39, l. 47 § 6, l. 19 § 1 D. de pec. 15, 1. § 10 I. de act. 4, 6.

dem Geschäft des Gewaltunterworfenen nicht gegen diesen, dem es nur faktisch gehört, sondern gegen den Gewalthaber, dem es rechtlich gehört, anzustellen ist. Dadurch, daß die zu dem *peculium* gehörigen Rechte, deren rechtliches Subjekt der Gewalthaber ist, in dem Gewaltunterworfenen das Subjekt haben, für welches sie faktisch bestimmt sind, werden sie durch diesen zu einer Einheit, einer Art *universitas*, zusammengehalten, die aber nur eine subjektive, nicht auch, wie die *hereditas*, eine objektive ist, so daß das *peculium* nie mit einer eigentlichen *vindicatio* verfolgt werden kann.[1] Das *peculium* bleibt dasselbe, wie auch seine Bestandteile wechseln mögen. Bestandteile des Pekuliums können über bewegliche und unbewegliche Sachen, auch Rechte und Forderungen, Aktionen sein,[2] vorausgesetzt, daß sie Bestandteile des *patrimonium* des Gewalthabers sind, bezw. durch den Erwerb für das Pekulium werden. Die abstrakte Fähigkeit, ein *peculium* zu haben, kommt jedem römischen Hauskinde und Sklaven zu, männlichen oder weiblichen Geschlechts. Auch der *impubes* und der *furiosus* kann ein *peculium* haben. Darin, daß gar keine juristische Handlungsfähigkeit für das Haben eines *peculium* erfordert wird, tritt recht deutlich hervor, daß das Wesen desselben nur darin besteht, den Interessen und Bedürfnissen dieses Individuums faktisch zu dienen, wie das *patrimonium* den Interessen und Bedürfnissen dieses Subjekts rechtlich zu dienen bestimmt ist. Als der, für welchen das *peculium* faktisch bestimmt ist, kann der Pekulieninhaber die Pekuliarobjekte faktisch inne haben, sie gebrauchen, genießen, faktisch verändern, er kann sie auch mindern, verzehren, ohne dadurch etwa ein Delikt gegenüber seinem Gewalthaber zu begehen, welches eine *naturalis obligatio* begründen würde. Es ist daher auch wohl mit Mandry[3] anzunehmen, daß er Pekuliarobjekte deponieren, kommodieren, *precario* hingeben kann; denn alle diese Akte überschreiten nicht sein faktisches Können, enthalten keine rechtliche Disposition über die Pekuliarobjekte. Das Korrektiv gegen einen Mißbrauch dieses dem Pekulieninhaber zustehenden faktischen Könnens lag in der dem Gewalthaber jederzeit zustehenden *ademtio peculii*. Zu irgend welcher Veräußerung aber, zu Rechtsakten also, welche eine Übertragung des Rechts, einen Verlust oder eine Minderung desselben bewirken sollen, ist der Pekulieninhaber an sich nicht befugt, denn das Recht an den Pekuliarobjekten steht nicht ihm, sondern dem Gewalthaber zu. Damit der Pekulieninhaber solche Dispositionen vornehmen könne, bedarf es der Ermächtigung seitens des Gewalthabers, der Einräumung der *peculii administratio*[4] oder *libera peculii administratio*,[5] welche Ausdrücke in den Quellen regelmäßig gleichbedeutend gebraucht werden. Wem generell die *administratio peculii* eingeräumt ist, der kann verkaufen,[6] verpfänden[7] für Pekuliarschulden, für Schulden eines Anderen nur, wenn darin

---

[1] L. 56 D. de r. v. 6, 1: *Vindicatio non ut gregis, ita et peculii recepta est, sed res singulas is, cui peculium legatum est, petet.*

[2] L. 7 §§ 4 u. 5 D. h. t.

[3] A. a. O. S. 100.

[4] L. 24, 46, 48 § 1 D. h. t., l. 11 § 2, l. 13 § 2 D. de r. cr. 12, 1, l. 24 D. de i. dot. 23, 3, l. 15 § 3 D. de div. temp. pr. 44, 3, l. 84 D. de sol. 46, 3 und a. St.

[5] L. 7 § 1, l. 48 pr. D. h. t., l. 28 § 2 D. de pact. 2, 14, L. 41 § 1 D. de r. v. 6, 1, l. 13 pr. D. de c. ind. 12, 6, l. 3 § 2 D. de S. C. Mac. 14, 6, l. 1 § 1 D. quae res pig. 20, 3.

[6] L. 15 § 3 D. de div. t. pr. 44, 3, l. 41 § 1 D. de r. v. 6, 1, l. 18 § 4, l. 19 D. de pign. a. 13, 7, l. 14 pr. D. de a. p. 41, 2, l. 10 C. quod cum eo 4, 26.

[7] L. 13 pr. D. de c. ind. 12, 6, l. 18 § 4, l. 19 D. de pig. a. 13, 4.

keine Schenkung an diesen Anderen liegt,[1] Darlehne geben, jedoch nur, sowe als darin keine leichtsinnige Verschleuderung zu sehen ist,[2] Zahlungen a nehmen,[3] Pekuliarforderungen novieren,[4] Zahlungen aus dem *peculium* machen. Ein *pactum, ne ipsa peteret,* kann eine gewaltunterworfene Person nicht abschließen weil sie selbst keine Rechte erwerben, also auch nicht klagen kann; dagegen ein für den Gewalthaber bindendes *pactum, ne ea pecunia peteretur* über eine Pekuliarforderung kann sie, vorausgesetzt, daß sie *peculii administrationem* hat und keine Schenkung beabsichtigt ist, wohl abschließen.[6] Auch eine für den Gewalthaber bindende *transactio* kann sie über eine für das *peculium* erworbene *actio* abschließen.[7] Eine *filiafamilias* kann auch aus ihrem *peculium* eine *dos* für sich bestellen.[8] Man darf übrigens die hier dargelegten Befugnisse nicht als notwendig und stets in der Einräumung der *libera peculii administratio* enthalten ansehen: sie waren nur gewöhnlich und im Zweifel darin enthalten. Es war immer *quaestio facti*, wie weit der Gewalthaber der gewaltunterworfenen Person Disposition über die Pekuliarobjekte habe einräumen wollen.[9] Es heißt auch (l. 46 D. h. t.): *Qui peculii administrationem concedit, videtur permittere generaliter quod specialiter permissurus est.* Dispositionen, von denen anzunehmen ist, daß sie der Gewalthaber speciell nicht gestattet haben würde, sind als in der generellen Einräumung der *administratio* nicht enthalten anzusehen. Daher kann der Pekulieninhaber, auch wenn ihm *libera administratio* eingeräumt ist, aus dem Pekulium nicht schenken.[10] Doch wird auch hier wieder hinzugefügt, daß ein Haussohn *iusta ratione motus* (l. 7 § 1 D. de don. 39, 5) schenken könne; es wird ihm also nicht verwehrt sein, die üblichen Gelegenheitsgeschenke, welche Anstand und Sitte forderten, zu machen. Auch nahm man auf die Persönlichkeit des Haussohnes Rücksicht; bei einem Haussohn, der zu hoher Würde schon gelangt war, sah man die Befugnis zum Schenken schon als in der generellen Konzession zur *libera administratio peculii* enthalten an (l. 7 § 5 D. eod. tit.).[11] Wie überhaupt auf den vermutlichen Willen des Gewalthabers in Bezug auf den Umfang der in der Einräumung der Administration zugestandenen Befugnisse Rücksicht genommen wurde, zeigt noch l. 94 § 3 D. de sol. 46, 3 verb.: — *non magis quam ut nummos peculiares ex causa fideiussionis quam servus non ex utilitate peculii suscepit, solveret.*

Auch nicht durch den Willen des Gewalthabers kann dem Haussohn oder Sklaven die Befugnis eingeräumt werden, über das *peculium* zu testieren oder Pekuliarsklaven freizulassen.

---

[1] L. 1 § 1 D. quae res pignori 10, 1.

[2] L. 11 § 2 D. de r. cr. 12, 1, l. 3 § 2 D. ad S. C. Mac. 14, 6.

[3] L. 20 u. 21 D. de iureiur. 12, 2, l. 24 D. de i. dot. 23, 3, l. 3 C. de solut. 8, 42 (43).

[4] L. 21 D. de iurei. 12, 2, l. 34 pr. D. de nov. 46, 2, l. 48 § 1 D. h. t.

[5] L. 34 D. de sol. 46, 3, l. 13 pr. D. de c. ind. 12, 6.

[6] L. 28 § 2 D. de pactis 2, 14. [7] L. 52 § 26 D. de furtis 47, 2.

[8] L. 24 D. de i. d. 23, 3.

[9] L. 1 § 1 D. quae res pignori 20, 3.

[10] L. 7 pr. — § 5 D. de don. 39, 5, l. 52 § 26 D. de furt. 47, 2, l. 28 § 2 D. de pa 2, 14, l. 1 § 1 D. quae res pig. 20, 3, l. 8 § 5 D. quib. mod. 20, 6, l. 34 pr. D. de nov. 46,

[11] Daß ein *filiusfamilias*, auch wenn ihm *libera administratio peculii* eingeräumt ist, nicht als befugt angesehen werden kann, *in fraudem creditorum* zu veräußern, hat darin seinen Grund, daß auch der Gewalthaber selbst nicht *in fraudem creditorum* veräußern darf. Hätte der Vater ihm diese Befugnis speziell eingeräumt, so würden, da des Sohnes Gläubiger auch seine Gläubiger (*diumtaxat de peculio*) sind, die betreffenden Klagen (Paulus u. dergl.) gegen ihn selbst begründet sein (l. 12 D. quae in fr. 42, 8).

Wenden wir uns zur Betrachtung der Entstehung des Pekuliums, so ist davon auszugehen, daß keine gewaltunterworfene Person ein Pekulium von selbst schon dadurch hat, daß es einen Erwerb für den Gewalthaber macht. Das Pekulium der betreffenden gewaltunterworfenen Person entsteht nur durch Konstitution von seiten des Gewalthabers.[1] *Ignorante domino* oder *patre* kann kein *peculium* entstehen,[2] was nur eine demnächst anzugebende Modifikation erleidet. Diese *constitutio* ist ein einseitiger Akt des Gewalthabers. Aber der bloße, etwa durch Worte geäußerte, Wille des Gewalthabers, daß der Gewaltunterworfene die betreffenden Objekte zum Pekulium haben solle, genügt nicht, sondern es muß auch eine faktische Absonderung vom übrigen *patrimonium* des Gewalthabers stattgefunden haben. Was das Willensmoment anlangt, so haben diejenigen nicht recht, welche immer einen aktiven Willensentschluß des Gewalthabers zur Entstehung des Pekuliums verlangen. Vielmehr genügt, daß der Gewaltunterworfene das von ihm Erworbene und noch nicht an den Gewalthaber Abgelieferte mit Wissen des letzteren abgesondert besitze. Dieses wissentliche passive Dulden des Gewalthabers, daß der Sohn oder Sklave das von ihm Erworbene abgesondert inne habe, genügt zur *constitutio peculii*.[3] Dieses zur Konstituierung des *peculium* erforderliche *pati* nahm Pomponius nach l. 49 pr. D. h. t. sogar an, wenn der ohne Wissen des Gewalthabers gemachte Erwerb ein solcher war, daß er, wenn er ihn erfahren hätte, nach vernünftigem Ermessen gelitten haben würde, daß der Gewaltunterworfene ihn als *peculium* habe. Es kam natürlich auf die Umstände des konkreten Falles an, ob der Konstitutionswille des Gewalthabers zu vermuten sei. Er konnte also nach der Unterscheidung der *veteres* (l. 40 § 1 D. h. t.) nicht angenommen werden, wenn der Sklave z. B. Kleidungsstücke erwarb, welche ihm der *dominus* unter allen Umständen hätte gewähren müssen, denn solche Kleidungsstücke könnte der Herr möglicherweise nicht für den ausschließlichen, dauernden Gebrauch gerade dieses Sklaven bestimmt haben, nach l. 25 D. h. t. Die später, wie es scheint, nur von wenigen geteilte Ansicht *(ut quidam putant*, l. 7 § 1 D. h. t.),

---

[1] Vgl. z. B. l. 4 pr. § 2, l. 5 § 4 u. l. 7 § 3 D. h. t.

[2] Das hat Keller (Jahrb. des gem. deutsch. Rechts III, S. 158 ff.) auf das klarste gegen Etzell (Jahrb. d. gem. deutsch. Rechts I, S. 10 ff.) nachgewiesen.

[3] Das zeigt l. 7 § 1 D. h. t., welche Stelle von Keller, a. a. O. S. 155 f., nicht richtig erklärt wird. Keller nimmt an, von *posse fieri* bis *vel pupillus* reiche die von dem von Julian in Bezug genommenen Marcellus mitgeteilte Äußerung Julian's, und dann folge die richtigende Äußerung des Marcellus. Es wird aber überhaupt nicht die Äußerung Julian's, sondern nur die Note des Marcellus zu derselben mitgeteilt (*quod Marcellus apud Julianum ans adiicit, posse fieri* u. s. w. Von *ego autem puto* an aber redet wieder Ulpian, der Marcellus in einem Punkte berichtigt. Marcellus hatte gesagt, wenn der eine von zwei Herren eines Sklaven *furiosus* oder Pupill sei, so könne derselbe bei einem Herrn ein *peculium* haben, beim anderen nicht, wenn nämlich, wie einige, sagt er (Marcellus), glauben, Sklave nur durch Konzession des *dominus* ein *peculium* haben kann. Marcell deutet mit auf eine abweichende Ansicht hin, nach welcher Konzession d. h. ein aktiver Willensschluß des Herrn, zur Entstehung des *peculium* nicht nötig war. Dieser abweichenden Ansicht aber ist Ulpian. Er sagt, eine *concedi* in jenem Sinne sei nicht (immer) dazu nötig, daß der Sklave ein *peculium* vom Herrn habe, sondern nur, daß ihm das, was er habe, nicht genommen werde, damit er ein *peculium* habe. Doch aber verlangt er ein Wissen des Gewalthabers von jenem Haben des Sklaven, wenn dieses Wissen sich auch nicht auf alles einzelne des vom Sklaven Erworbenen zu erstrecken braucht. Daß Ulpian dieses Wissen verlangte, zeigt die gleich darauf folgende Erläuterung des *scire*. Da diese Erläuterung aber so unvermittelt folgt, so ist es nicht unwahrscheinlich, daß Streichungen seitens der Kompilatoren erfolgt sind, welche der Stelle eine etwas zweideutige Gestalt gegeben haben.

wonach ein aktiver Konzessionswille zur Entstehung des *peculium* nötig war, ist doch vielleicht die ältere gewesen.

Der bloße kundgegebene Entschluß des Gewalthabers, daß etwas peculium des Gewaltunterworfenen sein solle, genügte aber, wie bereits angedeutet wurde, nicht: dieser Entschluß muß ausgeführt sein, der Gewalthaber muß, wenn es sich um körperliche Sachen handelt, dieselben durch *naturalis datio*, durch Übergabe an den Gewaltunterworfenen, von seinem übrigen Vermögen absondert oder doch die bereits von ihm abgesondert innegehabten Objekte ihm wissentlich belassen haben (l. 8 h. t.: *Non statim quod dominus voluit ex re ea peculii esse, peculium fecit, sed si tradidit aut, cum apud eum esset, pro tradito habuit: desiderat enim res naturalem dationem.* Dieses faktische Absondern der zum *peculium* Bestimmten vom sonstigen Herrengut wird seinen Ausdruck darin finden, daß jenes aus den Rechnungsbüchern des Herrn ausgeschieden, und vom Gewaltunterworfenen darüber besondere *rationes* angelegt werden, welche aber nicht die Bedeutung eines *codex accepti et expensi* haben.[1]

Durch die *constitutio peculii* ist dasselbe nun als eine *universitas* ins Leben gerufen, von welcher es in l. 40 pr. D. h. t. heißt: *Peculium nascitur crescit decrescit moritur.* Wie es entstehe, ist im Bisherigen dargelegt. Das peculium kann wachsen, eine *accessio* erfahren, ohne irgend welche Handlung von seiten des Gewalthabers oder des Pekulieninhabers: durch die Früchte der Pekuliarsachen, die Tierjungen, Kinder der Pekuliarsklavinnen, die *operae* der Pekuliarsklaven.[2] Es können *actiones* durch an Pekuliarsachen begangene Delikte Dritter[3] entstehen u. dgl. Der Gewalthaber kann aber auch durch nachträgliche Absonderungen von seinem eigenen Vermögen das *peculium* vermehren. Solche nachträgliche Vermehrung hat dieselben Erfordernisse, wie die ursprüngliche *concessio:* der bloß ausgesprochene Wille des Gewalthabers genügt dazu nicht, es muß die Tradition, die faktische Absonderung vom Vermögen des Gewalthabers hinzukommen.[4] Dann aber kann eine Erweiterung des *peculium* stattfinden durch eine Erwerbsthätigkeit des Pekulieninhabers, durch Rechtsgeschäfte desselben. Jeder Erwerb, welchen der Pekulieninhaber *ex causa peculiari* macht, vergrößert das *peculium.* Was ist nun aber *ex peculiari causa,*[5] *peculiariter peculii nomine*[6] erworben, was *non ex peculiari causa?* Es kann nicht als *peculiariter* erworben angesehen werden, was der Pekulieninhaber namens des Gewalthabers erwirbt, solchen Erwerb macht er für das unmittelbare *patrimonium* des Gewalthabers, nicht für das *peculium.*[7] Daraus nun, daß in den Quellen unterschieden wird, ob von dem Pekulieninhaber ein Erwerb *domini nomine* oder *peculiari nomine* gemacht sei, scheint sich zu ergeben, daß der Erwerb für das *patrimonium* oder das *peculium* gemacht wurde, je nachdem der Wille des Pekulieninhabers, für das eine oder andere zu erwerben, dem Dritten

[1] L. 4 pr. u. l. 5 § 4 D. h. t., l. 37 § 1 D. de a. r. d. 41, 1.

[2] L. 8 D. quando de peculio 15, 2, l. 31 D. de contr. emt. 18, 1, l. 8 § 8 D. de pec. leg. 33, 8.

[3] L. 7 § 5, l. 9 § 1 D. h. t., l. 52 § 26 D. furtis 47, 2.

[4] L. 4 § 1 D. h. t.: — *re enim, non verbis peculium augendum est.*

[5] L. 1 § 5, l. 44 § 1 D. de a. p. 41, 2, l. 44 § 7 D. de usurp. 41, 3.

[6] L. 1 § 5, l. 3 § 12, l. 4, l. 32 § 2 D. de a. p. 41, 2, l. 2 §§ 10—13 D. pro emt. 41, 4, l. 29 D. de capt. 49, 15.

[7] Der Unterschied zwischen dem *peculiari* und *domini nomine* Handeln tritt namentlich hervor in l. 31 § 3 D. de usurp. 41, 3, l. 2 § 12 D. pro emtore 41, 4, l. 51 D. de aed. 21, 1, l. 16 § 3 D. de lib. causa 40, 12.

gegenüber, wenn auch nicht ausdrücklich ausgesprochen, doch erkennbar hervorgetreten war. So wird z. B. in l. 3 § 1 D. in rem verso 15, 3 unterschieden, ob der Sklave *domini negotii gerendi administrandive causa — mutuatus sit pecuniam sive peculiariter mutuatus.* Je nachdem das eine oder andere der Fall war, werden die ihm dargeliehenen Gelder zum *patrimonium* des Herrn oder zum *peculium* gehört haben. Ist nun aber dem Dritten gegenüber nichts darüber kundgegeben, ob das Geschäft für das *patrimonium* oder *peculii nomine* abgeschlossen sein solle, so wird es darauf angekommen sein, ob das Bedürfnis, das Interesse, zu dessen Befriedigung der Pekulieninhaber das betreffende Geschäft abzuschließen beabsichtigte, objektiv eines des *patrimonium* des Herrn oder eines des *peculium*, ob es also objektiv ein *negotium domini* oder ein *peculiare negotium* war. Je nachdem das eine oder andere der Fall, wird das Erworbene zum *patrimonium* oder zum *peculium* gerechnet sein. Es werden Fälle vorgekommen sein, in welchen der Gewaltunterworfene dem Dritten gegenüber für sein *peculium* handelte, während es doch in seiner Absicht lag, das zu Erwerbende dem unmittelbaren *patrimonium* des Herrn zu gute kommen zu lassen. So war es z. B., wenn er als Pekulieninhaber sich ein Darlehn geben ließ, welches er für ein Bedürfnis seines Herrn verwenden wollte und verwandte. Das Erworbene gehört in solchem Falle zunächst zum *peculium* (l. 3 § 1 D. de in rem verso 15, 3: — *sive peculiariter mutuatus postea in rem domini vertit).* Damit der Pekulieninhaber solchen Erwerb für das *peculium* mache, dazu bedurfte es keiner Kenntnis des Gewalthabers von dem Erwerb, wie das besonders vom Besitzerwerb für das *peculium* ausgesprochen ist,[1] aber überhaupt vom Erwerb *ex peculiari causa* gilt. Die Fähigkeit, für das *peculium* zu erwerben, ist dem Gewaltunterworfenen durch die Konstituierung des *peculium* als einer *universitas* eingeräumt worden. So kann denn auch der Pekulieninhaber Erbschaften und Vermächtnisse, die ihm hinterlassen sind, für das *peculium* erwerben, ohne daß darin eine Abweichung vom Prinzip zu sehen wäre.[2]

Eine *decessio* erleidet das *peculium*, wie jedes Vermögen, dadurch, daß zu ihm gehörige Objekte untergehen, aber auch dadurch, daß der Gewalthaber sie durch seinen Willen Objekte entzieht.

Erlöschen soll das *peculium* dadurch, daß die einzelnen Aktiven *(res* und *actiones peculiares)*, welche seinen Inhalt bilden, entweder ihre Existenz oder wenigstens ihre Pekuliarqualität verlören. Ausgesprochen ist das, soviel ich sehe, in den Quellen nirgends, auch nicht da, wo man es erwarten sollte, nämlich in l. 40 § 1 D. h. t. Hier sagt Marcian: — *decrescit, cum servi vicarii decedunt, res intercidunt: moritur, cum ademptum sit.* Wie nahe hätte es hier gelegen, anzuführen, daß das *peculium* durch Untergang sämtlicher Pekuliaraktiven erlösche. Es ist aber zur Fortdauer des Pekuliums nicht nötig, daß gegenblicklich irgend etwas *in peculio* sei. Zur Konstituierung des Pekuliums freilich nötig, daß der Sohn oder Sklave irgend welches Objekt faktisch im *patrimonium* des Gewalthabers abgesondert inne habe; zur Fortdauer desselben ist dies nicht nötig. Das *peculium* als juristische *universitas* besteht auch, auch wenn augenblicklich nichts *in peculio* ist; denn es ist unrichtig, daß pekuliares Erwerben mit dem Wegfall aller präsenten Pekuliarbestandteile un-

---

[1] L. 1 § 5, l. 3 § 12, l. 21, l. 44 § 1 D. de a. p. 41, 2, l. 31 § 3, l. 47 D. de usurp. 3.

[2] L. 7 § 5 D. de pec. 15, 1. Anderer Ansicht Mandry, a. a. O. S. 123 ff.

möglich geworden sei. Der Gewalthaber hat mit der Konstitution des *peculium* dem Gewaltunterworfenen die Befugnis eingeräumt, für sich faktisch abgesonderten Erwerb zu machen, und behält derselbe, solange kein entgegengesetzter Wille des Gewalthabers kundgegeben ist, diese Fähigkeit, so daß auch nach dem Wegfall aller präsenten Pekuliarbestandteile nicht *domini nomine* gemachter Erwerb desselben zu demselben *peculium* gehört. Der Gewalthaber dessen Sohn oder Sklave zur Zeit, wo die *actio de peculio* gegen jenen angestellt werden soll, nichts *in peculio* hat, wird mit einem, welcher *in diem* oder *sub conditione* etwas schuldet, verglichen.[1] Wie wäre das möglich, wenn er erst wieder infolge neuer Konstitution eines *peculium* Schuldner werden könnte? Auch in dem Ausspruch Ulpian's in l. 11 D. de pec. leg., 33, 8: *si quoque, qui nihil in peculio habet, potest peculium legari; non enim tantum praesens sed etiam futurum peculium legari potest,* sind unter *futurum peculium* zukünftige Pekuliarobjekte, nicht ein jetzt noch nicht konstituiertes *peculium* zu verstehen; es kann danach ein jetzt bereits konstituiertes, aber zur Zeit der Testamentserrichtung nichts enthaltendes *peculium* legiert werden.

Es erlischt aber das Pekulium während Fortbestehens der Gewalt durch *ademtio peculii*, durch Entziehung des Pekuliums von seiten des Gewalthabers. Dazu bedarf es nur des irgendwie erklärten Willens des Gewalthabers, daß der Gewaltunterworfene kein Pekulium mehr haben solle. Nicht aber ist, wie zur Konstitution des Pekuliums die *naturalis datio*, die faktische Separation vom *patrimonium*, so zur *ademtio* die faktische Vereinigung der etwaigen Pekuliarobjekte mit dem *patrimonium* nötig, wie ausdrücklich gesagt ist in l. 1 pr. h. t.: *contra autem simul atque noluit, peculium servi desinit peculium esse.* — Da ferner das Pekulium seinem Begriff nach eine *potestas* voraussetzt und ein Produkt eines Willensakts des Gewalthabers ist, so muß es mit Beendigung der *potestas* aufhören. Es erlischt also, um hier von der Kriegsgefangenschaft abzusehen, zwar nicht durch den Tod des Herrn, denn mit dem Eigentum am Sklaven geht auch die *dominica potestas* über denselben auf die Erben über, wohl aber durch den Tod des Vaters, denn der Sohn wird jetzt selbst Subjekt eines *patrimonium*, kann nicht mehr Pekuliensubjekt sein, aber doch auch durch den Tod des Großvaters, welcher *potestas* über Sohn und Enkel hatte, denn die *potestas* über den Enkel ist dem Sohne als Vater desselben, nicht vermöge der Erbschaft, überkommen; das wissentliche Belassen des vom Vater ererbten bisherigen Pekulium genügt aber ohne Zweifel zur Neukonstituierung desselben. An sich gehört also das *peculium* des Hauskindes oder Enkels in der Gewalt beim Tode des Gewalthabers zur Erbschaft desselben. Sodann hört die *potestas* und somit das *peculium* auf durch den Wegfall, insbesondere also den Tod, des Hauskindes oder Sklaven, durch Emanzipation des Hauskindes und Manumission des Sklaven. Später galt der Satz, daß das dem Sklaven bezw. dem Haussohne bei der Manumission bezw. Emanzipation nicht ausdrücklich entzogene *peculium* dessen selbständiges *patrimonium* wurde. Wann dieser Satz aufgekommen, ist zweifelhaft. Frühzeitig scheinen Vereinbarungen zwischen Herren und Sklaven üblich geworden zu sein, daß der Herr den Sklaven gegen Erlegung einer bestimmten Lösungssumme manumittieren solle. Damit war von selbst der Wille des Herrn kundgegeben, daß der nach Abzug der Lösungssumme etwa verbleibende Rest des Pekulium dem Liberten verbleiben solle.

[1] L. 50 pr. D. h. t.

ich finde nicht, daß sich hieran leicht die Anschauung schließen konnte, laß das bei der Freilassung nicht zurückgezogene Pekulium nach der Freiassung von Rechts wegen dem Freigelassenen gehöre. Wurde freigelassen hne vorhergehende Vereinbarung, so that der Herr es gewiß meistens im Hinlick auf das ihm verbleibende *peculium*. Gerade die Sitte, sich mindestens ine Lösungssumme auszubedingen, spricht gegen ein frühes Aufkommen er Präsumtion des Schenkungswillens der Herren. Häufig werden ja auch klaven, welche noch kein Pekulium hatten, sondern ein solches erst durch rbeiten oder Aufnahme von Darlehen erwerben mußten, solche Lösungsmmen versprochen haben. — Auch durch Veräußerung des Sklaven wird e Gewalt des bisherigen Gewalthabers über ihn beendet, erlischt also auch is Pekulium.

In diesem Zusammenhange möge auch noch das Legat des Pekuliums örtert werden. Nach der häufigen Erwähnung desselben in den Quellen ist hon zu vermuten, daß dasselbe nicht allein im römischen Leben eine große aktische Bedeutung hatte, sondern daß es auch als theoretisch von Interesse e Aufmerksamkeit der Juristen in nicht geringem Grade in Anspruch nahm, d das bestätigt sich denn auch bei näherer Betrachtung durchaus. Es kam verschiedener Weise vor: es konnte der Sklav mit seinem Pekulium legiert rden, es konnte das Pekulium für sich jemandem legiert werden, es konnte dlich der Sklav selbst im Testament freigelassen und ihm sein Pekulium iert werden. Das Legat des *peculium* ist *unum legatum*, das Legatsgeschäft, nngleich es hier eine Mehrheit von Objekten zum Gegenstand hat, ist ein heitliches, woraus u. a. folgt, daß es nicht etwa bezüglich einzelner dazu iöriger Objekte angenommen, bezüglich anderer ausgeschlagen, sondern nur einheitliches angenommen oder ausgeschlagen werden kann.[1] Das Legat *peculium* als solchen ist notwendig ein einheitliches, da, wie wir gesehen en, das *peculium* wenigstens subjektiv eine *universitas* ist. Bis zum Eintritt *dies legati cedens*, also in der Regel bis zum Tode des Testators, kann der alt des Pekulienvermächtnisses eine Vermehrung oder Verminderung erren, da das *peculium* selbst *crescere* und *decrescere* kann. Der Zuwachs oder Abnahme bei Lebzeiten des Testators gereicht zum Vorteil bezw. Nachteil Legatars;[2] fixiert wird dieser Inhalt im Moment des *dies legati cedens*. Ist igens das *peculium* einem *extraneus* legiert, so fallen auch nach dem Tode Testators vor dem *dies legati veniens* noch entstehende *incrementa* der uliarsachen, also Früchte, an den Legatar; nicht dagegen sonstiger Erwerb Sklaven, der zum Pekulium gerechnet sein würde. Ist aber das *peculium* im Testament freigelassenen Sklaven selbst legiert, so tritt die *cessio diei* t vor dem Freiwerden des Sklaven, also nicht vor dem Erbschaftsantritt und aller bis dahin gemachte Erwerb des Sklaven, der zum *peculium* ge-, fällt an den Sklaven. Wenngleich bei dieser Unterscheidung Julian als orität angeführt wird, so enthält sie doch nichts, was nicht schon frühere sten angenommen haben könnten.[3]

Wenn das Pekulienlegat auch ein einheitliches Geschäft war, so führte es keine Universalsuccession herbei, sondern es bewirkte einen Übergang der

[1] L. 2 u. 6 D. de leg. II (31).
[2] L. 65 pr. D. eod. tit. § 20 I. de leg. 2, 20.
[3] L. 8 § 8 D. de pec. leg. 33, 8 § 20 I. cit.

Einzelrechte an den Pekuliarsachen auf den Bedachten. Regelmäßig scheint dieses Vermächtnis in der Form des *legatum per vindicationem* angeordnet zu sein. Dieses setzte bekanntlich voraus, daß die zu legierende Sache sowohl zur Zeit der Testamentserrichtung als zur Zeit des Todes des Testators im quiritischen Eigentum desselben stand. Nur für das Vindikationslegat von fungiblen Sachen genügte es, daß dieselben zur Todeszeit im quiritischen Eigentum des Testators standen. Einige[2] nehmen an, man habe von jener Voraussetzung auch beim Vindikationslegat eines *peculium* aus praktischen Gründen abgesehen. Es scheint diese Annahme nicht gerechtfertigt, keine Spur in den Quellen führt auf dieselbe. Vor dem *Sct. Neronianum* muß das Vindikationslegat des peculium bezüglich der nicht fungiblen Pekuliarsachen, für welche jenes Erfordernis nicht zutraf, wirkungslos gewesen sein. Dem Erblasser blieb es unbenommen, bezüglich solcher Sachen zu einer anderen zulässigen Legatsform zu greifen. Auch die später zu betrachtenden Stellen, nach denen im Fall eines Pekulienlegats der Erbe, nicht der Legatar, mit der *actio de peculio* haftet, sind nicht auf ein Vindikationslegat zu beziehen. Wir wissen ferner, daß auch per fideicommissum ein *peculium* vermacht werden konnte.[3] Auch bezüglich der Pekulienforderungen konnte ja das *legatum peculii* nicht den unmittelbaren Übergang derselben bewirken, vielmehr konnte der Erbe diese geltend machen und war durch das Legat nur verpflichtet, die Forderungen abzutreten oder das Betriebene dem Legatar herauszugeben.[4]

Nach der Aufstellung der *actio de peculio* bestimmten die römischen Juristen den Begriff des *peculium* dahin, daß es das faktische Sondergut des Gewaltunterworfenen sei, nach Abzug dessen, was derselbe dem Gewalthaber schuldet. Dieser Begriff wurde aber bei der Bestimmung des Inhalt des *legatum peculii* zu Grunde gelegt. Streng genommen wäre daher das Legat des Pekuliums mit dem Zusatz „*non deducto aere alieno*" nichtig, weil er *contra naturam* dieses Legats sei.[5] Wie es aufrecht erhalten wird, ist demnächst zu zeigen. Hier ist zunächst ins Auge zu fassen, wie gegenüber dem Pekulienlegat ohne jenen Zusatz der Abzug der Forderungen des Gewalthabers bezw. seiner Erben bewirkt wurde. Die Entscheidung der Juristen lautet: *deminui singula corpora pro rata debebunt;*[6] oder wie es an anderer Stelle[7] heißt: *id ipso iure detrahi singula corpora singula — per hoc aes alienum deminui.* Es muß also der Teil der Forderungen, welcher auf diese Pekuliarsachen im Verhältnis ihres Wertes zu den anderen Pekuliaraktiven fällt, berechnet werden: nach diesem Betrag wird die Quote, zu welcher der Erbe Eigentümer der Pekuliarsache bleibt bezw. der Legatar Eigentümer derselben wird, bestimmt. Da der Legatar aber zur Zeit, wo er sein Recht an der Pekuliarsache durch Vindikation gegen den Erben geltend machen will, die ihm zustehende Eigentumsquote noch nicht bestimmt angeben kann, so wird ihm eine *vindicatio incertae partis* zugestanden.

[1] L. 6 pr. § 1, l. 8 pr. D. de pec. leg. 33, 8.

[2] Dernburg, Kompensation, 2. Aufl. S. 122 ff. Göppert, Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen S. 112 ff. Mandry, a. a. O. S. 186 f.

[3] L. 23 pr. D. eod. tit.

[4] L. 5 u. l. 19 § 1 D. eod. tit.

[5] L. 6 § 1 D. eod. tit.

[6] L. 6 pr. D. eod. tit.

[7] L. 8 pr. D. eod. tit.

[8] L. 8 § 1 D. communi dividundo 10, 3.

ÖPPERT[1] hat behauptet, die Einzelvindikationen hätten nicht in getrennten
:ozessen verhandelt werden können: es sei geradezu unmöglich gewesen, fest-
stellen, wie viel denn von jeder Sache dem Erben verbleiben müsse, wenn
:ht durch die Verbindung und ein einheitliches Verfahren dem Richter die
tige Grundlage für die Abschätzung der der Pekuliarschuld gegenüberstehen-
n Aktivmasse gewährt werde. Es ist nun nach den Quellen nicht daran zu
eifeln, daß mehrere Sachen, z. B. zwei Sklaven, in einer Vindikation mit
er *formula* zusammengefaßt werden konnten.[2] Keineswegs aber kann die
:htigkeit der Ansicht GÖPPERT's zugegeben werden, der Richter habe je
:h dem Ausfall der Prüfung die eine Sache dem Kläger zu- und die andere
1 absprechen können; es sei nicht daran zu denken, daß er wegen *plus*
re ihn hätte abweisen müssen, wenn es ihm nicht gelang, an allen vindi-
:ten Sachen Eigentum zu erweisen. GÖPPERT selbst sagt gleich darauf:
h weiß nicht, ob bei bloßer Nebeneinanderstellung der mehreren Sachen in
intentio der gewöhnlichen *formula petitoria* der Richter durch den Zwang
Syllogismus zur Totalabweisung bei Beweisfälligkeit in betreff einzelner
hen genötigt gewesen sein mag; war dies der Fall, so wurde zuverlässig
:h irgend welche Veränderung des Formulars Fürsorge getroffen." Ich kann
e letztere Zuversicht nicht teilen. Solche Änderung des Formulars, um
ungünstigen Folgen der *pluspetitio* und prozessualischen Konsumtion vor-
:ugen, wäre nur dann nicht unwahrscheinlich, wenn die Zusammenfassung
mehrern Objekte in einer Formel nicht auf freiem Willen beruht hätte.
kbar aber ist es, daß für die mehreren gleichzeitig erhobenen Vindikationen
und derselbe *iudex* ernannt wurde, wenngleich eine Notwendigkeit auch
r nicht vorlag. Durch die Vorlegung der über das *peculium* geführten Rech-
:en muß dem *iudex* die Möglichkeit gegeben sein, den auf die einzelne
liarsache fallenden Anteil der vom *peculium* abzuziehenden Forderungen
Gewalthabers zu berechnen und darnach die dem Legatar zukommende
ntumsquote an derselben zu bestimmen.

Der durch das Edikt aufgestellte Satz ist nun der, daß der Gewalthaber,
oder Vater, zu dessen *patrimonium* im weiteren Sinne das *peculium* gehört,
den Geschäftsschulden des Gewaltunterworfenen bis auf den Betrag des
um belangt werden kann. Erhalten ist uns von der betreffenden Ediks-
nmung nur der Vordersatz: *Quod cum eo, qui in alterius potestate esset,
um gestum erit* —.

Wer vor Abschluß des betreffenden *negotium* die *potestas* gehabt hat, haftet
emselben nicht, wohl aber der, welcher erst nach Abschluß desselben die
lt über den, welcher das Geschäft mit dem Dritten abgeschlossen, erworben
So kann gegen den, welcher einen Sklaven verkauft hat, nicht aus den
dem nunmehrigen Herrn abgeschlossenen Geschäften die *actio de peculio*
:ellt werden.[3] Ob gegen den *adrogator* aus den vor der Arrogation ab-
ossenen Geschäften des *arrogatus* die *actio de peculio* angestellt werden
, war Gegenstand einer Kontroverse.[4] Die Häupter der Sabinianer (Sabinus
assius) verneinten es, Ulpian billigte die entgegengesetzte Meinung, und
mit Recht, denn auch sonst wird die *actio de peculio* aus den vor der

---

A. a. O. S. 100 ff. Ihm stimmt bei MANDRY, a. a. O. S. 188.
L. 21 § 2, l. 7 pr. D de exc. rei iud. 44, 2.
L. 38 § 3 D. de pec. 15 1. [4] L. 42 D. eod. tit.

Konzession des *peculium* begründeten Geschäftsobligationen des Gewaltu worfenen zugelassen.[1]

Die Klage, welche als *de peculio* gegen den Gewalthaber gegeben w muß nach dem Edikt aus einem *negotium* entsprungen sein: aus Handlungen a welche eine *obligatio ex contractu* oder *quasi ex contractu* des Hauskindes her bringen, wie Darlehn und die übrigen Realkontrakte,[2] Kauf,[3] Miete,[4] Mand *negotiorum gestio*,[6] Führung von Vormundschaft,[7] Dotalbestellung,[8] Stipulat aber auch Litiskontestation und Urteil.[10] Nicht alle *actiones personales*, a wenn sie keine deliktische Grundlage haben, können die Gestalt einer *de peculio* annehmen. Wo kein eine *obligatio* des Gewaltunterworfenen b vorbringendes *negotium* vorliegt, kann von keiner *actio de peculio* die R sein. So lassen sich die *condictiones sine causa* nicht als *actiones de pe* denken. Sie entspringen aus der Grundlosigkeit einer Vermögenszuwend oder eines Vermögenszugangs, nicht aus einem *negotium*. Sie setzen ferner e Bereicherung voraus, die durch die grundlose Zuwendung nicht dem Gew unterworfenen, der keines *patrimonium* fähig ist, sondern dem Gewalthaber worden ist. Wo also die Voraussetzungen einer solchen *repetitio* gegeben s da ist sie unmittelbar gegen den Gewalthaber, nicht gegen den Gewaltu worfenen, begründet. Klagen dagegen, die, wenn auch eigentlich nicht Kontra klagen, doch auf einen Kontrakt als ihren letzten Grund zurückgehen, wie *actiones aediliciae* wegen verborgener Mängel der Kaufsachen, können die Ge von *actiones de peculio* annehmen. Auch eine dingliche Klage, wie die *vindicatio*, kann nicht als *actio de peculio* angestellt werden. Aus Delikten waltunterworfener Personen sind gegen den Gewalthaber wohl *actiones noxa* aber keine *actiones de peculio* begründet.[11] Keine eigentliche Ausnahme von d Satz liegt darin, daß die *condictio ex causa furtiva* aus einer von einem *familias* begangenen Entwendung gegen den Gewalthaber *de peculio* geg wurde, aber nur, soweit er aus der Entwendung *locupletior factus esset*. Da *condictio ex causa furtiva* im allgemeinen die Natur der *condictiones sine causa* so könnte sie, streng genommen, nicht *de peculio* angestellt werden. Aus That der gewaltunterworfenen Person entsprungen, kann sie aber unmög direkt gegen den Gewalthaber auf das volle Interesse gerichtet sein. Man gegen ihn die *condictio furtiva* als *de peculio* zu, soweit das *peculium* bereic war;[12] aber auch, ohne daß dabei des Pekuliums erwähnt wird, bis auf Betrag der Bereicherung, und darüber hinaus als *noxalis*.[13] Es zeigt sich d recht der zwitterhafte Charakter dieser Klage. Von der *de dolo actio* s Labeo, daß sie *servi nomine* zuweilen als *de peculio*, zuweilen als *noxalis* geg werde. Sei das Rechtsverhältnis, bezüglich dessen der *dolus* vom Gewaltu

[1] L. 27 § 2, l. 11 § 8 D. eod. tit. Vgl. Mandry, a. a. O. S. 132 f. und die dort a angeführten Schriftsteller.

[2] L. 12 § 13 D. mand. 17, 1, l. 36 D. de pecul. 15, 1.

[3] L. 24 § 2 D. de a. e. v. 19, 1. [4] L. 60 § 7 D. locati 19, 2.

[5] L. 3 §§ 5 u. 7 D. de pec. 15, 1; l. 41 (42) D. de neg. g. 3, 5.

[6] L. 5 (6) § 8 (6), l. 18 (14) D. eod. tit. [7] L. 21 D. de admin. et per. 26.

[8] L. 52 § 1 D. de pec. 15, 1; l. 22 § 12 D. sol. matr. 24, 3. [9] L. 3 § 5 D. de pec. 15.

[10] L. 3 § 11 eod. tit.; l. 10 §§ 1 u. 3 D. de in rem verso 15, 3.

[11] L. 58 D. de r. i. 50, 17; l. 1 §§ 7 u. 8 D. de his qui eff. 9, 3; l. 4 § 1 D. de 11, 5; l. 23 § 4 D. de aed. ed. 21, 1.

[12] L. 3 § 12 D. de pec. 15, 1; l. 30 pr. D. de a. e. v. 19, 1. Bezüglich der *amot. actio* vgl. die Darstellung derselben. [13] L. 4 D. de cond. furt. 13, 1.

rfenen begangen sei, ein solches, aus welchem eine *actio de peculio* zu geben
, so sei auch die *actio de dolo* als *de peculio* zu gewähren.[1] Auch hier also
rd wieder auf den ersten Ursprung gesehen, auf welchen die fragliche *actio*
rückzuführen ist. Auch wenn ein Sklave oder Haussohn von einem insolventen
huldner *in fraudem creditorum ipse sciens* etwas empfangen hat, kann die *actio*
gen der fraudulösen Veräußerung gegen den Gewalthaber *de peculio* angestellt
rden.[2] Darin liegt keine Ausnahme von dem Satz, daß aus Delikten Gewalt-
erworfener nicht *de peculio* gegen den Gewalthaber geklagt werden könne;
n, wie die ädilicische *actio redhibitoria* auf Anfechtung des Kaufs ihren
ten Grund in dem anzufechtenden Kauf hat, so liegt auch der letzte Ent-
hungsgrund der Klage auf Anfechtung des *fraudationis gestum* in diesem
um; von dieser Anschauung aus erscheint die Klage auch als *de peculio*
en den Gewalthaber dessen, mit welchem das faudulöse *negotium* vorgenommen
als zulässig. Daß eine *actio de peculio* auch aus dem von einem *filiusfamilias*
r Sklaven *suo nomine* abgeschlossenen *precarium* gegen den Gewalthaber ge-
en wird,[3] erklärt sich wohl aus einer Neigung, die Grenzen der *actio de*
dio auszudehnen; so ließ man denn, wenngleich das *interdictum de precario*
t unmittelbar aus einer übernommenen Pflicht zur Rückgabe herzuleiten
doch im Hinblick darauf, daß es seiner ersten *origo* nach auf eine er-
ene und empfangene Liberalität, also eine Konvention zurückgeht, aus
vom Gewaltunterworfenen eingegangenen *precarium* eine *actio de peculio*
n den Gewalthaber entspringen.

Auch wenn das betreffende *negotium* den Gewaltunterworfenen nur *iure*
raria obligiert hat, kann die gegen ihn begründete *actio*, wie die *exercitoria*,
n den Gewalthaber *de peculio* angestellt werden.[4] Wissen und Genehmigung
Gewalthabers ist für die Begründung der *actio de peculio* gegen ihn in keiner
se nötig.[5] Auch wenn der Gewalthaber ein dem Dritten bekannt ge-
lenes Verbot erlassen hätte, daß mit dem Gewaltunterworfenen das be-
ende beabsichtigte *negotium* abgeschlossen werde, würde dies die Begründung
actio de peculio gegen ihn nicht hindern können.[6]

Die Frage, in welcher Weise das *peculium* in der *actio de peculio* zur Er-
ung gekommen sei, läßt sich nicht beantworten, ohne überhaupt auf die
e der Gestalt der Formel dieser *actio* und der ihr verwandten *actiones*
iciae qualitatis einzugehen. Ich glaube, trotz der neueren Anfechtungen, mit
ren an der Kellerschen Auffassung festhalten zu müssen, wonach die
io der *actio exercitoria*, *institoria*, *de peculio* u. a. eine *in ius concepta* war,
zwar das *dare oportere*, bezw. *dare facere oportere* des Gewaltunterworfenen
chnete, die *condemnatio* aber auf die Person des Gewalthabers verstellt
e. Die *actio quae adiicitur* hat keine andere Natur, als die gegen den
ltunterworfenen selbst, nur daß in die *condemnatio* einzelner von ihnen eine
ränkung aufgenommen ist. Sie kann eine sehr verschiedenartige: eine
de pecunia certa credita, eine *actio venditi* u. s. w. sein. Wenn der Prätor
Prinzipal des Institor, sagt Lenel[7] mit Recht, nach den gewöhnlichen
lsätzen des Kaufs und der anderen Kontrakte haftbar machen wollte,

---

[1] L. 9 § 4 D. de dolo molo 4, 3. [2] L. 6 § 12 D. quae in fraud. 42, 8.
[3] L. 5 § 1 D. de pec. 15, 1; l. 13 D. de precario 42, 26.
[4] L. 1 §§ 20 u. 22, l. 6 D. de exerc. a. 14, 1.
[5] § 4 I. quod cum eo 4, 7, l. 1 D. quod cum eo 14, 5.
[6] L. 29 § 1, l. 47 pr. D. de pec. 15, 1. [7] Das edictum perpetum S. 212 f.

denn auch in den Quellen gesagt, daß gegen den Gewalthaber *filii nomine servi nomine, ex persona magistri* geklagt werde. Brinz[1] meint freilich, das pas ebensowohl auf Kontrakte als auf Schulden der gewaltunterworfenen Perso Demgegenüber darf man aber fragen, warum denn nie bei der Geltendmachu von Rechten, welche der Gewalthaber durch Kontrakte des Gewaltunterworfene erworben hat, gesagt wird, daß er *filii* oder *servi nomine* klage, obwohl er au hier aus den in der *praescriptio* der *actio* auch anzugebenden Geschäften des G waltunterworfenen klagte. Der Unterschied ist eben der, daß das Recht de Gewalthaber erworben wird, eine *obligatio* dagegen nach Civilrecht ihn nicht, so dern nur den Gewaltunterworfenen trifft, gegen ihn aber nur eine *persecuti* d. h. eine in der *condemnatio* zum Ausdruck kommende Geltendmachung d Verpflichtung des Gewaltunterworfenen möglich ist. Brinz behauptet, mit de Passivkontrakte des Untergebenen sei an und für sich schon der Grund z Haftung des Gewalthabers gelegt, und damit, daß sie *de peculio, de in rem ver quod iussu* hafteten, sei nur der Umfang ihrer Haftung ausgesprochen. Das i entschieden zu bestreiten. Die *praepositio*, der *iussus*, die Existenz des Pekuliu ist der Grund, weshalb die durch den Passivkontrakt begründete *obligatio* d Untergebenen gegen den Gewalthaber geltend gemacht werden kann.

Auch daß die Klage gegen den Untergebenen selbst sowie eine nicht adjek ticische Klage gegen den Gewalthaber als ein *directo agere, directo condicere* be zeichnet wird, erklärt sich am ungezwungensten aus der Annahme, daß be den adjekticischen Klagen die *condemnatio* nicht direkt aus einer Obligatio des Gewalthabers, sondern aus einer des Untergebenen hergeleitet wird, zumal wenn man sieht, daß die Übernahme der *actio de peculio* seitens des Vaters als *defendere filium peculio tenus* bezeichnet wird. Es deuten ferner die Worte *duntaxat de peculio* in der *condemnatio* der *actio de peculio* klar darauf hin, daß die intend eine Fassung hatte, nach welcher die aus ihr hergeleitete *condemnatio* nicht jene in sie aufgenommene Beschränkung auf einen den Betrag des *peculium* möglicherweise übersteigenden Forderungsbetrag gehen konnte. Das ist nur denkbar, wenn in der *intentio* die Obligation des Untergebenen zum Aus druck kam. Wenn man sich endlich vergegenwärtigt, daß ein *iusiurandum iure delatum* ordentlicherweise auf den Inhalt der *intentio (in ius* oder *factum concepta*) gerichtet wurde, so zeigt l. 26 § 1 D. de iureiurando 12. *Si pater filium dare non oportere iuraverit, Cassius respondit et patri et filio de exceptionem iurisiurandi*, daß die *intentio* der *actio de peculio* auf das *dare opor* des *filius* lautete.

Wenn die *praepositio*, der *iussus*, die Existenz eines *peculium* der Grund ist, weshalb die Obligation des Untergebenen nach dem Edikt gegen den Ge walthaber verfolgt werden kann, so muß dieser Grund in einem die *condemnatio* mit begründenden Formelteile zum Ausdruck gekommen sein. Keller[2] hat denn auch in den von ihm entworfenen Formeln der *actiones exercitoria, in stitoria, quod iussu* die *praepositio*, den *iussus*, in der *demonstratio* oder in einer *praescriptio* ausgedrückt. Seine Formel der *actio de peculio* enthält nur in der *condemnatio* den beschränkenden Zusatz: *duntaxat de peculio*, und darin steht

[1] Lehrbuch der Pandekten II, (2. Aufl.) S. 204 A. 5. [2] Institutionen § 184 S. 162

n RUDORFF[1] und LENEL[2] gefolgt. Daß indessen auch in der Formel dieser age das *peculium* nicht bloß als Beschränkung der *condemnatio*, sondern enso in einer der *intentio* vorausgehenden *demonstratio* oder *praescriptio* aus-drückt werden mußte, folgt schon daraus, daß die Existenz des *peculium* die stellung der Klage gegen den Gewalthaber begründet, ebenso wie die *prae-nitio* und der *iussus* bei den *actiones exercitoria, institoria, quod iussu.* Nicht ɣen diese Annahme sprechen verschiedene Äußerungen römischer Juristen, sei zur rechtlichen Begründung der *actio de peculio* nicht erforderlich, ȝ, *cum ageretur*, d. h. zur Zeit der Litiskontestation, etwas *in peculio* sei, wenn *rei iudicatae tempore* etwas im *peculium* sei; denn wie früher gezeigt wurde, Existenz des *peculium* möglich, obwohl augenblicklich nichts *in peculio* ist. durch also, daß zur Zeit der Litiskontestation nichts *in peculio* zu sein ucht, wird nicht bewiesen, daß nicht Existenz des Pekuliums zur Zeit der iskontestation nötig sei. Dafür aber, daß Existenz eines Pekuliums zur Zeit der iskontestation gefordert werde, spricht l. 7 § 15 D. de reb. auct. iud. poss. 42, 4: *quis actione de peculio filii vel servi nomine conveniri possit, si latitet, eo iure nur, ut possint bona eius possideri et venire, tametsi nihil fuerit in peculio, quia potest et rei iudicatae tempus spectamus, utrum sit an non sit, et quod teneat o, etiam si nihil in peculio fuerit.* Hier sind dafür, daß, wenn der Gewalthaber gegen ihn anzustellenden *actio de peculio* gegenüber latitiert, dem praktisch ɛenden Recht nach die *possessio* und *venditio bonorum* desselben erlangt den kann, auch wenn zur Zeit des Latitierens nichts *in peculio* ist, ver-iedene Erwägungen angeführt. Die erste ist, daß *esse potest*, nämlich etwas *ɔeculio*, d. h. daß es nur erforderlich sei, der Sohn habe zur Zeit, wo die ge gegen den Vater angestellt werden soll und der letztere latitiert, ein ulium, d. h. die durch *concessio* des Gewalthabers begründete Möglichkeit ɛs Sondergutes; die zweite, daß bei der Frage, ob etwas *in peculio* sei oder ıt, nur die Zeit des Urteils in Betracht komme, und daß die *actio* begründet auch wenn zur Zeit der *litis contestatio* nichts *in peculio* sei. Ferner lassen , nur wenn man annimmt, daß die vom Kläger behauptete Existenz eines uliums in einer der *intentio* vorausgehenden *demonstratio* oder *praescriptio onstrationis loco* zum Ausdruck kam, die Äußerungen der Quellen über die ge, wie weit die vermöge der *actio de peculio* geltend gemachte Forderung ɔh dieselbe konsumiert sei, erklären.[3] Es wird gesagt, wer einmal *de peculio* agt habe, könne nach Vermehrung des Pekuliums wegen des Restes der derung wieder klagen. Noch deutlicher ist aber in l. 47 § 2 D. h. t. ge-, wenn auch bei der ersten *actio de peculio* der zur Zeit des Urteils vor-dene Betrag des *peculium* zur Deckung der Schuld des Gewaltuntergebenen t ausreiche, so bedürfe es doch keiner (durch den Richter aufzulegender) tionen, um eine neue Klage bezüglich eines zukünftigen Zuwachses des uliums wegen des Restes der Schuld möglich zu machen. Anders verhalte

[1] De iurisdictione edictum § 105 p. 114. [2] D. ed. perp. S. 225.

[3] ERMAN, der KELLER's Auffassung teilt, wonach die erneute Anstellung de *a. de peculio* h *i. i. rest.* ermöglicht sein soll, macht sich (*Conceptio formularum*) die Aufgabe, die ɛgenstehenden Quellenstellen mit seiner Ansicht in Einklang zu bringen, etwas zu leicht. ɛseitigt z. B. l. 26 § 1 D. de iureiurando 12, 1 so: der vom Vater geleistete Eid sei des Prozesses geleistet worden (S. 82 A. 1). Also keine Litiskontestation und damit ɔ Möglichkeit der Konsumtion. Muß man denn erst darauf hinweisen, daß das *iusiuran-in iure delatum* ebenso konsumierend wirkt, wie die Litiskontestation?

es sich bei der *actio pro socio*, bei welcher infolge der Beschränkung der *condemnatio* auf *quantum facere potest* keine Verurteilung des Beklagten auf den vollen Forderungsbetrag erreicht ist. Hier greife eine Kaution Platz, qua *socius universum debet*. Der Unterschied zwischen *actio pro socio* und *actio de peculio* soll also darin bestehen, daß bei jener der ganze Forderungsbetrag durch die *litis contestatio* konsumiert sei, es also einer Kaution bedürfe, um wegen des unbefriedigten Restes der Forderung eine neue Klage möglich zu machen, während die mit der *actio de peculio* geltend zu machende Forderung gegen den Gewalthaber überhaupt nicht weiter gehe, als der Betrag des *peculium* in dem entscheidenden Moment sich belaufe. Das erklärt sich daraus, daß in der die *intentio* vorausgeschickten *demonstratio* oder *praescriptio demonstrationis loco* die Existenz eines Pekuliums behauptet und dadurch die konsumierende Kraft der *intentio* auf den Betrag des Pekuliums, den es zur Zeit des Urteils haben wird, beschränkt ist. Soweit die Forderung gegen den Gewaltuntergebenen den Betrag des Pekuliums übersteigt, trifft sie jetzt den Gewalthaber noch nicht und ist nicht in dieses *iudicium* deduziert. Erfährt nach Beendigung dieses *iudicium* das Pekulium eine Vermehrung, so kann der nicht konsumierte Forderungsrest durch neue *actio de peculio* gegen den Gewalthaber verfolgt werden.[1]

Von Bedeutung für den Betrag des Pekuliums, auf welchen der mit der *actio de peculio* belangte Gewalthaber kondemniert werden kann, sind die Naturalschulden und Naturalforderungen des Untergebenen gegenüber dem Gewalthaber. Um den Betrag der Schuld des Gewalthabers wird das *peculium* vermehrt, es müßte denn der Gewalthaber den Willen kundgegeben haben, diesen Betrag dem *peculium* zu entziehen.[2] Zu den Naturalforderungen des Gewalthabers, welche den Betrag des *peculium* mindern, gehören auch solche aus Delikten des Gewaltunterworfenen gegen ihn, z. B. aus einem gegen ihn begangenen *furtum*, aber nur, soweit sie auf Ersatz des dem Gewalthaber zugefügten Schadens gehen, nicht soweit sie sonst auf eine *poena* gehen würden. Der Grund davon ist wohl darin zu sehen, daß Forderung auf eine Geldbuße im Verhältnis des Gewalthabers zum Gewaltunterworfenen als undenkbar erscheint, da dem Gewalthaber vermöge seiner *potestas* ausreichende, weit über solche Geldbuße hinausgehende Strafmittel zu Gebote stehen, es also nicht billig sein würde, wenn er um den Betrag solcher Geldbuße das *peculium* mindern und so die Befriedigung sonstiger Gläubiger des Gewaltunterworfenen verkürzen wollte. Eine das *peculium* mindernde Ersatzforderung gegen den

[1] Lenel, welcher mit Recht Keller's Annahme (Jahrb. des gem. deutsch. Rechts I. S. 166) bestreitet, daß eine Wiederholung der *actio de peculio* vorgängige Restitution voraussetze, meint seinerseits: wenn der Prätor den Gewalthaber, der *ipso iure* aus den Geschäften des Gewaltunterworfenen gar nicht hafte, *de peculio* für haftbar erkläre, so sei damit schon von vornherein gegebene Tragweite seiner Haftung ausgesprochen, und ein Jurist habe davon ausgehend, gar wohl zu dem Satze kommen können, daß die *actio de peculio*, auch ohne *praescriptio*, den Anspruch nicht weiter konsumiere, als das derzeitige *peculium* desselben decke. Mir scheint das unmöglich, so lange man nicht gegen den Ausdruck des juristischen Gedankens in der Formel ganz gleichgültig war. In der *intentio* der *actio de peculio* wird die Schuld des Gewaltunterworfenen bezeichnet: diese würde durch eine *actio de peculio* ganz konsumiert werden müssen trotz der in der *condemnatio* ausgedrückten Beschränkung, wenn nicht schon durch die Behauptung der Existenz eines Pekuliums in der der *intentio* vorgehenden *demonstratio* oder *praescripto* die Beschränkung des Anspruchs gegen den Gewalthaber auf dieses *peculium* erfolgt wäre.

[2] L. 7 § 6, l. 17 i. f. D. de pec. 15, 1.

[3] L. 9 § 6 D. eod. tit.; l. 9 § 1 D. de pec. leg. 33, 8; l. 30 pr. D. de a. e. v. 19. 1.

Sklaven erwirbt der Herr auch durch das, was er namens desselben anderen wegen einer gegen ihn begründeten *actio noxalis*[1] oder *actio de peculio* oder *quod iussu*[2] zu zahlen verpflichtet ist bezw. gezahlt hat. Daß der Gewalthaber auch den Betrag dessen, was von dem Untergebenen anderen jenes Gewalt Unterworfenen geschuldet wird, abziehen dürfe, hätte kaum besonders gesagt zu werden brauchen,[3] denn durch diese Gewaltunterworfenen ist die betreffende Naturalforderung ihm erworben. Der Gewalthaber darf aber auch die Forderungen der Personen, deren *tutor* oder *curator* oder *negotiorum gestor* er ist, gegen den Gewaltuntergebenen abziehen, denn deren Forderungen zeitig beizutreiben, ist seine Pflicht, durch deren Vernachlässigung er ihnen, falls sie dadurch in Schaden kämen, haftbar wäre. Das Deduktionsrecht wurde der *actio de peculio* irgend eines Gläubigers gegenüber geltend gemacht. Man hat daher mit Recht gesagt, daß der *iudex* nicht etwa durch eine besondere Klausel der *condemnatio* angewiesen worden sei, die Naturalforderungen des Beklagten an den Gewaltuntergebenen abzuziehen: darin, daß er angewiesen war, *duntaxat de peculio* zu kondemnieren, lag schon die Anweisung, jene Forderungsbeträge von den Pekuliaraktiven abzuziehen, wie denn ja die römischen Juristen in die Begriffsbestimmung des Pekuliums ausdrücklich die Abrechnung der Forderungen des Gewalthabers gegen den Untergebenen aufnahmen. Prozessualisch wurde das Deduktionsrecht des Gewalthabers gegenüber der *actio de peculio* wohl so durchgeführt, daß der *iudex* infolge der Geltendmachung der Naturalforderung jenes den Geldwert derselben von dem Geldbetrag des Gesamtpekuliums abzog. Durch diese Deduktion von dem Gesamtwert des *peculium* wurden nun nicht etwa irgend welche spezielle Pekuliarobjekte auf, dem *peculium* zugehören,[4] sondern es war damit nur festgestellt, daß die Forderung des Dritten gegen den Gewaltunterworfenen sich in ihrer Richtung gegen den Gewalthaber um soviel, als dessen Naturalforderung gegen den Gewaltunterworfenen betrage, mindere.[5] Auch scheint der Gewalthaber das Recht gehabt zu haben, bestimmte Pekuliarobjekte nach Abschätzung derselben auf seine Naturalforderung der *actio de peculio* gegenüber zurückzubehalten.[6] Durch diese Maße *deductio* der *actio de peculio* des Dritten gegenüber war aber die Naturalforderung des Gewalthabers gegen den Gewaltunterworfenen noch nicht getilgt: zu diesem Behuf war es erforderlich, daß der Gewalthaber soviel, als den Betrag jener Forderung entsprach, dem *peculium* wirklich entzog und seinem *patrimonium* zuwies. Beließ er aber *eandem positionem peculii*, so behielt er auch seine Naturalforderung fort, und konnte er dieselbe einer neuen *actio de peculio* gegenüber wieder durch *deductio* geltend machen.

Zwischen den mehreren *actiones de peculio*, welche gegen einen Gewalthaber bezüglich desselben *peculium* begründet waren, zwischen welchen also, falls das *peculium* zur Deckung aller nicht ausreichte, eine Kollision bestand, entschied die Prävention (*occupantis melior est conditio*); zuvorgekommen ist aber nicht der

[1] L. 11 pr. D. de pec. 15, 1; l. 16 D. de pec. leg. 33, 8.
[2] L. 9 § 8 D. de pec. 15, 1.
[3] L. 9 § 3 D. eod. tit.; l. 6 pr. D. de pec. leg. 33, 8.
[4] Vgl. auch l. 8 § 1 D. comm. div. 10, 3: — — *Similiter fit et si peculium legatum quia in quantum res peculiares deminuit id quod domino debetur, incertum est.*
[5] L. 11 § 3 D. de pec. 15, 1. Mandry, Begriff des *peculium* S. 74 ff. Familiengüterrecht II, S. 390 ff., und namentlich Kretschmar, Secum pensare S. 34 ff.
[6] L. 11 § 4 D. eod. tit.

Gläubiger dem anderen, welcher früher zur Litiskontestation gekommen, sondern wer früher ein *de peculio* verurteilendes Erkenntnis erlangt hat.[1] Der Satz „*cum pantis melior est conditio*" gilt aber nicht gegenüber den privilegierten Gläubigern. Findet hier auch kein Konkurs statt, so sollen doch die *actiones de pecul.* der übrigen nicht privilegierten Gläubiger so lange gehemmt, aufgeschoben sein, bis die privilegierten Gläubiger ihre Klagen durchgeführt haben, oder es soll der mit seiner Klage zugelassene, nicht privilegierte Gläubiger dem beklagten Gewalthaber Kaution stellen, daß er das Empfangene zurückgeben werde, falls nachträglich ein privilegierter Gläubiger gegen jenen auftreten werde.[2] Keinen Vorzug aber gewährte das *privilegium* der betreffenden Forderung bei der *actio de peculio* gegenüber dem Gewalthaber, er konnte sein Deduktionsrecht auch ihr gegenüber geltend machen. Der Vorzug des Gewalthabers auch gegenüber den Privilegien folgt daraus, daß seine Naturalforderungen als passive Bestandteile des *peculium* angesehen wurden, bis auf dessen Geldwert er nur den Gläubigern der seiner Gewalt unterworfenen Person haftete. Nicht die wahre Begründung ist also in den Äußerungen der Quellen zu sehen, wonach es so anzusehen ist, als ob der Gewalthaber den anderen Gläubigern dadurch, daß er sich selbst befriedigt, zuvorgekommen sei.[3]

Abgesehen von dem auf das *in rem versum* bezüglichen Zusatz hatte die *actio de peculio* noch einen anderen, nach welchem die *condemnatio* auch berücksichtigen sollte, *si quid dolo malo* des beklagten Gewalthabers *factum erit, quo minus peculii esset.* Das Edikt wird diesen Zusatz ausdrücklich versprochen haben. Das geht daraus hervor, daß das uns erhaltene Edikt über die *actio de peculio annalis* ihn enthielt, ohne Zweifel nach dem Vorbild der regelmäßigen *actio de peculio*, womit übereinstimmen die Worte von l. 21 pr. D. de pec. 15. 1 (Ulpianus libro vicensimo nono ad Edictum): *Summa cum ratione etiam in peculio praetor imputavit, quod dolo malo domini factum est, quo minus in pecul. esset.* Unter jene Klausel fällt nun namentlich das dolose Entziehen oder Vermindern des *peculium* durch den Gewalthaber, also in dem Bewußtsein, daß dadurch Pekuliargläubiger verkürzt werden; dann aber auch das Zulassen, daß das *peculium* seitens des Pekuliuminhabers zum Nachteil der Gläubiger schlecht verwaltet, vergeudet werde, aber auch Bezahlen eines Pekuliargläubigers, welcher Zahlung nicht verlangt, zum Nachteil eines Anderen, von dem der Gewalthaber weiß oder vermutet, daß er mit der *actio de peculio* auf Zahlung dringen will.[4] Nicht zu verwechseln mit der eben erörterten Klausel ist eine andere *adiectio*, welche sich nicht in jeder *actio de peculio*, sondern nur in der Formel der *actio de peculio* fand, mit welcher aus der mit einem Gewaltunterworfenen abgeschlossenen *fiducia* gegen den Gewalthaber geklagt wurde. Durch solche mit einem Gewaltunterworfenen abgeschlossene *fiducia* wurde der Gewalthaber nicht obligiert, obwohl er durch den Gewaltunterworfenen das Eigentum der *fiduciae causa* manzipierten oder *in iure* cedierten Sache erwarb. Hatte der Gewaltunterworfene ein *peculium*, so konnte zwar gegen den Gewalthaber aus der *fiducia* die *actio de peculio* angestellt werden, aber in ihrer gewöhnlichen Gestalt erschien diese hier nicht genügend. Wie natürlich, wenn der Gewalthaber selbst die betreffende Sache besaß und, obwohl er von der mit seinem Sklaven oder Sohn abgeschlossenen *fiducia* Kenntnis

[1] L. 10 D. eod. tit. [2] L. 52 D. eod. tit.; l. 22 § 13 D. sol. matr. 24, 3.
[3] L. 9 §§ 2 u. 4 D. de pec. 15, 1. [4] L. 21 pr., l. 9 § 4 D. eod. tit.

hatte, die Rückgabe derselben verweigerte? Von diesem Fall redet Ulpian in l. 36 D. de pecul. 15, 1, denn nach LENEL's richtiger Annahme stand hier, wo jetzt *pignori* gelesen wird, ursprünglich *fiduciae*, eine Interpolation, welche sich, wie LENEL zeigt, aus der Vergleichung unserer Stelle mit l. 3 § 5 D. commod. 13, 6 ergiebt. Die l. 36 cit. zeigt danach, daß die *actio de peculio* aus der mit dem Sklaven abgeschlossenen *fiducia* gegen den Herrn die *adiectio* hatte: „*et si quid dolo malo domini captus fraudatusque (actor) est*". Danach umfaßte die *actio de peculio* auch den Fall, in welchem der *dominus* dolos die Rückgabe der *fiduciae causa* seinem Sklaven manzipierten Sachen verweigerte. Die Jurisprudenz erkannte nun, daß der Gedanke, welchem der Prätor bei der *actio de peculio* aus einer *fiducia* durch jene *adiectio* praktische Geltung verschafft hatte, eine größere Tragweite habe. Wie sollte es gehalten werden bei einer einem Hausfinde *in dotem* gegebenen oder commodierten oder verpfändeten oder für ihn deponierten Sache? Man nahm auch in diesen Fällen an, daß die *actio de peculio* aus den betreffenden Geschäften der gewaltunterworfenen Personen gegen den Gewalthaber angestellt werden könne, wenn der Kläger *dolo malo patris* oder *domini captus fraudatusque est*, ohne daß dies besonders in der Formel ausgedrückt war. L. 3 § 5 D. comm. 13, 6. L. 1 § 42 D. depos. 16, 3. L. 5 pr. l. 36 D. de pec. 15, 1. In der letzten Stelle ist das anscheinend für die *bonae fidei contractus* überhaupt ausgesprochen, aber es ist wohl beschränkter nur von den *bonae fidei contractus* auf Rückgabe einer hingegebenen Sache zu verstehen, denn nur von solchen ist in den citierten Stellen die Rede.[1]

Es kann ein Pekulium in rechtlichen Beziehungen zu mehreren Personen stehen, so daß aus der Schuld der *persona alieno iuri subiecta*, um deren Pekulium es sich handelt, jene mehreren Personen mit der *actio de peculio* haftbar sind. Es kann ferner ein Pekulium vom bisherigen Gewalthaber auf einen anderen übergehen, so daß in Frage kommt, wer in solchem Falle mit der *actio de peculio* haftet. Sind mehrere Personen bezüglich des Sklaven berechtigt, so kann der Einzelne mit der *actio de peculio* nur soweit belangt werden, als die Bestandteile des Pekuliums ihm rechtlich gehören. Hat z. B. der eine den *ususfructus*, der andere das Eigentum am Sklaven, so haftet der Usufruktuar jedenfalls aus jenem Grunde, aus welchem der Sklave für ihn erworben hat (also *operis suis* oder *ex re usufructuarii*) mit der *actio de peculio* bis auf den ihm gehörenden Betrag des Pekuliums, aus den übrigen Gründen, aus welchen der Sklave für den Eigentümer erworben, dieser.[2] Doch ist man weiter gegangen: es soll der Usufruktuar oder Proprietar aus jedem Kontrakt belangt werden können, jedoch nur, nachdem der, welchem der betreffende Kontrakt zu gute gekommen ist, erst belangt ist, auf den Rest der Schuld, welcher aus dem Pekulienanteile desselben nicht befriedigt werden konnte.[3] Da die *actio de peculio* gegen den allen am Pekulium Beteiligten auch die gegen den anderen konsumierte, so bedurfte es einer durch Restitution bewirkten Rescission der Konsumtion, damit die Klage gegen den anderen auf den Rest der Schuld gegeben werden konnte. Sind Mehrere Miteigentümer eines Sklaven, so kann, wenn das Pekulium den Miteigentümern des Sklaven gemeinschaftlich gehört, jeder der Miteigentümer mit der *actio de peculio* auf die ganze Schuld belangt werden, und es kann der Miteigentümer, welcher die ganze Schuld bezahlt hat, mit der *actio pro socio*

[1] So richtig MANDRY, Familiengüterrecht II, S. 407 ff., und WINDSCHEID, Pandekten II, 84 S. 876.

[2] L. 2 D. de pec. 15, 1. [3] L. 19 § 1, l. 37 § 3 u. l. 50 § 3 D. eod. tit.

oder *communi dividundo* seinen Regreß gegen den anderen Miteigentümer nehmen. Solchen Falls kann aber der mit der *actio de peculio* belangte Miteigentümer nicht bloß seine eigenen Forderungen gegen die *persona subiecta*, sondern auch die seines Miteigentümers abziehen. Hat aber der Sklave von den Miteigentümern *peculia separata*, so kann jeder Miteigentümer nur wegen des auf ihn fallenden Schuldanteils mit der *actio de peculio* belangt werden, und kann auch nur das Deduktionsrecht wegen seiner eigenen Forderungen, nicht der seines Miteigentümers, ausüben.[1] Der Grund dieser Sätze ist der, daß der Gläubiger beim Kontrahieren mit der gewaltunterworfenen Person das Gesamtpekulium im Auge hat und daher Billigkeits halber nicht genötigt werden soll, seine Forderung nur *pro portione* gegen jeden am Pekulium Berechtigten geltend zu machen. Gegeneinander können Miteigentümer des Sklaven nicht mit der *actio de peculio* klagen, da sie gegeneinander mit der *actio pro socio* oder *communi dividundo* klagen können; denn was der eine Miteigentümer dem anderen wegen des Sklaven direkt mit der *actio pro socio* schuldet, dessentwegen soll nicht die nur indirekt *e persona servi* gegen den Herrn begründete *actio de peculio* stattfinden können.[2]

Von besonderem Interesse ist die Frage, ob die *actio de peculio* passiv von dem Gewalthaber, gegen welchen sie ursprünglich begründet ist, auf andere Personen übergehen könne. Fassen wir zunächst den Fall ins Auge, daß der Gewalthaber stirbt. Streng genommen geht hierdurch das Pekulium des Hauskindes oder Sklaven des verstorbenen Gewalthabers unter, denn mit dem Tod des Gewalthabers hört auch beim Sklaven die *concessio peculii* von seiten des verstorbenen Gewalthabers auf, die *concessio* von seiten der Erben wäre eine neue. Die regelmäßige *actio de peculio* ist also gegen die Erben des Gewalthabers (aus der *concessio* des Erblassers) nicht möglich. Die Jurisprudenz hat aber die *actio de peculio annalis* auch gegen die Erben des verstorbenen Gewalthabers zugelassen. L. 1 § 4 D. quando de pec. 15, 2: — *sed et si morte patris vel deportatione sui iuris fuerit effectus filius, de peculio intra annum heres patris vel fiscus tenebuntur.* Vgl. auch l. 14 pr. D. de pec. 15, 1. Der Erbe des Gewalthabers, dessen *persona subiecta* ein Pekulium bis zum Tode jenes hatte, haftet darnach als Erbe mit der *actio de peculio*, wenn auch nur, soweit er das Pekulium geerbt hat, wie Windscheid[3] mit Recht behauptet hat. Es gilt, diesen Satz gegen falsche Auffassung und Zweifel sicher zu stellen. Unrichtig scheint mir die Auffassung Mandry's,[4] wonach, wenn mehrere Erben als Erben mit der *actio annalis* verhaftet seien, die Forderung selbst ungeteilt bleiben soll, welche solidare Haftung einfach daraus folge, daß es die Schuld des Sklaven sei, welche mit der *actio de peculio* geltend gemacht werde, und diese Schuld weil nicht Schuld des Erblassers, werde nicht in den Erbgang hineingezogen.

---

[1] L. 27 § 8, l. 15 u. 16 D. eod. tit. Vgl. l. 1 § 2 D. de stip. serv. 45, 3, l. 37 § 2 l. 51 D. de pecul. 15, 1; l. 8 § 4 D. comm. div. 10, 3; l. 13 § 2 D. de instit. act. 14, 3.

[2] Anders Dietzel in Bekker's u. Muther's Jahrb. d. gem. deutsch. Rechts II, S. 3; Bekker in Goldschmidt's Ztschr. f. Handelsr. IV, S. 521. Mandry in Ztschr. f. Rechtsgesch. VIII, S. 393. Diese Schriftsteller meinen, bei *separata peculia* könne ein Miteigentümer des Sklaven gegen den anderen mit *actio de peculio* klagen, sie wollen die Entscheidung der l. 20 D. de pec. 15, 1 nur auf den Fall der *communio peculii* beziehen, allein die mit l. 20 eng zusammenhängende l. 19 eod. tit. spricht gerade von Fällen: *si apud eum habeat peculium, apud ipsum vero aut nihil* u. s. w.

[3] Lehrb. des Pandektenrechts II, 6. Aufl. § 484 S. 876.

[4] Ztschr. f. Rechtsgesch. VIII, S. 395.

könne also nicht infolge der erbrechtlichen Succession in Teilobligationen auseinanderfallen. Jene angebliche solidare Haftung der mehreren Erben soll sich nun mit Bestimmtheit ergeben aus l. 32 pr. D. de pecul. 15, 1. Die Stelle spricht nicht gerade von unserem Falle, sondern von den direkt in dem Edikt über die *annalis actio* erwähnten Fällen, also von Fällen, in denen die Gewalt schon bei Lebzeiten des Erblassers beendigt wurde, die *annalis actio* also gegen den Erblasser begründet war und nur auf die Erben übergegangen ist. Aber beide Fälle, ursprüngliche Begründung der *annalis actio* gegen die Erben und Übergang der *annalis actio* auf die Erben, stehen sich hier ganz gleich. In jener Stelle heißt es nun: *Si ex duobus vel pluribus heredibus — — — unus fuerit conventus, omnes heredes liberabuntur, quamvis non in maiorem quantitatem eius peculii, quod penes se habet qui convenitur, condemnetur, idque ita Iulianus scripsit.* Aus der Stelle geht nun nicht die solidare Haftung der Miterben, sondern umgekehrt nur die Haftung bezüglich des nach seiner Erbportion bemessenen Schuldanteils hervor, denn der belangte Miterbe soll, wenngleich durch die Klagenkonsumtion auch die anderen Miterben liberiert sind, dennoch nicht *in maiorem quantitatem eius peculii, quod penes se habet,* kondemniert werden, d. h. er haftet mit dem *peculium, quod penes se habet,* nur für seinen Schuldanteil, nicht für die Schuldanteile der anderen Miterben. Ganz damit stimmt überein l. 14 pr. u. § 1 D. eod. tit. Nach dem Pr. der Stelle sollen, wenn ein Sklave im Testament seines Herrn sofort freigelassen ist, alle Erben mit der *actio de peculio* haftbar sein, aber nur *pro portione hereditaria,* wie sich daraus ergiebt, daß keiner mehr, als ihm selbst geschuldet wird, gegenüber der *actio de peculio* abziehen soll. Nach dem § 1 soll, wenn die bereits gegen den Erblasser begründete *annalis actio* auf mehrere Erben übergeht, *et de peculio actio et deductionis ius* sich spalten, in mehrere Teilklagen und Deduktionsrechte sich zerlegen *(scinditur).* Diese Entscheidung ist mit *item* an die im Pr. gegebene angeknüpft. Die Teilung der *actio de peculio* ist also nicht etwa darauf zu beziehen, daß jeder Miterbe nur soweit kondemniert werden kann, als das *peculium penes eum est,* sondern darauf, daß die Pekuliarschuld des Erblassers nur *pro portione* auf ihn übergegangen ist, wie denn auch die Forderung, welche der Erblasser abziehen konnte, und damit das *deductionis ius* nur zu seinem Erbteil auf ihn übergegangen ist. Ganz dasselbe Resultat ergiebt sich aus l. 30 § 1 D. h. t. Nachdem hier zunächst gesagt ist, daß, wenn jemand als *heres ex parte* des Herrn oder Vaters mit der *actio de peculio* belangt werde, er nur bis auf den Betrag des an ihn gelangten Pekuliums kondemniert werden könne, heißt es demnächst: *nec quasi unum ex sociis esse hunc heredem conveniendum, sed pro parte dumtaxat,* d. h. er haftet nur *pro portione hereditaria* auch mit dem *peculium,* welches an ihn gelangt ist. Zwischen allen diesen Stellen herrscht also völlige Übereinstimmung.

Bekker[1] weist gegenüber der Behauptung, daß der *heres ex parte* nur *pro portione hereditaria* mit der *actio de peculio* hafte, darauf hin, daß der Erbe als Prälegatar des Pekuliums für die ganze Forderung zu haften habe. Wenn Bekker bei diesem Einwande l. 1 § 8 D. quando de pec. actio a. e. 15, 2 vor Augen hat, so ist der Einwand gerade für den in dieser Stelle behandelten Fall nicht zutreffend. Nach der Stelle ist dem Erben das Universalfideikommiß auferlegt, *„praecepto servo et peculio"* die Erbschaft einem anderen zu restituieren.

[1] Pandekten I, S. 151.

Der Fiduziar behält den Sklaven und dessen *peculium* als Erbe und haftet daher mit der *actio de peculio*, welche er nicht mit *exceptio Trebelliani* zurückschlagen kann, während der Universalfideikommissar nicht mit der *actio de peculio* belangt werden kann. Anders steht die Sache, wenn der Gewalthaber den Sklaven veräußert hat. Inwiefern solchen Falls der Veräußerer selbst noch mit *actio de peculio annalis* haftet, soll erst bei der Betrachtung der letzteren erörtert werden. Hier ist die Frage, ob der Erwerber des Sklaven mit der *actio de peculio* haftet. Hat der Käufer oder sonstige Erwerber (etwa aus einer Schenkung oder Dotalbestellung) dem Sklaven das an ihn gelangte *peculium* belassen oder ein neues bestellt, so haftet er dem Gläubiger des Sklaven auch aus den früheren Schulden mit der *actio de peculio*. Kann auch der Verkäufer noch mit der *actio de peculio* belangt werden, so hat der Gläubiger die Wahl, ob er den früheren Gewalthaber oder jetzigen Eigentümer mit der *actio de peculio in solidum*, d. h. wegen der ganzen Schuld belangen will. Über die Frage, ob er gegen beide zugleich mit der *actio de peculio* wegen eines Teils seiner Forderung klagen könne, waren die römischen Juristen verschiedener Meinung. Nach l. 27 § 3 D. de pec. 15, 1 (Gaius libro nono ad ed. prov.) soll es, wenn ein Sklave veräußert ist, den Pekuliargläubigern gestattet sein, *vel in partes cum singulis agere vel cum in uno in solidum*, d. h. der Pekuliargläubiger kann sowohl gegen den Veräußerer als gegen den Erwerber (vorausgesetzt, daß der Sklave bei jedem ein *peculium* hat) *in solidum*, wegen des ganzen Schuldbetrags klagen, oder kann gegen jeden nur wegen eines Teils der Forderung klagen. Nach l. 47 § 3 D. eod. tit. (Paulus libro quarto ad Plautium) aber soll einem Gläubiger des Sklaven, wenn er vom Käufer (den er aufs ganze belangt hat) nur einen Teil der Forderung erlangt hat, nach der Annahme des Prokulus, ein *utile iudicium (resciso superiore iudicio)* wegen des Restes der Forderung gegen den Verkäufer zustehen. Dagegen soll es ihm *re integra*, d. h. bevor er gegen irgend einen geklagt hat, nicht gestattet sein, *actionem dividere, ut simul cum emptore et venditore experiatur*. Dieses *actionem dividere, ut simul cum emptore et venditore experiatur* ist ganz identisch mit dem *in partes cum singulis agere* in l. 27 § 3 cit. Der unleugbar zwischen beiden Stellen vorliegende Widerspruch kann nur durch eine Meinungsverschiedenheit unter den römischen Juristen erklärt werden. Baron[1] meint, eine solche Kontroverse sei um so unwahrscheinlicher, als Gaius in l. 27 § 3 cit. mit den Worten „*illud quoque placuit*" die Einigkeit der klassischen Juristen konstatiere. Indessen *placuit* und *inter omnes placuit* sind doch noch verschieden. Wenn das *placuit* Meinungsverschiedenheit ausschlösse, was hätte es für einen Sinn, daß Gaius noch hinzufügt: *quod et Iulianus probat*. In l. 47 wird für die dort vertretene Meinung nur auf Prokulus Bezug genommen und das am Schluß hinzugefügte „*et hoc iure utimur*" deutet eher auf theoretische Meinungsverschiedenheit hin, als daß es sie ausschlösse.

Besondere Betrachtung verlangt noch die Frage, wer mit der *actio de peculio* haftet, wenn der Sklave mit dem *peculium* einem Dritten oder das Pekulium dem im Testament direkt freigelassenen Sklaven legiert ist.[2] In den Quellen liegen für diesen Fall einander anscheinend widersprechende Entscheidungen vor. Nach l. 1 § 7 D. quando de pec. 15, 2 geht die *actio de peculio* zunächst nicht gegen den Legatar oder Freigelassenen, sondern gegen

[1] Abhandlungen aus d. röm. Civilpr. II. Die adjecticischen Klagen S. 80 A. 37.
[2] Vgl. Windscheid, Pandekten II, § 484 A. 20.

en Erben, welcher sich durch die Erfüllung des Legats, die Übergabe der ermachten Sache an den Legatar von der Haftung freimacht, aber nach der ntscheidung des Pegasus muß er sich vom Legatar Kaution stellen lassen, aß dieser ihn gegen die Klagen der Pekuliargläubiger verteidigen werde; denn nst hafte er den Pekuliargläubigern dennoch. Wie Cäcilius sich das Verältnis näher dachte, wird nicht gesagt. Es scheint doch aber, daß er mit er Tradition des Pekulium an den Legatar die Haftung mit der *actio de eculio* auf diesen übergehen ließ. Der Ausspruch des Marcian in l. 18 D. de eculio legato 33, 8 stimmt ganz mit der Entscheidung des Pegasus überein, enso der des Pomponius in l. 9 § 2 D. de tributoria 14, 4, während nach ieser Stelle Labeo wie Cäcilius dachte. Mit den Aussprüchen dieser Stellen cheint aber in direktem Widerspruch zu stehen die Auffassung Julian's in 1 § 10 D. de dote praelegata 33, 4, denn darnach soll ein *orcinus libertus*, elchem das *peculium* legiert sei, mit der *actio de peculio* belangt werden können, cht der Erbe, *quia peculium desiit penes se habere.* Und damit stimmt überein ie Äußerung des Paulus in l. 47 § 6 D. de pec. 15, 1: *Quae diximus in mptore et venditore, eadem sunt, et si alio quovis genere dominium mutatum sit, ut pato* u. s. w. Auch Paulus läßt hier mit dem durch das Legat bewirkten igentumswechsel die Haftung mit der *actio de peculio* auf den Legatar überhen. Es könnte der Zweifel sich regen, ob wirklich der behauptete Widerruch zwischen Julian sowie Paulus und jenen anderen genannten Juristen rlag? Kommt nicht dabei der Unterschied zwischen Vindikations- und Damtionslegat in Betracht? War das *peculium per vindicationem* legiert, so ging s Eigentum der Pekuliarsachen unmittelbar beim Erbschaftsantritt auf den reigelassenen oder sonstigen Legatar über, und man konnte sagen, das *pecum* sei nie *penes heredem* gewesen, sondern unmittelbar vom Erblasser auf n Legatar übergegangen, der also mit der *actio de peculio* haftbar sei. Anders ht die Sache bei dem Legat, durch welches dem Erben nur die Verpflichtung ferlegt wurde, dem Legatar das *peculium* zu leisten. Hier war das *peculium* nächst *penes heredem,* und nur auf diesen Fall bezog sich wohl jene oben rührte Kontroverse. Indessen auch jene von Ulpian berichtete Äußerung lian's in l. 1 § 10 D. de dote prael. 33, 4 bezog sich wohl nur auf das mnationslegat, denn Julian läßt den Erben von der *actio de peculio* frei sein, *ia peculium desiit penes se habere.* Hat er aufgehört, das *peculium penes se bere,* so ist er zunächst Inhaber desselben gewesen. Julian war also rselben Meinung wie Cäcilius. Daß also beim Wechsel des Eigentums am laven samt *peculium* die *actio de peculio* wegen der bereits begründeten ulden auf den neuen Inhaber des Pekuliums überging, läßt sich mit der schränkung behaupten, daß der Erbe, bei welchem das Pekulium gewesen r, nach der durchgedrungenen Ansicht des Pegasus haftbar blieb, wenn er h nicht die erwähnte Kaution vom Legatar bestellen ließ. Wurde aber ein kulium ohne Sklaven veräußert, so kann von einer Haftung des Erwerbers *peculium* mit der *actio de peculio* nicht die Rede sein.

Ein Fall mehrfacher Berechtigung am *peculium* kann auch vorzuliegen einen beim Pekulium eines *servus dotalis*, und hier wird in den Quellen der sdruck *peculium duplicis iuris* gebraucht, nämlich in l. 19 § 1 D. h. t. Was Dotalsklave, der ein Pekulium hat, *e re mariti* oder *operis suis* erwirbt, was a an Erbschaften oder Legaten mit Rücksicht auf den Ehemann hinterlassen d, braucht von diesem demnächst bei Herausgabe der *dos* nicht mit heraus-

gegeben zu werden. Man könnte nun meinen, daß hier, wenn aus einer *causa* welche sich auf die der Frau zukommenden Pekulienbestandteile bezieht, geklagt werde, die aus dieser *causa* herrührenden Forderungen abgezogen werden dürften, wenn aber aus einer auf den Pekulienanteil des Ehemanns bezüglichen *causa*, die aus dieser herrührenden Forderungen. Der Jurist entscheidet aber, daß der Ehemann hier *simpliciter* d. h. ganz in gewöhnlicher Weise mit der *actio de peculio* hafte (und also alle aus irgend welchen Gründen herrührenden Forderungen gegen den Sklaven abziehen dürfe). Wird dann aber der Mann mit der Dotalklage auf Rückgabe der *dos* belangt, so kann er, was aus einer *causa* geleistet ist, welche sich auf das *peculium* beiderlei Art bezieht, nur *pro rata* abziehen, nämlich soweit das Gezahlte den der Frau zukommenden Pekulienanteil trifft; wenn es aber aus einem Kontrakt geleistet ist, welcher sich nur entweder auf den der Frau oder den dem Manne zukommenden Pekulienanteil bezieht, abziehen oder nicht abziehen.

Bevor auf die an die gewöhnliche *actio de peculio* sich anschließende *annalis actio* einzugehen ist, möge hier des *peculium* eines *servus vicarius*[1] Erwähnung geschehen. Nach der Annahme der Römer kann ein Sklave, der ein *peculium* hat, einem zu diesem gehörigen Sklaven wieder ein *peculium* einräumen. Der Sklave, welcher unmittelbar vom Herrn sein *peculium* eingeräumt erhalten hat, wird *servus ordinarius* genannt, der zu diesem *peculium* gehörige Sklave, welchem vom *servus ordinarius* ein *peculium* vom *peculium* eingeräumt ist, wird *servus vicarius* genannt. Mittelbar gilt aber das *peculium* des *servus vicarius* als vom Herrn selbst konzediert, denn mit der *concessio peculii* an den *ordinarius* hat er diesem auch gestattet, seinerseits wieder den zu seinem *peculium* gehörigen Sklaven solche zu konzedieren. Das *peculium* des *vicarius* bildet einen Teil des *peculium* des *ordinarius*. Bei Schulden des *vicarius* Dritten gegenüber ist die *actio de peculio* natürlich auch gegen den Herrn anzustellen. Wenn nun der *vicarius* dem Gewalthaber selbst bezw. dem *servus ordinarius* etwas schuldet, so kann der Betrag solcher Forderungen gegenüber jener *actio de peculio* nur vom *peculium* des *servus vicarius* abgezogen werden, worauf sich ja diese *actio de peculio* allein bezieht. Wird dagegen aus einer Schuld des *servus ordinarius* gegen den Herrn mit *actio de peculio* geklagt, so können die Forderungen des Herrn gegen ihn vom *peculium* des *ordinarius*, einschließlich des dazu gehörigen *peculium* des *vicarius*, abgezogen werden. Die Forderungen aber des *servus vicarius* gegenüber dem *ordinarius* vermehren das *peculium* des *vicarius*.

Die gewöhnliche *actio de peculio* erlosch mit dem Tode der *persona subiecta*, mit der Emanzipation des Hauskindes oder der Manumission des Sklaven, endlich gegen den bisherigen Herrn auch mit der Veräußerung des Sklaven, denn durch diese Ereignisse, welche die *potestas* des Gewalthabers aufhoben, ging das *peculium* als solches unter. Da aber das Vermögen, welches bisher das *peculium* gebildet hatte, doch bei dem gewesenen Gewalthaber verblieben sein konnte, so erschien es unbillig, ihn der Haftung den bisherigen Pekuliargläubigern gegenüber zu entheben. Durch eine besondere Ediktsklausel, welche natürlich jünger sein wird, als das die gewöhnliche *actio de peculio* verheißende Edikt, wurde deshalb die *actio de peculio annalis* eingeführt. Noch binnen eines *annus utilis* nach jenen die Gewalt aufhebenden Ereignissen kann gegen den

[1] Darüber handelt H. Erman, Servus vicarius u. s. w. (Extrait du Recueil publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne à l'occasion de l'Exposition nationale suisse. Genève 1896.

gewesenen Gewalthaber, bei welchem das Vermögen, welches früher das *peculium* gebildet hatte, oder ein Teil desselben geblieben war, diese Klage angestellt werden, höchstens bis auf den dem gewesenen Gewalthaber gebliebenen Betrag desselben. Das nach jenen Ereignissen noch angenommene Quasipekulium ist zwar keiner Vermehrungen und Verminderungen durch Geschäfte des nicht mehr vorhandenen Pekulieninhabers oder durch Konzessionen des Gewalthabers, wohl aber noch solcher durch natürliche Ereignisse, wie Fruchtseparation und anderen Zuwachs, sowie andererseits durch Untergang von Pekuliarobjekten, fähig.[1] Dieses Quasipekulium ist insofern der *hereditas iacens* vergleichbar. Da die Klage nicht in Bezug auf ein noch existierendes, sondern in Bezug auf ein gewesenes *peculium* gegeben wurde, so erklärt es sich, daß sie nur binnen eines *annus utilis* gegeben wurde. War aber die *actio*, welche gegen den gewesenen Gewalthaber bezüglich des gewesenen Pekuliums gegeben wurde, selbst an eine noch kürzere Frist gebunden, so daß nach Ablauf derselben der Anspruch erlosch, so konnte sie natürlich nicht binnen des Restes der Jahresfrist noch bezüglich des Quasipekuliums angestellt werden.[2] LENEL[3] äußert, was in l. 1 pr. D. quando de peculio 15, 2 aus Ulpian's Ediktskommentar überlieferte Edikt, worin die *actio de peculio annalis* versprochen wird, lasse die im Edikt jedenfalls enthalten gewesene Angabe vermissen, daß die Klage gegen den ehemaligen Gewalthaber oder dessen Erben nur unter der Voraussetzung stattfinde, daß das *peculium* bei ihnen sei. Indessen unserem Edikt war jedenfalls ein Formelschema der *actio annalis* beigefügt, deren *condemnatio* zu der Beschränkung *duntaxat de peculio* noch die weitere Beschränkung *quod penes eum sit* enthalten haben muß. Im Edikt aber war nur die äußerste Grenze, bis welcher die *actio de peculio annalis* gegeben werden sollte, anzugeben.

LENEL[4] (auch MOMMSEN[5]) nehmen ferner an, unser in den Digesten überliefertes Ediktsstück enthalte einen Fehler: es müsse statt *(dolo malo eius in eius potestate) est* gelesen werden: *fuerit*. Auch diese Annahme scheint mir nicht begründet. Das gewesene *peculium* oder Quasipekulium ist einer Verminderung durch Ademtionen des früheren Gewalthabers gar nicht mehr fähig, aber zu demselben wird auch das gerechnet, um was der Gewalthaber vor seinem Tode, der Freilassung u. s. w. des Gewaltunterworfenen das *peculium* durch dolose Ademtionen gemindert hat. Da die dolose Ademtion zur Zeit des Bestehens der Gewalt geschehen sein muß, so verspricht unser Edikt ganz richtig die *actio de peculio* bezüglich dessen, *si quid dolo malo eius in cuius potestate est factum erit* u. s. w.

Uneinig ist man noch über das Verhältnis, in welchem die klageweise Geltendmachung der Haftung des Gewalthabers *duntaxat de peculio* und der für *in rem versum* zu einander stehen. Die überwiegende Ansicht geht dahin, daß für beide nur eine Formel, *una actio*, proponiert war,[6] welche aber, wie in § 4b J. quod cum eo 4, 2 heißt, *duas condemnationes* hatte. Diese *una* oder *eadem formula, quae duas condemnationes habebat*, kann man nicht wohl zwei *actiones* verstehen, die nur möglicherweise verschmolzen werden könnten dann zu zwei richterlichen Aussprüchen führten. Die *duae condemnationes una formula* können nur von einer an den *iudex* gerichteten Kondemnations-

[1] L. 8 D. quando de peculio actio 15, 2. [2] L. 2 D. eod. tit.
[3] D. ed. perpetuum. [4] A. a. O. S. 221.
[5] In seiner Digestenausgabe I, p. 450 not. 1. [6] Gaius IV, 74.

anweisung, die auf zwei Bestandteile gerichtet war, verstanden werden. Es handelt sich dabei um die Formel der *actio de peculio*. Nicht etwa durch den Willen der Parteien, sondern durch die Jurisdiktionsgewalt des Magistrats ist die Formel so konzipiert, daß die Kondemnationsanweisung neben dem *duntaxat de peculio* den weiteren Inhalt *et si quid in rem patris (dominive) inde versum est* enthält. Es wird also mit dieser *actio* ein Anspruch geltend gemacht, der sich aber möglicherweise in doppelter Richtung geltend machen kann. Es ist die *actio* mit den *duae condemnationes* auch nicht als eine Klage zu verstehen, welche entweder die Kondemnation *de peculio* oder die *de in rem verso* enthält. In welcher Richtung die Kondemnationsanweisung sich *in concreto* geltend zu machen habe, mußte sich erst *in iudicio* herausstellen. Es konnte sein, daß nur die eine oder die andere, es konnte auch sein, daß beide nebeneinander zur Geltung kamen. Es lag also gar keine Veranlassung vor, die Abtrennung der einen Klausel anzuordnen; vielmehr wäre der *iudex* durch die Weglassung des Zusatzes bezüglich des *in rem versum* verhindert worden, zunächst zu prüfen, ob ein *in rem versum* vorliege, was er doch aus demnächst zu erörterndem Grunde zu thun hatte. Keineswegs war aber durch die Kondemnationsanweisung mit der doppelten Richtung gefordert, daß sowohl ein *in rem versum* als ein Pekulienbetrag vorliegen müsse: zu einer *actio* mit entweder der einen oder der anderen *condemnatio* lag also gar keine Veranlassung vor. – Die *actio de peculio* ist also immer der Konzeption ihrer *condemnatio* nach eine *de peculio deque in rem verso*, auch die *actio de peculio annalis* hat diese doppelte Richtung: obwohl beide auch auf das *in rem versum* gehen, setzen sie doch das Bestehen eines *peculium* oder Erloschensein desselben durch Tod, Emanzipation, Manumission, Alienation voraus. Daß die Klage nicht immer vollständig als *de peculio et quod in rem eius versum est*, sondern meistens nur *actio de peculio* genannt wird, darf an jener Annahme nicht irre machen. Wohl aber gab es nun neben der *actio de peculio deque in rem verso* noch eine *actio de in rem verso*. Dafür sprechen folgende äußere Argumente. Zunächst spricht Ulpian in l. 1 § 1 D. de peculio 15, 1 von einem *edictum triplex* und erläutert dies mit den Worten: *aut enim de peculio aut de in rem verso aut quod iussu hinc oritur actio.* Das läßt sich unbefangen nur von drei Bestimmungen des *edictum triplex* verstehen: auf Grund je der betreffenden Bestimmung wurde eine besondere *actio* gegeben. Es ist hier also unzweideutig die *actio de in rem verso* als eine besondere *actio* gegenüber der *actio de peculio deque in rem verso* bezeichnet. Es geht nicht an, die selbständige Bestimmung über das *in rem versum* mit der über das *peculium* zu einer Klausel zusammenzufassen. Sodann ist in l. 1 pr. D. de in rem verso 15, 2 gesagt, daß der Gewalthaber (mit der *actio de peculio*) nicht bloß *de peculio*, sondern auch bezüglich des *in rem versum* hafte, und dann heißt es § 1: *Nec videtur frustra de in rem verso actio promitti quasi sufficeret de peculio*, d. h. es ist die besondere *actio de in rem verso* nicht vergeblich, nicht überflüssigerweise versprochen, als ob die *actio de peculio deque in rem verso* genüge. Es werden dann Fälle genannt, in welchen die *actio de peculio* (sowohl die gewöhnliche als die *annalis*) nicht stattfinden konnte, also eine besondere *de in rem verso actio* nötig war. So verhielt es sich, wenn der Gewalthaber *sine dolo* das *peculium* eingezogen hatte, oder wenn der Lauf der *actio de peculio annalis* abgelaufen war. Im Zusammenhange hiermit möge dann auch gleich l. 19 i. f. eod. tit. betrachtet werden. Hier wird zunächst von der *actio de peculio (annalis)* gesagt: *in quam actionem venit et quod in rem*

versum est. Die dann folgenden Worte: *quae tamen adjectio tunc necessaria est, cum annus post mortem filii excessit* können nur von der besonderen *actio de in rem verso* verstanden werden. Aber ich bezweifle, daß uns die Worte des Paulus unverkürzt überliefert sind. Dieser muß etwa gesagt haben: *quae tamen adjectio* (nämlich der Zusatz zur Formel der *actio de peculio*) *non sufficit, sed actio tunc necessaria est, cum annus post mortem filii excessit.* Paulus' Worte erinnerten zu sehr an die Formeln und sind daher von den Kompilatoren zu der jetzt vorliegenden Textgestalt verkürzt worden.

Aber wie kam man zur Aufstellung der *actio de peculio* mit den *duae condemnationes*, in welche durch die eine auf das *in rem versum* gerichtete *condemnatio* etwas mit ihrem Grundgedanken nicht Zusammenhängendes hineingetragen wurde, während doch eine *actio de peculio* ohne jenen zweiten Kondemnationsbestandteil und eine daneben stehende *actio de in rem verso* allen Bedürfnissen zu genügen scheinen? Die Sache wird erklärlich, wenn man die folgende, ohne Frage aus Gaius entnommene Äußerung in § 4b I. quod cum eo 4, 7 berücksichtigt: *itaque iudex, apud quem de ea actione agitur, ante dispicere solet, an in rem domini versum sit, nec aliter ad peculii aestimationem transit, quam si aut nihil in rem domini versum intellegatur aut non totum.* Zunächst also pflegt der *iudex* infolge der auf das *in rem versum* gerichteten Kondemnationsanweisung zu untersuchen, ob ein *in rem versum* vorliege, und darauf die *condemnatio* zu richten, und erst in Ermangelung solches *in rem versum* oder beim Nichtausreichen desselben das *peculium* heranzuziehen. Warum verfährt der *iudex* so? Doch wohl deshalb, weil es billig scheint, im Fall einer *in rem versio* den Gewalthaber zunächst mit seinem eigenen *patrimonium*, dem jenes *in rem versum* zu gute gekommen ist, haften zu lassen, und erst dann das Vermögen heranzuziehen, welches zwar rechtlich Vermögen des Vaters, des Herrn, faktisch aber das Vermögen des Gewaltunterworfenen ist.[1] Solches Verfahren war aber dem *iudex* nicht möglich, der für eine *actio de peculio* nur mit einer auf das *peculium* gerichteten *condemnatio* bestellt war. Es hätte also, beim Fehlen der zweiten *condemnatio* der *actio de peculio,* vom Kläger abgehangen, ob er mit *actio de peculio* oder mit *actio de in rem verso* vorgehen wollte. Es schien daher billig, neben der auf das *peculium* lautenden *condemnatio* eine zweite auf *si quid inde in rem versum* gerichtete Kondemnationsklausel in die Formel der *actio de peculio* aufzunehmen, zumal durch die *litiscontestatio* bei der *actio de peculio* auch die aus demselben Geschäft entsprungene *actio de in rem verso* konsumiert wurde. Diese Formel mit den *duae condemnationes* ermöglichte dem *iudex*, beides nebeneinander in demselben *iudicium* und das *in rem versum* vor dem *peculium* zu berücksichtigen. Auch das historische Verhältnis der *actio de peculio* mit den *duae condemnationes* und der besonderen *actio de in rem verso* werden wir wohl in Gemäßheit jener Betrachtung bestimmen müssen. Es ist zu vermuten, daß

[1] Aus demselben Gedanken ist die Entscheidung des in l. 10 § 9 D. de in rem verso erterten Falls hervorgegangen. Ein Sklave hat 10 *in rem domini* verwandt und hat dem- ist eine ebenso große Summe vom Herrn dargeliehen erhalten, außerdem hat er ein *lium* von eben solchem Betrage. Gefragt wird, ob das *in rem versum* dadurch aufhöre, der Sklave Schuldner des Herrn zu eben solchem Betrage geworden sei, oder ob etwa *in rem versum* fortbestehe, und der Betrag der Schuld des Sklaven vom *peculium* abzuen, oder ob etwa dieser Schuldbetrag *pro rata* vom *in rem versum* und dem *peculium* ziehen sei? Die endliche Entscheidung geht dahin, daß das *in rem versum* durch den ldbetrag aufgezehrt sei. Auch hier also wird das *in rem versum* vor dem *peculium* ngezogen.

es zunächst eine *actio de peculio* mit einer *condemnatio* gab. Fraglich ist, ob die zweite auf das *in rem versum* gerichtete *condemnatio* der *actio de peculio* oder die besondere *actio de in rem verso* früher aufkam. Mir ist wahrscheinlicher, daß die besondere *actio de in rem verso* älter ist, und daß erst das Bedürfnis, dem *iudex* die Berücksichtigung des Pekuliums und des *in rem versum* in einem *iudicium* und die Heranziehung des letzteren vor dem *peculium* zu ermöglichen, die Einfügung der zweiten *condemnatio* in die Formel der *actio de peculio* veranlaßt hat. Durch diese Einfügung wurde dann das praktische Anwendungsgebiet der besonderen *actio de in rem verso* ein viel engeres, und ihr nur die Bedeutung einer *adiectio* zu der *actio de peculio deque in rem verso* gelassen.

Es bleibt nun die wichtige Frage zu beantworten, unter welchen Voraussetzungen ein *in rem domini* oder *patris versum* anzunehmen sei. Die Antwort lautet im allgemeinen dahin, daß es unter denselben Voraussetzungen anzunehmen sei, unter welchen einer anderen Person, als dem Gewalthaber, gegenüber eine die *actio negotiorum gestorum contraria* hervorbringende *negotiorum gestio* (oder eine die *actio mandati contraria* hervorbringende Auftragsausführung) vorliegen würde. Das sagt auch Ulpian in l. 3 § 2 D. h. t.: *Et regulariter dicimus totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem quotiensque aliquid consumpsit servus, aut meliorem rem dominus habuerit aut non deteriorem.* Daß mit den Worten *quotiensque aliquid consumpsit servus* u. s. w. auch nur Fälle bezeichnet sind, in welchen der Aufwendende sonst eine *actio negotiorum gestorum contraria* haben würde, bedarf keiner Ausführung. Es muß also zunächst der Gewaltunterworfene bei dem mit dem Dritten abgeschlossenen Geschäft die Absicht haben, ein *negotium* des Gewalthalthabers für denselben zu gerieren, die Absicht also, daß das, was der Gewaltunterworfene dem Dritten aus dem betreffenden Geschäft schuldet, soweit dasselbe wirklich als dem Interesse des Gewalthabers dienend betrachtet werden kann, vom Gewalthaber dem Dritten geleistet werden möge. Die Absicht, sich, dem Gewaltunterworfenen selbst, den Gewalthaber zum Ersatz zu verpflichten, braucht bezw. kann, wenn der Gewaltunterworfene kein *peculium* hat, nicht vorliegen, denn der Gewaltunterworfene, wenn er kein *peculium* hat, steht dem Gewalthaber auch nicht einmal als eines faktischen Vermögens fähiges Subjekt, welches eine Naturalforderung haben könnte, gegenüber. Bei diesen Besorgungen der *negotia* des Gewalthabers durch den Gewaltunterworfenen wird nun dieselbe Unterscheidung, wie bei den vom Besitzer auf eine fremde Sache gemachten Impensen, gemacht. Es ist also die *actio de in rem verso* begründet, wenn das *negotium* ein *necessarium* war, ebenso wenn die *gestio* eine *utilis* war. Sind aber die Geschäfte oder Verwendungen solche, *quae magis ad voluptatem pertinent quam ad utilitatem*, so ist eine *actio de in rem verso* gegen den Gewalthaber nur im Falle eines vorausgehenden Mandats oder nachfolgender Billigung desselben begründet. Abgesehen von solcher Billigung des Gewalthabers, hat der Gläubiger nur ein *ius tollendi* unter den gewöhnlichen Voraussetzungen eines solchen. Gefragt werden muß aber, ob der *animus in rem domini* oder *patris vertendi* des Gewaltunterworfenen genüge, oder ob die Absicht, daß das Geschäft oder die Verwendung für den Gewalthaber, bezw. dessen *patrimonium*, stattfinde, auch auf seiten des Dritten, mit welchem das Geschäft abgeschlossen wird, vorliegen müsse. Man muß bei der Erörterung dieser Frage nicht außer acht lassen, daß das *in rem domini vertere* zwei Stadien durchlaufen kann: den Abschluß des Geschäfts mit dem Dritten

und das *consumere*, das wirkliche Verwenden und Verzehren für irgend welche in den Interessenkreis des Gewalthabers fallende Angelegenheiten. Es kann nun sein, daß der Gewaltunterworfene im Moment des Abschlusses des Geschäfts noch nicht die Absicht hatte, dasselbe für den Herrn abzuschließen, sondern für sein *peculium*, dann aber doch demnächst das Erhaltene für das *patrimonium* des Herrn konsumiert; oder umgekehrt kann der Gewaltunterworfene im Momente des Geschäftsabschlusses die Absicht haben, bezw. vorgeben, dasselbe im Interesse des Gewalthabers abzuschließen, dann aber doch das Erhaltene nicht in dessen Interesse konsumieren. Es scheint, daß die römischen Juristen über diese Fälle nicht ohne Zweifel waren, und daß Meinungsverschiedenheiten nicht ausblieben. Eine strengere Meinung scheint dahin gegangen zu sein, daß eine Klage wegen *in rem versum* nur stattfinden könne, wenn das Geschäft auch von dem Dritten mit Rücksicht auf den Herrn abgeschlossen war, in der Absicht also, daß das von ihm zu Leistende zum Nutzen des Herrn verwendet werden solle. Solche strengere Ansicht scheint Paul. sent. II, 9 § 1 zu bezeugen verb.: *si tamen ob hanc causam pecunia data sit.* Wenn also ein Sklave ein Darlehn empfangen hat *quasi in rem domini verteret nec vertit et decepit creditorem,* soll nach Pomponius eine Haftung des *dominus* wegen *in rem versum* stattfinden, es wird also ein *consumere in rem domini* entsprechend der beim Darlehnsempfang kundgegebenen Absicht der beiden Parteien verlangt. Wenn aber umgekehrt das Darlehn zunächst für das *peculium* gegeben, später aber vom Gewaltunterworfenen *in rem domini* konsumiert ist, so soll *actio de in rem verso* platzgreifen, obwohl beim Geben des Darlehns der Geber nicht in der Meinung gab, daß das Dargeliehene für das *patrimonium* des Gewalthabers konsumiert werden solle; daß der Gewaltunterworfene *animo negotia domini* oder *patris gerendi* das Dargeliehene für das *patrimonium* des Herrn oder Vaters konsumierte, wird als genügend für Begründung der *actio de in rem verso* angesehen.[1] In l. 10 § 10 D. h. t. wird die Möglichkeit eines solchen *ex eventu in rem patris vertere* ausdrücklich bejaht. Wenn aber das Geschäft übereinstimmend vom Gewaltunterworfenen und dem Dritten in der Absicht geschlossen ist, daß das infolge desselben dem Gewaltunterworfenen Gegebene *in rem* des Gewalthabers zu verwenden sei, das *consumere* desselben *in rem patris* jedoch durch den zufälligen Untergang des Gegebenen vereitelt ist, so soll dennoch *actio de in rem verso* platzgreifen, ja es wird in einem Falle, wo das *in rem domini* gegebene Darlehn zum Ankauf von Kleidern für das Gesinde verwandt werden sollte, und sowohl Geld als Kleider vor dem *consumere in rem domini* durch einen Zufall untergingen, sowohl dem *creditor* als dem *venditor actio in rem verso* gegeben, *quoniam ambo in rem domini vertere voluerunt* (l. 3 § 10 D. h. t.). Daß hier, wo das *consumere* vereitelt ist, nicht bloß auf seiten des Gewaltuntergebenen, sondern auch auf seiten des dritten Kontrahenten der *animus in negotia domini* oder *patris vertendi* verlangt wird, kann nach dieser Stelle nicht geleugnet werden. Hätte der Dritte nicht die Absicht gehabt, *in rem domini* das Geschäft abzuschließen, so würde beim Mangel des *consumere in rem domini* gewiß nicht *actio de in rem verso* gegeben sein. Etwas anderes ist es, wenn das *consumere in rem domini* oder *patris* stattgefunden, aber der erwartete günstige Erfolg des *consumere* ausgeblieben ist. Ebenso, bei der *actio negotiorum gestorum contraria,* kommt es auch bei der *actio de in rem verso* nur darauf an, ob das *consumere* selbst als ein *utile* bezeichnet

[1] *L.* 3 § 1, l. 5 § 3 D. de in r. v. 15, 3.

werden konnte: durch das Ausbleiben des zu erwartenden günstigen Ereignisses desselben wird weder die *actio negotiorum gestorum contraria* noch die *actio de in rem verso* beseitigt (l. 3 §§ 6, 7 u. 8 D. h. t.).

Nicht die bloße Bereicherung des Gewalthabers durch eine Handlung des Gewaltunterworfenen mit etwas, was aus dem Vermögen eines Dritten herrührt, genügt, um für den Dritten die *actio de in rem verso* gegen den Gewalthaber zu begründen. Ist dem Sklaven jemandes von einem anderen Silber gegeben, damit er für diesen anderen aus beliebigem Silber Pokale herstelle, und ist nach Herstellung der Pokale der Sklave gestorben, so will Mela dem, der das Silber gegeben, eine *actio de in rem verso* gegen den Herrn des Sklaven gewähren, weil der Herr Eigentümer der Pokale sei. Ulpian verwirft diese Entscheidung des Mela in l. 7 § 2 D. h. t. Sein Grund war wohl der, daß der Sklave bei der Annahme des Silbers und der Anfertigung der Pokale nicht die Absicht hatte, die *negotia* seines Herrn zu gerieren (vgl. auch l. 7 §§ 4 u. 5).

Auch Schenkungsabsicht schließt den *animus negotia gerentis* aus. Hat ein Haussohn für sein *peculium* ein Darlehn aufgenommen und schenkt den empfangenen Betrag seinem Vater, so greift die *actio de in rem verso* nicht Platz. Der Gewaltunterworfene kann aber doch *ut patris negotium gerens* handeln, wenn er bei der Zuwendung an seinen Vater nur soweit Schenkungsabsicht hat, daß er auf die sonst entstehende Naturalforderung aus der *gestio* für sein *peculium* verzichten will, welche mit der *actio de in rem verso* des Dritten auf denselben Inhalt gerichtet sein würde.[1]

Weiter ist zu fragen, welcher Betrag als *in rem domini* oder *patris versum* gilt? Hat der Sohn *animo negotia patris gerentis* eine Sache für ihn gekauft, so ist nicht schlechthin der für die Sache versprochene Preis als *in rem patris versum* anzusehen, er kann niedriger oder höher sein, als die Sache wirklich wert ist: nur soviel, als sie wert ist, darf als *in rem patris versum* angesehen werden.[2] So verhält es sich aber nur, wenn der Sohn *res non necessarias* für den Vater gekauft; hat er aber notwendige Sachen für ihn gekauft, so ist die *actio de in rem verso* auf das ganze *pretium* begründet, auch wenn der Wert der Sache die Höhe des *pretium* nicht erreicht. Hat der Gewaltunterworfene bei der Aufnahme des für den Gewalthaber verwendeten Darlehns Zinsen (in Stipulationsform) versprochen, so kann die *actio de in rem verso* auch auf den Betrag der Zinsen gerichtet werden. War der Gewaltunterworfene Schuldner des Gewalthabers, so ist das von jenem für diesen Aufgewandte nur, soweit es den Betrag der Schuld übersteigt, *in rem versum*. Das *versum* muß auch darin Zahlt der Gewalthaber das, was *in rem suam versum est*, demnächst des

---

[1] Vgl. l. 7 § 1 D. de in r. v. 15, 3. v. Tuhr, *Actio de in rem verso* S. 201, sagt: Der Sklave kann zwar auf den Regreß als Bestandteil seines Pekuliums verzichten, dagegen kann er das Zustandekommen der Versionsklage, zu welcher die thatsächlichen Voraussetzungen schon vorliegen, nicht durch bloßen Willensakt vereiteln; er kann nur auf eigene Kosten, nicht auf Kosten des Gläubigers, Freigebigkeit gegen seinen Herrn üben. Die Stelle steht aber meines Erachtens der Ansicht v. Tuhr's entgegen, daß die *actio de in rem verso* dem Gläubiger dann zu Gebote stehe, wenn sich im Pekulium ein auf Liberation gerichteter Naturalanspruch des Sklaven befinde. Diese Ansicht müßte im Fall der l. 7 § 1 D. h. t. v. Tuhr zu der Konsequenz führen, daß der Verzicht des Sklaven auf seinen Naturalanspruch hier nicht möglich sei. Die Entscheidung der Stelle geht aber dahin, daß der Herr wegen der Schenkungsabsicht des Sklaven nicht *debitor peculiaris* wird, die *actio in rem verso* des Gläubigers aber doch platzgreift.

[2] L. 5 pr. D. in rem verso 15, 3.

Gewaltunterworfenen, oder schenkt er ihm einen gleichen Betrag *remunerandi causa*, so hört das *versum* auf: ebenso, wenn der Gewaltunterworfene später Schuldner des Gewalthabers wird, soweit er dies wird.

In l. 20 pr. und in l. 21 D. h. t. wird in demselben Fall, der sowohl in Scaevola's Responsensammlung als in seinen Digesten behandelt ist, eine *de in rem verso utilis actio* gewährt. Warum eine *utilis actio?* Bei der *promissio dotis* durch den Vater der Frau war *inter omnes personas* (Vater, Tochter und Ehemann der letzteren) ausgemacht, daß der Vater die Unterhaltungskosten für die Tochter tragen sollte *(ut ipse filiam aleret)*. Da nun der Vater die erforderlichen Mittel doch nicht gewährte, gab der Ehemann der Frau ein Darlehn zu dem Zweck, damit sie ihren Unterhalt damit bestreite, und die Frau verwandte das Darlehn zu diesem Zweck. An sich war der Vater nicht verpflichtet, die Kosten des Unterhalts seiner verheirateten Tochter zu tragen; nur auf Grund der unter den drei Personen getroffenen Übereinkunft, mit Rücksicht, auf welche der Mann wohl keine weitere Erfüllung der *dotis promissio* verlangte, konnte die Bestreitung dieses Unterhalts als ein *negotium* des Vaters angesehen werden. Aus diesem Grunde, scheint es, wollte Scaevola dem Manne nur eine *utilis de in rem verso actio* gegen den Vater gewähren.[1]

c) Die *tributoria actio.*

§ 130. Leider ist uns das auf die *tributoria actio* bezügliche Edikt des Prätors seinem Wortlaut nach nicht erhalten, und infolge davon ist das auf Grund desselben stattfindende Verfahren einigermaßen verdunkelt worden. Aus Ulpian's Kommentar zu den einzelnen Worten lassen sich die Voraussetzungen des Verfahrens deutlicher entnehmen, als das Verfahren selbst. Lenel (Ed. 216) will den auf das Verfahren bezüglichen ersten Satz so restituieren: — *ita ius dicam, ut quod — — receptum erit, eius is, in cuius potestate erit, si id ei debebitur, cum creditoribus mercis pro rata eius quod cuique debebitur in tributum vocetur.* Die Fassung entlehnt er dabei teilweise aus Gaius IV, 72, den Schluß aber, insbesondere das *in tributum vocari*, aus Ulpian's Kommentar. Man darf aber Gaius' referierende oder beschreibende Redeweise gewiß nicht wörtlich als Fassung des Edikts angesehen, noch weniger mit Ausdrücken aus Ulpian's Kommentar in nicht passender Weise zusammengeschweißt werden. „*Ita ius dicam, ut — in tributum vocetur*" lautete das Edikt gewiß nicht; zumal dabei ganz ungewiß gelassen wird, von wem das *in tributum vocare* ausgeht. Nach den Äußerungen des Kommentars werden der Gewalthaber und die Gläubiger der *merx peculiaris in tributum* voziert, so jedoch, daß vorwiegend eine *vocatio* an den Gewalthaber ergeht, welcher die in seinem Eigentum stehende *merx peculiaris* zur Teilung bringen soll, an die Gläubiger nur, sofern sie an der Teilung teilnehmen sollen. Der aber, von welchem das *in tributum vocare* ausgeht, kann kein anderer sein, als der Prätor. Die *in tributum vocatio* ergeht aber nicht schon durch das Edikt, es wird nicht *edicto*, sondern *ex edicto in tributum* voziert. Im Edikt wird sie nur verheißen, im konkreten Fall geht sie durch einen Akt der Jurisdiktion des Prätors *(praetor ita ius dicit)*, durch ein Dekret dem Gewalthaber die Verpflichtung auferlegt, den Gläu-

[1] Andere Erklärungen finden sich zusammengestellt bei v. Tuhr, *Actio de in rem verso* 56 ff.

bigern der *merx peculiaris* dieselbe zur Teilung zu bringen. Das Edikt wird etwa so gelautet haben: *eum, in cuius potestate erit, cum creditoribus mercis in tributum vocabo, ut — — id inter dominum, si quid ei debebitur, et ceteros creditores pro rata portione eius quod cuique debebitur distribuatur.* — Das *„in tributum vocabo"* hat, wie ich nachträglich sehe, schon HEUMANN, De trib. a. p. 42 Dieses Dekret erläßt der Prätor natürlich nicht *ex officio*, sondern auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger. Das geht nicht nur aus der Paraphrase des Theophilus zu § 3 I. quod cum eo 4, 7 und aus damit übereinstimmenden Basilikenscholien, sondern auch aus l. 5 § 19 D. de trib. a. 14, 4: *et si nemo creditor veniat desiderans* — hervor. Nach l. 5 § 5 D. h. t.: *Per hanc actionem tribui videtur* u. s. w. möchte es scheinen, als ob mit der *actio tributoria* direkt auf *tributio* geklagt werden könnte; indessen es wird zuweilen der Ausdruck *actio tributoria* als eine kurze Bezeichnung des ganzen auf die Teilung der *merx peculiaris* bezüglichen Verfahren gegen den Gewalthaber gebraucht, eine Bemerkung, von welcher demnächst noch Gebrauch gemacht werden wird.[1] Die Verpflichtung des Gewalthabers, die *merx peculiaris* unter den Gläubigern derselben zur Teilung zu bringen, ist ganz unabhängig davon, wer die *tributio* vornimmt. Durch einen besonderen Satz wird das Edikt dem Gewalthaber die Teilung gestattet haben, und wenn er selbst Gläubiger war, wird er sich dieser Aufgabe nicht entzogen haben, da er als selbst die Teilung Vornehmender verhindern konnte, daß er selbst zu kurz kam. Der Prätor wird also keine Veranlassung gehabt haben, für den Fall, daß der Gewalthaber die *tributio* vorzunehmen ablehnte, eine besondere Ediktsbestimmung aufzustellen. Für solchen Fall hat aber der Gewalthaber, um sich nicht dem Vorwurf des *dolus* auszusetzen, die *merx peculiaris* zur Teilung zur Verfügung zu stellen, damit der Prätor einen *arbiter* zur Vornahme der Teilung bestellen könne (l. 7 § 1 D. h. t.). Dieses ganze Verfahren hat zur Voraussetzung die Insolvenz des Hauskindes oder Sklaven, welcher mit dem Pekulium oder einem Teile desselben den betreffenden Handel oder das betreffende Gewerbe betrieben, es ist eine Art Konkursverfahren über die *merx peculiaris*. Das geht klar daraus hervor, daß die Verteilung geschehen soll *pro rata eius quod cuique debeatur*, und daß, wenn nur ein einzelner Gläubiger kommt und zunächst den ganzen Betrag seiner Forderung erhält, er doch Kaution leisten muß, daß er das Entsprechende zurückzahlen werde, wenn etwa noch andere Gläubiger auftauchen oder noch irgend welche Forderungen des Gewalthabers sich herausstellen, die nicht berücksichtigt sind. Wenn aber nicht verlangt wird, daß die Insolvenz streng nachgewiesen werde, so wird sie doch beim Antrag auf dieses Teilungsverfahren von vornherein vorausgesetzt und in Berücksichtigung gezogen. Gehen wir jetzt näher auf die Voraussetzungen ein, an welche das Edikt, soweit das nachweislich ist, das *tributum vocare* knüpft. Vor allem wird verlangt ein *merce peculiari* oder *in merce peculiari negotiari* seitens einer gewaltunterworfenen Person. Darunter war zunächst die Betreibung eines Handelsgeschäfts mit zum *peculium* des Gewaltunterworfenen gehörigen Mitteln verstanden, aber die Interpretation hat nicht angestanden, es auf jede *negotiatio*, die Betreibung jedes Gewerbes zu beziehen. Nicht das ganze *peculium* braucht zur Betreibung dieses Handels oder Gewerbes bestimmt zu sein, es kann auch nur ein Teil desselben diesem Zwecke dienen sollen. Die Betreibung muß ferner *sciente domino* oder *patre* geschehen sein.

[1] Vgl. HEUMANN, a. a. O., S. 71.

Dieses Wissen wird als ein Wissen und Dulden, Nichtverhindern erklärt, als ein passives, nicht aktives Wollen. Ist der Gewalthaber noch handlungsunfähig oder in der Handlungsfähigkeit beschränkt, so wird Wissen des Tutors oder Kurators vorausgesetzt. Weiter ist erforderlich, daß der Dritte mit dem Gewaltunterworfenen *mercis nomine, eius rei causa* kontrahiert habe; denn nicht jeder Kontrakt mit dem Gewaltunterworfenen, sondern der mit ihm als dem Betreiber dieses Pekuliargewerbes abgeschlossene begründet das Teilungsverfahren. Daß das *eius rei causa* oder *mercis nomine contrahere* voraussetzt, es sei auch dem Dritten die Beziehung des Vertrags zu dem betreffenden Handelsbetriebe bei dem Abschluß bekannt, braucht nach dem bei der *actio institoria* Ausgeführten hier keiner näheren Darlegung. Es ergiebt sich aber für unser Teilungsverfahren noch deutlich aus folgendem. Betreibt derselbe Sklave mehrere voneinander unabhängige Handelsgeschäfte, so sind die Gläubiger eines jeden abgesondert für sich zur Teilung zu rufen, denn ein jeder (wird zur Begründung der Entscheidung gesagt) kreditiere mehr dem betreffenden Geschäftsbetriebe, als dem Inhaber desselben. Ja, dies wird soweit durchgeführt, daß, wenn er für die Betreibung desselben Handelsgeschäfts verschiedene an verschiedenen Orten gelegene Läden hatte, die Gläubiger jeder einzelnen *taberna* abgesondert für sich zur Teilung zu berufen seien.

Zur Teilung soll gebracht werden die *peculiaris merx*, es wird aber in dem Edikt nach dem, was darüber von den römischen Juristen berichtet wird, näher der Umfang des zu Teilenden angegeben sein. Zunächst wird der Umfang des zu Teilenden dadurch nicht vermindert, daß die Naturalforderungen des Gewalthabers gegen den Gewaltunterworfenen, der das Geschäft betreibt, den Wert der *merx peculiaris* übersteigen: eine zu teilende *merx peculiaris* kann vorhanden sein, auch wenn nach Abzug jener Forderungen nichts mehr im *peculium* des Gewaltunterworfenen verbleibt, so daß eine *actio de peculio* gegen den Gewalthaber ergebnislos bleiben würde, denn zur Teilung der *merx peculiaris* wird der Gewalthaber wie jeder *extraneus creditor* berufen, sein Deduktionsprivilegium fällt hier weg. Zur Teilungsmasse gehören aber nicht bloß die zum Geschäft gehörigen Waren *(quod ex ea merce erit, quidquid ex his mercibus erit)*, sondern auch, was daraus an Preisen gelöst und zum *peculium* geschlagen ist *(quod inde receptum erit)*, wie auch die noch ausstehenden Forderungen aus dem Geschäftsbetriebe. Aber auch die mit dem Erlös der Waren angeschafften Sachen, auch wenn sie nicht zum Verkauf bestimmt sind, wie das Gerät, das Inventar des Geschäfts, zum Dienst im Geschäft bestimmte Sklaven, kommen mit zur Teilung. Daß der Gewalthaber oder der *arbiter*, welche die Teilung vornehmen, was nicht Geld war, erst in Geld umsetzten, ist schon der Sache nach anzunehmen, ergiebt sich aber auch aus l. 12 D. h. t. verb.: *cum dominus in distribuendo pretio mercis edicto praetoris non satisfecit.*

Auf den weiteren Fortgang des Verfahrens führt uns die Frage, welche Folgen eintreten, wenn der Gewalthaber der durch die *in tributum vocatio* des Prätors ihm auferlegten Verpflichtung nicht oder nicht gehörig nachkommt. Die Antwort darauf lautet, daß dann erst die *tributaria actio* gegen ihn gegeben werde. Bis dahin war für diese kein Raum, wie Julian in l. 12 D. ausdrücklich sagt: *tributoria actione tunc demum agi potest, cum dominus in distribuendo pretio mercis edicto praetoris non satisfecit.* Was zur Teilung gebracht werden soll, wird der Prätor in seiner *vocatio ad tributum* nicht bestimmt haben, sie sollte *ex edicto* geschehen. Hat der Gewalthaber etwas unwissentlich

nicht zur Teilung gebracht, was *in tributum* kommen müßte, so kann deshalb die *tributoria* noch nicht erhoben werden, es müßte das unwissentlich Versäumte nur nachgeholt werden. Erst die wissentliche Verletzung der durch das Dekret auferlegten Verpflichtung begründete die *tributoria*. Dieses Erfordernis des *dolus* wird häufig hevorgehoben, und zwar so, daß aus dem dolosen *facere* die *actio* entspringen soll. Als doloses *minus tribuere* wird nicht allein angesehen, wenn der Gewalthaber sich selbst bezüglich seiner Forderungen gegen den Gewaltunterworfenen verhältnismäßig mehr zahlt, als den *creditores mercis*, sondern auch, wenn er wissentlich die Waren verkommen läßt oder abseits bringt oder zu billig verkauft oder von den Käufern doli die Preise nicht beitreibt. Weiter wird gesagt, daß nach der richtigen Meinung des Labeo die *tributoria* auch zustehe, wenn der Gewalthaber die Forderung eines *creditor mercis* leugnet. Natürlich kann darunter nur ein doloses Ableugnen nach erfolgtem *in tributum vocare* des Prätors verstanden werden, denn ein vor diesem Dekret erfolgtes Ableugnen hätte den betreffenden *creditor* nur zu einem Antrag an den Prätor, das Deket zu erlassen, berechtigen können. Zweifel an der Richtigkeit von Labeo's Ansicht konnte der Einwand erregen, daß sie dem betreffenden Gläubiger die *tributoria* zu früh gewähre, weil erst abgewartet werden müsse, ob der betreffende Gläubiger bei der Teilung wirklich nicht berücksichtigt werde. Labeo sah das aber wohl mit Recht als eine unbillige Hinhaltung des Gläubigers an. Die *actio tributoria* ist dem Gesagten nach als eine Deliktsklage anzusehen, für welche sie denn auch manche Ältere und Neuere erklärt haben.[1] Für diese Annahme spricht, daß in l. 7 § 2 D. h. t. gesagt wird: *quae actio dolum malum domini coercet*, ein Ausdruck, der nicht in Bezug auf Kontraktsverletzungen, sondern auf deliktische Handlungen gebraucht wird; ferner daß die *tributoria* auch gegen einen Pupillen gegeben wird, dessen Sklave mit Vorwissen des Tutors eine *negotiatio* betrieben, wenn er selbst dolos bezüglich der Teilung gehandelt, etwa zur *merx peculiaris* gehörige Sachen beiseite gebracht hat, vorausgesetzt, daß er *eius aetatis sit, ut doli capax sit* (l. 3 § 2 D. h. t.), welche Bemerkung nur in Bezug auf Delikte einen Sinn hat, zumal hinzugefügt wird, daß seine *scientia non sufficiat ad negotiationem*. Die deliktische Natur der Klage ergiebt sich weiter daraus, daß dieselbe gegen den Erben des dolosen Gewalthabers *de eo duntaxat quod ad eum pervenit* gegeben wird, sowie daraus, daß *ex dolo tutoris vel curatoris* der Pupill oder *furiosus hactenus* haftet, *si quid ad eum pervenerit* (l. 3 § 1 D. h. t.). Es ist gesagt worden, in l. 8 D. h. t. . . . *quia non de dolo est, sed rei persecutionem continet . . . quamvis non aliter quam dolo interveniente competat*, wenn die deliktische Natur der *actio* bestimmt in Abrede gezogen; allein mit den Worten *quia non de dolo est* wird nicht etwa auf die *actio de dolo* hingedeutet (denn daß die *actio tributoria* keine *actio doli* sei, brauchte Julian gewiß nicht zu sagen), sondern es soll damit gesagt werden, daß die *actio* keinen eine *poena* im engeren Sinne nach sich ziehenden *dolus* verfolge, sondern nur auf *rei persecutio* gerichtet sei. Mit den Worten aber derselben l. 8: *quare etiam mortuo servo dominus . . . perpetuo teneri debebit* wird nicht auf den Gegensatz zu den Noxalklagen, sondern zu der gewöhnlichen *actio de peculio* hingewiesen, welche mit dem Ende des *peculium*, also dem Tode der gewaltunterworfenen Person

[1] Vgl. die ältere Litteratur bei Glück, Kommentar XIV, S. 275 A. 99, die neuere bei Mandry, D. gem. Familiengüterrecht II, S. 460 A. 6.

mit erlischt.[1] Da die Klage aus dem *dolus* des Gewalthabers entspringt, so kann sie gegen den Käufer, welcher solchen Sklaven mit dem *peculium* erworben hat, wohl die *actio de peculio*, nicht aber die *tributoria* angestellt werden.

Mit Rücksicht auf die dargelegte Natur der Klage und im Hinblick auf pr. 7 § 2 D. h. t. bin ich der Meinung, daß die Formel derselben etwa folgendermaßen die *factum* konzipirt war, wobei ich mich selbstverständlich nicht der Täuschung hingebe, den Wortlaut der Formel treffen zu können:

Si paret, dolo malo N^i N^i factum esse, quominus merx peculiaris Stichi servi de eius inter eum et ceteros creditores mercis pro rata portione distribueretur, iudex quae N^m N^m A° A° quanto minus A° A° tributum est, quam ex edicto meo oportuit, tantam pecuniam c. s. n. p. a.

Als reipersekutorische Deliktsklage ist die *tributoria* keiner Verjährung unterworfen, der Erbe haftet *ex dolo defuncti*, wie bereits bemerkt wurde, *de eo, quod ad eum pervenit*, aus eigenem *dolus* aber ohne diese Beschränkung (l. 9 § 2 D. h. t.).

Fassen wir endlich noch das Verhältnis der *tributoria actio* zur *actio de peculio* ins Auge. Sie bot gegenüber der letzteren dem *creditor* der *merx peculiaris* verschiedene Vorteile: einmal den, daß nicht alle Gläubiger des betreffenden Gewaltunterworfenen an der *distributio* teilzunehmen berechtigt waren, sondern nur die Gläubiger dieses Geschäfts; ferner, daß keiner der Gläubiger dem anderen das *praevenire* spielen konnte, sondern daß die Lage aller gleich war, derart, daß, falls das Nachkommen noch anderer Gläubiger als möglich schien, der Gewalthaber von den Gläubigern, welche an der Teilung partizipiert hatten, Kaution zu fordern hatte, daß sie das zuviel Erhaltene zurückzahlen würden; endlich, daß der Gewalthaber hier das *privilegium deductionis* nicht hatte, sondern mit seinen Naturalforderungen gegen den Gewaltunterworfenen (allerdings mit allen) den teilungsberechtigten Gläubigern gleichstand. Andererseits brachte auch die *actio de peculio* dem einzelnen Gläubiger Vorteile, die er bei der *tributoria* nicht hatte: einmal den, daß er hier Recht auf Befriedigung ohne Rücksicht auf andere Gläubiger hat; sodann, daß er, wenn nur mit einem Teil des *peculium* das Geschäft betrieben war, aus dem ganzen *peculium* Befriedigung verlangen konnte, und zwar einschließlich der *merx peculiaris*, falls noch keine Teilung derselben beantragt ist, was namentlich dann in Betracht kam, wenn der Gewalthaber keine oder nur unbedeutende Forderungen gegen den Gewaltunterworfenen hatte, deren Betrag er abziehen konnte; endlich, daß er mit der *de peculio actio* auch gegen den Käufer des Sklaven klagen kann. Ulpian[2] sagt nun, daß der Gläubiger wählen müsse, welche Klage er gebrauchen wolle, nach getroffener Wahl könne er nicht noch zu der anderen Klage greifen. Manche nehmen an, daß beide Klagen einander konsumierten. Nach meiner Auffassung der *actio tributoria* kann ich dem nicht zustimmen. Nach Ulpian ist

[1] Keine Beachtung verdient das Argument Mandry's, a. a. O. S. 452, welches aus der Möglichkeit einer *actio tributoria de peculio* entnommen wird. Indessen l. 3 § 1 D. de trib. actione spricht von einer solchen Klage gar nicht. Sie sagt nur, daß jemand, wenn der *vicarius* seines *servus* mit des Herrn Vorwissen eine *negotiatio* betreibt, gegen den letzteren aus den betreffenden Geschäften die *tributoria* geht, wenn ohne Wissen des Herrn, aber mit Wissen des *ordinarius servus*, gegen den Herrn die gewöhnliche *actio de peculio* geht bezüglich des *peculium* des *ordinarius*. Diese letztere wird aus den Kontrakten der Gläubiger, welche mit Vorwissen des *ordinarius servus* mit dessen *vicarius* abgeschlossen sind, gegeben, hat also keine deliktische Grundlage.

[2] L. 9 § 1 D. de trib. 14, 4.

anzunehmen, daß dem Gläubiger, der an sich die eine und die andere *actio* hat, nur die Wahl zwischen den beiden gelassen ist. Hat er die eine angestellt, weil er sie als ihm dienlicher gewählt hat, so kann er nicht auch, wenn er sich vielleicht in seinen Voraussetzungen geirrt, noch auf die Vorteile der anderen Anspruch machen, weil darin eine Unbilligkeit gegen den Gewalthaber und andere Kreditoren liegen würde. Hat er z. B. die *actio de peculio* angestellt, so würde durch sein nachträgliches Beantragen des Teilungsverfahrens der Gewalthaber benachteiligt, der dadurch sein *privilegium deductionis* einbüßen würde; es würde aber auch eine Unbilligkeit gegen die *creditores mercis* vorliegen, welche bereits auf das Teilungsverfahren angetragen haben. Sie sind auf die *merx peculiaris* beschränkt; es wäre unbillig, wenn der Gläubiger, der zur *actio de peculio* gegriffen, sie durch Partizipieren an der *merx peculiaris* beschränken könnte. Hat er aber auf Teilung der *merx peculiaris* angetragen, so wäre es unbillig gegen den Gewalthaber, wenn er seine Forderung gegen die *merx peculiaris* auch noch mit der *actio de peculio* geltend machen und das übrige *peculium* angreifen könnte, da der Gewalthaber doch schon den Nachteil hat, daß er dem beantragten Teilungsverfahren gegenüber sein *privilegium deductionis* verliert; es wäre unbillig auch gegen die Gläubiger des Gewaltunterworfenen, welche, weil sie nicht *creditores mercis* sind, zu dem auf diese bezügliche Distributionsverfahren nicht zugelassen werden können. Durch die Beantragung des Teilungsverfahrens wird die *merx peculiaris* von dem übrigen *peculium* ausgeschieden und dient zur Befriedigung der *creditores mercis;* diese können dann aber auch nicht zur Benachteiligung der übrigen Gläubiger das übrige *peculium* angreifen.

d) Die *actio quod iussu.*

§ 131. Die *actio quod iussu* ist zusammen mit der *actio de peculio* und der *de in rem verso* in einem Edikt versprochen, welches deßhalb von Ulpian als ein *triplex* bezeichnet wird. Nach Gaius' Äußerung im Kommentar zum *edictum provinciale* (l. 1 D. quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur 14, 5): — *sive enim iussu eius, cuius in potestate sit, negotium gestum fuerit, in solidum eo nomine iudicium pollicetur: sive non iussu, sed tamen in rem eius versum fuerit, eatenus introducit actionem, quatenus in rem eius versum fuerit: sive neutrum eorum sit, de peculio actionem constituit* könnte man meinen, daß in dem Edikt zuerst die *actio quod iussu*, dann die *de in rem verso*, dann die *de peculio* versprochen sei; allein Gaius scheint in jener Stelle diese *actiones* nach einem nicht im Edikt selbst befolgten Gesichtspunkt, nämlich danach, ob das betreffende *negotium iussu* oder *non iussu* des Gewalthabers abgeschlossen, zu ordnen. Die im Edikt selbst innegehaltene Reihenfolge giebt Ulpian in l. 1 § 1 D. de peculio 15, 1 an: *Est autem triplex hoc edictum: aut enim de peculio aut de in rem verso aut quod iussu hinc oritur actio;* und dem entspricht die Reihenfolge der Titel in den Digesten XV, 1 de peculio, XV, 3 de in rem verso, XV, 4 quod iussu. — Den Inhalt aber des auf die *actio quod iussu* bezüglichen Ediktsstücks teilt Gaius in der vorher angeführten Stelle mit: wenn mit dem Sklaven oder Sohn *iussu* des Gewalthabers das Geschäft geschlossen ist, will der Prätor deshalb (*eo nomine*) *in solidum* eine Klage gegen den Gewalthaber geben. Das Edikt mag also nach dem Eingange: *Quod cum eo, qui in alterius potestate est, negotium gestum erit* — — in dem auf unsere Klage bezüglichen

Passus so gelautet haben: *si*[1] *iussu eius, cuius in postestate est, negotium gestum erit, (in patrem dominumve) in solidum eo nomine iudicium dabo.*

Der *iussus* ist eine einseitige Willenserklärung des Gewalthabers, welche an keine bestimmte Form gebunden ist, wie des Näheren in l. 1 § 1 D. quod iussu 15, 4 dargelegt ist. Es ist keinesfalls ein Befehl, eine die gewaltunterworfene Person nötigende Verfügung, welcher sie zu gehorchen hat, wie das am klarsten daraus hervorgeht, daß der *iussus* nicht notwendig *specialiter* für einen Kontrakt zu erfolgen braucht, sondern auch *generaliter* erteilt werden kann. Fraglich ist nur, ob der *iussus* eine Richtung gegen eine bestimmte Person haben müsse. Zunächst der Wortsinn des *iussus* weist auf eine Richtung der Willenserklärung gegen eine Person hin. Das bleibt wahr, auch wenn *iussus* hier nicht Befehl, sondern Geheiß bedeutet. Und ein *iussu alicuius contrahere* läßt sich doch nur verstehen als „auf Geheiß jemandes, entsprechend seinem Geheiß kontrahieren". Daß Ulpian es so versteht, geht aus den im Beginn seiner Erörterung über unsere Klage in l. 1 pr. D. h. t. stehenden Worten: — *nam quodammodo cum eo contrahitur qui iubet* klar hervor; und ebenso aus den Worten Gaius I. IV, 70: *nam qui ita,* d. h. *iussu patris dominive negotium gerit, magis patris dominive quam illi servive fidem sequitur.* Ausgeschlossen ist dadurch die Annahme, daß die Zustimmung des Gewalthabers ausdrückende Erklärung weder dem *filius,* bezw. Sklaven, noch dem dritten Kontrahenten ausgesprochen zu werden brauche, sondern auch irgend einer anderen Person, z. B. Zeugen, ausgesprochen werden könne. Das letztere könnte nur als genügend angesehen werden, wenn diese andere Person als Stellvertreter oder *nuntius* gebraucht werden soll; denn Stellvertretung in Bezug auf das *iubere* oder Bewerkstelligung desselben durch einen *nuntius* ist zulässig. Ist der *iussus* keinem der Kontrahenten gegenüber erfolgt, handeln sie also beide ohne Kenntnis des *iussus,* so kontrahieren sie nicht *iussu* des Gewalthabers, der keinem von ihnen gegenüber ausgesprochene *iussus* ist in den Wind gesprochen. Was soll eine Ermächtigung zum Kontrahieren, zumal wenn sie keine Verpflichtungserklärung sein soll, für einen Sinn haben, wenn sie nicht dem zu Ermächtigenden gegenüber erfolgt? Weiter ist aber auch die Behauptung Drechsler's[2], daß in fast allen Gesetzesstellen, welche *ex professo* von den Voraussetzungen der *actio quod iussu* handelten, die Beziehung des *iussus* auf irgend eine bestimmte Person sorgfältig vermieden, vielmehr absichtlich eine die Richtung des *iussus* auf eine bestimmte Person ausschließende Redeweise gewählt sei, unzutreffend. Regelmäßig wird gesagt, die *actio quod iussu* finde statt, wenn *cum servo contractum* oder *negotium gestum* sei. Durch diese Ausdrucksweise wird der, welcher *cum servo contrahit* oder *negotium gerit* als der bezeichnet, welcher *iussu* des Gewalthabers kontrahiere, nicht aber der Gewaltunterworfene, mit welchem kontrahiert wird; und diese in den Äußerungen der Juristen immer wiederkehrende Ausdrucksweise wird der des Edikts entsprochen haben. Der Mangel des *iussus* kann durch nachfolgende Ratihabition des Gewalthabers ersetzt werden, aber auch diese muß ebenso, wie der *iussus,* dem dritten Kontrahenten gegenüber erklärt werden (l. 1 § 6 D. quod iussu 15, 3). Ein Geheiß des Gewalthabers gegenüber dem Gewaltunterworfenen hätte nur Bedeutung, wenn es durch diesen dem Dritten mitgeteilt wäre, stände also mit der Mitteilung des *iussus* an den Dritten durch einen Boten oder einen Brief

[1] Das „*quod iussu*" gehört der Formel an.
[2] Die actio quod iussu (1877) S. 54 f.

auf gleicher Linie. Die *actio quod iussu* gegen den Gewalthaber kann also begründet sein, auch wenn der Gewaltunterworfene selbst als Kontrahent dasselben gar nicht gekannt hat. Man wird auch nicht verlangen können, daß ihm gegenüber der dritte Kontrahent kundgegeben habe, daß er mit ihm im Hinblick auf den *iussus* des Gewalthabers kontrahiere. Daß der *iussus* an den dritten Kontrahenten, nicht an den Gewaltunterworfenen zu richten war, liegt auch in der Natur der Sache, denn nur jener, nicht dieser, sollte darauf ein Recht gegen den Gewalthaber zu stützen haben.

Während die Anstellung des *magister navis* und des *institor* auf die Betreibung des betreffenden Gewerbes für den *exercitor navis* und den Prinzipal geht und nur die Ermächtigung zur Kontrahierung der dafür erforderlichen Rechtsgeschäfte mit Dritten einschließt, geht der für die *actio quod iussu* erforderliche *iussus* des Gewalthabers direkt und lediglich auf Abschluß von *negotia*, *contractus*. Daß aus den verschiedensten *iussu patris dominive* abgeschlossenen Kontrakten die *actio quod iussu* entspringen kann, zeigt l. 10 § 2 D. de fidei. 46, 1: — *et puto ad omnes contractus quod iussu etiam referri.* Ebenso zeigt die Wirksamkeit des *iussus* in Bezug auf die verschiedenartigsten Geschäfte l. 1 § 1 D. h. t.: — *et ideo et si sic contestatus sit: ‚Quod voles cum Sticho servo meo negotium gere periculo meo‘, videtur ad omnia iussisse, nisi certa lex aliquid prohibet.* Die letzten Worte sind wohl auf gesetzlich verbotene Kontrakte zu beziehen, wie aus denselben keine oder keine wirksame Klage gegen den Gewaltunterworfenen selbst entspringt, so kann aus ihnen auch keine *actio quod iussu* gegen den Gewalthaber zustehen. Durch den *iussus* erklärt der Gewalthaber dem Dritten, daß er durch die Geschäfte des Gewaltunterworfenen mit jenem, auf welche der *iussus* sich bezieht, selbst *suo nomine* verpflichtet sein will. Bezieht der *iussus* sich dem Vorhergehenden nach auf obligatorische Kontrakte des Gewaltunterworfenen mit dem Dritten, so kann das an den letzteren gerichtete Geheiß des Gewalthabers, mit dem Gewaltunterworfenen zu kontrahieren, nur wohl einen anderen Sinn haben, als daß auch er selbst durch diese Geschäfte dem Dritten verpflichtet sein will. Ausdrücklich ist dieser Sinn des *iussus* auch in l. 1 § 1 D. h. t. ausgesprochen: *Quod voles cum Sticho servo meo negotium gere periculo meo*, denn daß diese Erklärung neben dem *iussus* noch etwas anderes, nämlich die Verpflichtungserklärung, enthalte, ist eine grundlose Annahme, zumal sie von Ulpian einfach als ein *ad omnia iussisse* bezeichnet wird (vgl. auch l. 9 (8) quod cum eo 4, 26).

In seiner Eigenschaft als Gewalthaber des einen Kontrahenten muß jener dem anderen Kontrahenten diesen Willen, durch das Geschäft der von ihm abhängigen Person auch selbst verpflichtet zu werden, kundgethan haben. Unter dieser Voraussetzung gegen ihn, dem doch aller Erwerb der von ihm abhängigen Person zufloß, die *actio quod iussu* auf den ganzen Betrag der Schuld der letzteren zu geben (wenn der *iussus* so weit reichte), sah der Prätor als im *bonum et aequum* begründet an (l. 1 D. quo cum eo 14, 5). Dem vorher Gesagten entspricht es aber, daß der Gewalthaber, um einen wirksamen *iussus* erteilen zu können, juristisch handlungsfähig sein muß. War z. B. der *dominus* noch Pupill, so konnte er nur *tutore auctore* einen wirksamen *iussus* erteilen. Die *actio quod iussu* kann aus allen Kontrakten des Gewaltunterworfenen begründet sein, mögen dieselben, wie man sich ausdrückt, in Angelegenheiten des Gewalthabers oder in Angelegenheiten des Gewaltunterworfenen vorgenommen sein. Der Gewalthaber kann den *iussus* erteilen, daß der Haussohn sich bei dem

Dritten für eine Schuld des Gewalthabers diesem gegenüber verbürgen möge. Hier ist sicher der *iussus* in einer Angelegenheit des Gewalthabers erteilt. Die *actio quod iussu* kann auch konkurrieren mit der *actio de in rem verso* gegen den Gewalthaber, z. B. wenn der Gewaltunterworfene ein Darlehn für den Gewalthaber aufgenommen und *in rem eius* verwandt hat. Hier ist sicher auch in Angelegenheiten des Gewalthabers kontrahiert. Aber die *actio quod iussu* kann auch mit der *actio de peculio* konkurrieren, wenn der Haussohn für sein *peculium* kontrahiert und dabei nur sein Interesse, nicht das des Gewalthabers, im Auge gehabt hat. Es ist überhaupt für die hier in Betracht kommende Zeit nicht möglich, so scharf zwischen Angelegenheiten des Gewalthabers und denen der von ihm ganz abhängigen Person zu unterscheiden, und wird jedenfalls bei der *actio quod iussu* in den Quellen nicht in dieser Weise unterschieden. Dadurch, daß der Gewalthaber den Dritten anweist, mit der von ihm abhängigen Person zu kontrahieren, erklärt er die Angelegenheit dem Dritten gegenüber für seine eigene, auch wenn das Geschäft vorzugsweise das Interesse des Gewaltunterworfenen beträfe. Das Interesse des Gewalthabers und das des Gewaltunterworfenen sind dann nach dem *bonum* und *aequum* nicht voneinander zu unterscheiden. Besonders wichtig für das Wesen des *iussus*, wie er für die Begründung der *actio quod iussu* erforderlich ist, sind die Stellen, in welchen er einer *fideiussio* des Gewalthabers für den Gewaltunterworfenen gegenübergestellt wird. In der letzteren, sagt Marcellus nach l. 1 § 5 D. quod iussu 15, 4, liege kein *iussus*. *Iubere* und *fideiubere* seien etwas Verschiedenes. Beim *fideiubere* handelt der sich verbürgende Gewalthaber nicht als solcher, für diesen Akt ist seine Eigenschaft als Gewalthaber ganz gleichgültig, diese Bürgschaft hat keinen anderen Charakter, als wenn ein Fremder sie übernähme, oder als wenn er sie für einen seiner Gewalt nicht Unterworfenen übernähme. Den *iussus* aber erteilt er dem Dritten in seiner Eigenschaft als Gewalthaber des anderen Kontrahenten und übernimmt dadurch die Obligation desselben auch auf sich wie eine eigene. Ganz konsequent wird daher darin, daß eine Frau den *iussus* erteilt, ihrem Sklaven ein Darlehn zu geben, keine unwirksame Intercession gesehen; sie erklärt damit nur die Obligation des von ihr abhängigen Sklaven auch für ihre eigene (l. 25 D. ad. S. C. Vellei. 16, 1). Verbürgt sie sich aber für den Sklaven, so steht ihr gegenüber der Klage des Gläubigers die *exceptio Scti Vellejani* zu, *nisi pro suo negotio hoc fecerit*, welchen Falls keine wahre Intercession vorliegen würde; während beim *iussus* gar nicht unterschieden wird, ob sie denselben *pro suo negotio* erteilt habe, oder nicht.

Als einseitiger Akt des Gewalthabers kann der *iussus* rechtzeitig, d. h. bevor demselben gemäß mit dem Gewaltunterworfenen kontrahiert ist, dem Dritten gegenüber widerrufen werden.

2. Die prätorischen Noxalklagen.

§ 132. Nach Gaius IV, 75: *constitutae sunt noxales actiones aut legibus aut dicto praetoris.* Als *leges*, durch welche *actiones noxales* aufgestellt sind, führt er die *lex XII tabularum* und die *lex Aquilia* an, und aus den Digesten sind auch nur diese beiden Gesetze als Noxalklagen anordnend bekannt. Neuerlich ist durch das von Pfaff und Hofmann herausgegebene *Fragmentum de Formula Fabiana*[1] noch ein anderes Gesetz, die *lex Plaetoria* oder *Laetoria (de circum-*

[1] S. 5.

scriptione adolescentium) als ein Noxalklagen begründendes bekannt geworden. In diesem Fragment (Verso Z. 1) werden erwähnt: *Laetoriae noxales sunt ita (dum)*. Der Plural *(noxales)* macht zugleich wahrscheinlich, daß hier von mehreren aus der *Laetoria* oder dem sich an sie anschließenden Recht entspringenden *actiones noxales* die Rede war. Licht ist dadurch einmal auf l. 7 § 3 D. de minor. 4, 4 gefallen, wonach, wenn ein Sklave oder Haussohn einen Minderjährigen übervorteilt hat, und volle Entschädigung weder durch Herausgabe des an den Gewalthaber Gelangten noch aus dem *peculium* des Gewalt unterworfenen geleistet ist, falls ein *dolus* des Sklaven bei der Übervorteilung vorgekommen, der letztere auszupeitschen oder *noxae* zu dedieren ist. Noch wahrscheinlicher ist jetzt aber auch, daß in dem Katalog der Ehrlosen der *lex Iulia municipalis lin.* 111, 112 mit den Worten: *queive lege Plaetoria eamve rem, quod adversus eum legem fecit fecerit, condemnatus est erit* zwei Rechtsmittel gegen den Übertreter der *lex Plaetoria* gemeint sind. Doch läßt die Ausdruckweise der Stelle es als möglich erscheinen, daß das eine dieser Rechtsmittel unmittelbar durch die *lex Plaetoria*, das andere *(quod adversus eum legem fecit fecerit)* durch ein an dieses Gesetz sich anschließendes prätorisches Edikt angeordnet war. In zusammenfassendem Ausdruck hätten doch beide als *actiones legis Plaetoriae* bezeichnet werden können.

Als Beispiele durch das Edikt aufgestellter Noxalklagen führt Gaius die *actio iniuriarum* und die *vi bonorum raptorum* an. Aus den Digesten kennen wir noch manche andere, Klagen aus honorarischen Delikten oder Quasidelikten, welche nach ausdrücklichem Versprechen des Edikts oder nach dem Ausspruch der Juristen Noxalgestalt annehmen können: so die *actio de ea corrupto*,[1] die *actio in factum* gegen den, welcher den *in ius vocatus vi eximit*,[2] die *actio in factum* gegen den, *qui impedit aliquem iudicio sisti*,[3] die *actio quod metus causa*,[4] die *actio de dolo*,[5] die *actio de servo corrupto*,[6] die *actio si mensor falsum modum dixerit*,[7] die *actio in factum* gegen *nautae, caupones, stabularii*,[8] die *actio de deiectis et effusis*,[9] die *actio de posito et suspenso*,[10] die *in factum actio* gegen den, *qui, cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur* und den *qui dolo malo adhibuit, ut alius auctoraretur inscius*,[11] die *actio in factum* gegen den, welcher den *in possessionem* Eingewiesenen nicht zugelassen hat,[12] die *actio si familia furtum fecisse dicetur*[13] und die Klage, *quod familia publicanorum furtum fecisse dicetur*,[14] die vom Prätor im Edikt aufgestellte *actio arborum furtim caesarum*,[15] die *actio sepulchri violati*,[16] neben welchen es gewiß noch verschiedene andere nicht speziell genannte gegeben haben wird.

Wir wissen, daß nach der *lex Aquilia*, wenn ein Sklave *sciente domino* (so daß dieser das Delikt verhindern konnte) die betreffende Sachbeschädigung

[1] L. 9 D. de iurisdict. 2, 1. [2] L. 1 § 1 D. ne quis eum 2, 7.
[3] L. 1 § 5, l. 2 D. de eo, per quem factum est 2, 10.
[4] L. 16 § 1 D. quod metus causa 4, 2.
[5] L. 16 D. ad exhib. 10, 4; l. 9 §§ 4 u. 4a D. de dolo 4, 3.
[6] L. 5 § 3 D. de serv. corrupto 11, 3.
[7] L. 3 § 6 D. si mensor falsum mod. dixerit 11, 6.
[8] L. 7 § 4 D. nautae caupones 4, 9. [9] L. 1 pr. D. de his qui effuderint 9, 3.
[10] L. 5 § 6 D. eod. tit. [11] L. 9 § 1 D. quod falso tutore 27, 6.
[12] L. 17 pr. D. de damno inf. 39, 2.
[13] L. 31 D. de noxal. a. 9, 4 u. l. 9 D. de iursd. 2, 1.
[14] L. 12 pr. § 1 D. de public. 39, 4. [15] L. 7 § 5 D. arbor. furtim caesar. 47, 7.
[16] L. 3 § 11 D. de sepulchro violato 47, 12.

begangen, der Herr jedenfalls *suo nomine* haftete, daneben aber bestritten war, ob er auch *servi nomine* mit *noxalis actio* belangt werden konnte. Das Edikt folgte nun bei den von ihm aus Sklavendelikten versprochenen Klagen einer etwas anderen Auffassung. Diese Klagen waren ja *in factum actiones*, in der Quasiintentio derselben wurde kein *dare oportere* oder *dare facere oportere* angegeben: es wurde einfach die betreffende deliktische That bezeichnet. Das Edikt gab natürlich die fortgeschrittenere Auffassung der *lex Aquilia* nicht auf, nach welcher, falls der Sklave *sciente domino* das Delikt begangen hatte, gegen den Herrn eine Klage gegeben werden mußte, bei welcher ihm das Recht der *noxae deditio* nicht zustand; aber der Unterschied, daß im Fall des *insciente domino* begangenen Sklavendelikts der Herr als *servi nomine*, im Fall des *sciente domino* begangenen derselbe als *suo nomine* haftend in der *intentio* bezeichnet wurde, war hier nicht durchzuführen. In beiden Fällen wurde in der *intentio* dieser prätorischen *in factum actiones* der Sklave als derjenige bezeichnet, der das Delikt begangen. Hatte er es mit Wissen des Herrn begangen, so wurden die Worte *sciente domino*, hatte er es ohne Wissen desselben begangen, die Worte *insciente domino* hinzugefügt, und im ersteren Fall nach der *condemnatio* die Worte *aut noxae dedere* hinzugefügt, im letzteren Fall weggelassen. Infolge dieses Zusatzes lag es im *officium* des *iudex*, vor der *condemnatio* an den Beklagten ausdrücklich die Anfrage zu richten, ob er den Sklaven *noxae* dedieren wolle. Darin liegt eine Ähnlichkeit der Noxalklagen mit den *actiones arbitrariae*, mit welchen sie, freilich ungenau, im § 31 I. de act. 4, 6 zusammengestellt werden. Falls von der *facultas* der *noxae deditio* nicht Gebrauch gemacht wurde, kam es zur *litis aestimatio* nach der Anweisung der *condemnatio* in der Formel, welche lautete: *tanti condemna, quanti si liber fecisset.* Arg. l. 1 pr. § 1 D. si familia 47, 4. Formell wurde also der *dominus* in beiden oben bezeichneten Fällen *servi nomine* haftbar gemacht, denn der Sklave wurde allein als die That begangen habend in der *intentio* bezeichnet. Materiell aber haftete der Herr, wenn die That mit seinem Wissen begangen war, namens des Sklaven unbedingt, einerlei, ob er ihn später veräußert hatte oder nicht. Das Gewähren der Klagen in beiden Formen wird als ein *in dominum iudicium dare*, die eine *cum noxae deditione*, die andere *sine noxae deditione* oder *detracta noxae deditione* bezeichnet.[1] Auch bei der *actio detracta noxae deditione* lautete die *condemnatio* der Formel wohl auf *tanti condemna, quanti si liber fecisset.* Bei den civilrechtlichen Noxalklagen aber haftet der Herr, falls der Sklave *sciente domino* das Delikt begangen hat, *suo nomine*, falls *insciente domino, servi nomine:* im ersteren Fall ging gegen ihn die *directa actio*, im zweiten Fall die *noxalis actio.*

Es giebt Noxalklagen, die noch besondere Eigentümlichkeiten haben. In l. 17 § 4 D. de iniur. 47, 10 heißt es bezüglich der *iniuriarum noxalis actio: id in arbitrio domini est, an velit eum verberandum exhibere, ut ita satisfiat ei, qui iniuriam passus est: neque erit necesse domino utique eum verberandum praebere, sed dabitur ei facultas praestare ei servum verberandum aut, si de eo verberibus fieri non fiat, noxae dedendum vel litis aestimationem sufferendam.* Gleiches äußert bezüglich der *legis Lastoriae noxalis actio* l. 24 § 3 D. de minor. 4, 4: *Si servus*

[1] Nach l. 4 § 3 D. de nox. act. 9, 4 kann auch nach der Litiskontestation vor dem Urteil der Kläger von der Klage *detracta noxae deditione* zu der *cum noxae deditione* oder umgekehrt übergegangen, nur mußte natürlich in solchem Fall die Formel vom Prätor entsprechend geändert werden, was aber vor erfolgtem Urteil ohne weiteres zu erreichen war. Nicht treffend ist die Auffassung von Baron, Abhandl. aus d. röm. Civilprozeß II, S. 51 ff.

vel filiusfamilias minorem circumscripserit, pater dominusve quod ad eum pervenit restituere iubendus est, quod non pervenerit ex peculio eorum praestare: si ex noxa satisfiet et dolus servi intervenerit, aut verberibus castigandus aut noxae dedendus erit. Die neueren Bearbeiter des Edikts haben auf Grund der ersten Stelle wunderbare Formeln konstruiert. So nimmt LENEL[1] hier eine eigentümliche *arbitraria actio* an, die die Kondemnation etwa von einem

nisi N° N° eum servum arbitratu tuo verberandum exhibebit

abhängig machte. In Wahrheit muß aber der Herr *in iure* seine Wahl treffen, ob er den Thäter *ad verberandum* prästieren oder eine Noxalklage übernehmen will. Wählt er das erstere, so wird *arbitratu* eines ernannten *iudex* der modus *verberum* festgesetzt. Daß die Sache so zu denken ist, zeigt § 6 desselben Fragments, welcher den Fall als denkbar statuiert, daß der Beleidigte, nachdem der Sklave *arbitratu iudicis* seine Prügel empfangen, *postea agere iniuriarum* per *severat,* und dies deshalb als nicht zulässig erklärt, weil „*qui accepit satisfactionem, iniuriam suam remisit*". Wäre die *iniuriarum noxalis actio* bereits angestellt, so müßte ja die *actio* als bereits konsumiert bezeichnet werden. — Es giebt sodann Noxalklagen, welche wegen Vergehens der *familia*, der Sklavenschaft des betreffenden Herrn angestellt werden. Dahin gehört zunächst der Fall, *si familia furtum fecisse dicetur.* Hier wird durch eine Ediktsbestimmung gegen den Herrn der *familia*, zu welcher die Delinquenten gehören, falls ein Delikt ohne sein Wissen begangen ist, eine *actio* gegeben, nach deren Formel dem Beklagten die Wahl gegeben ist, die schuldigen Sklaven anzugeben und *noxae* zu dedieren, oder eine *litis aestimatio* in dem Betrage zu zahlen, wie wenn ein Freier das *furtum* begangen hätte. Natürlich war die *intentio* hier auf: *si paret, familiam N^i N^i fecisse* abgestellt. Strenger verfuhr man, *si familia alicuius album corruperit.* Unrichtig behauptet LENEL[2], eine Noxalklage sei in diesem Fall überhaupt nicht gegeben. In l. 9 D. de iurisdictione 2, 1 heißt es: *non similiter hic edicitur ut in furto, ne in reliquos actio detur, si tantum dominus cum defendere voluit, unius nomine praestiterit, quantum liber praestaret,* d. h. der Herr soll hier nicht damit abkommen, die *litis aestimatio* in dem Betrage zu bezahlen, wie wenn ein Freier das Delikt begangen; sondern er soll entweder alle Schuldigen *noxae* dedieren oder für jeden Delinquenten die *litis aestimatio* bezahlen. Octavenus wollte auch in diesem Falle das mildere Verfahren des *edictum de furtis* eingeschlagen wissen, was Paulus nur unter einer bestimmten Voraussetzung billigt. — Über die Eigentümlichkeit der in den beiden Publikanenedikten versprochenen Noxalklagen ist bereits früher ausführlich gehandelt. Auch bei diesen Noxalklagen wird die *intentio* auf *si paret familiam fecisse* gelautet haben. Der Klage muß hier *in iure* eine Aufforderung zum Exhibieren der Schuldigen vorausgegangen sein, denn nach dem Erfolg dieser Aufforderung richtete es sich, ob die Klage *in dominum* oder *dominum cum noxae deditione* oder *sine noxae deditione* gegeben wurde.

Eigentümlich wieder ist bei der *actio de damno in turba dato* und der *actio de incendio ruina* u. s. w., wenn die That von Sklaven verübt ist, die Haftung des Herrn. Hier heißt es nicht: *in dominum,* sondern *in servum et in familiam iudicium dabo,* d. h. hier findet schlechthin Haftung des Herrn *in solidum* statt, mag er um die That gewußt haben oder nicht, die Haftung *in solidum* wird hier also nicht durch den Zusatz *sciente domino* motiviert.

[1] D. ed. perp. S. 324. [2] A. a. O. S. 46.

Zu den Noxalklagen gehört auch die *actio de pauperie*, die hier noch kurz betrachtet sein möge. Von ihr heißt es ausdrücklich: *ex lege duodecim tabularum descendit*, sie muß also, wie VOIGT[1] und LENEL[2] mit Recht annehmen, eine *formula in ius concepta* gehabt haben. Damit steht es aber nicht im Einklang, wenn LENEL seine Formel beginnen läßt: *Si paret quadrupedem pauperiem fecisse q. d. r. a.*, denn das ist *in factum* konzipiert. Unrichtig ist auch die Behauptung, daß § 3 *„Ait Praetor"* interpoliert sei und das darauf Folgende der Formel angehöre. Die *actio in ius concepta* war unter der Rubrik: *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* proponiert, und Ulpian kommentierte die Rubrik. Der *intentio* der *a. de pauperie* wird, wie der *intentio* der übrigen civilen Noxalklagen, eine *demonstratio* vorausgegangen sein, etwa *Quod quadrupes* (z. B. *equus*) *N^i N^i A° A° pauperiem fecit*, woran sich dann die *intentio* etwa in folgender Fassung angeschlossen haben wird: *quam ob rem si paret N^{um} N^{um} A° A° noxiam sarcire oportere* u. s. w. Die Bestimmung der XII Tafeln über das Recht der *noxae deditio* bei dem durch eine *quadrupes* zugefügten Schaden sowie die entsprechende bei den Sklavendelikten ist uns nicht erhalten, ebenso nicht die der *lex Aquilia*. Den Sinn derselben giebt aber deutlich pr. I. si quadrupes 4, 9 in folgenden Worten an: *quae animalia si noxae dedantur, proficiunt reo ad liberationem, quia ita lex XII tabularum scripta est.* Also die Bestimmung derselben verpflichtet nicht alternativ zum Schadensersatz oder zur *noxae deditio*, sondern sie legt nur der *noxae deditio* befreiende Wirkung bei. Derselbe Sinn ergiebt sich aus l. 6 § 1 D. de re iud. 42, 1. Hier wird der Inhalt der aus dem Judikat: *decem aut noxae dedere* entspringenden Obligation, welche inhaltlich dem der ursprünglich aus dem Delikt entsprungenen Obligation (abgesehen von der etwaigen Abschätzung des Schadens zu Geld) ganz gleich ist, dahin bestimmt: *in decem tenetur, facultatem enim noxae dedendae ex lege* (nämlich *XII tabularum* oder *Aquilia*) *accipit*, d. h. wenn die Verpflichtung bezw. das Recht auch auf *decem* geht, so giebt doch das Gesetz die *facultas*, sich davon durch *noxae deditio* zu befreien. Es wird dann die Verpflichtung aus einer Stipulation auf *decem dare aut noxae dedere*, welche eine wirkliche alternative Obligation hervorbringt, mit jenem Judikat verglichen. Der *stipulator* kann daraus (vorausgesetzt, daß der Schuldner, wie gewöhnlich, wahlberechtigt ist) nicht schlechthin *decem petere*; dies würde er nur können, wenn er sich schlechthin *decem* hätte promittieren lassen, wie er auch auf *noxae dedere* klagen könnte, wenn er sich schlechthin das *noxae dedere* hätte promittieren lassen. Aber ein *iudicium solius noxae deditionis* (aus einer *pauperies* oder einem Sklavendelikt) *nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur.* Kondemniert wird also immer nur auf die *litis aestimatio.* Die *noxae deditio in solutione est, quae e lege tribuitur.* Daß diese Auffassung des Rechts der *noxae deditio* zur Zeit der Abfassung der XII Tafeln noch nicht bestanden habe, sondern erst in der Wissenschaft entstanden sei, während die Verfasser der XII Tafeln und der darauf gebauten Legisaktionen über derartige Subtilitäten sich noch nicht den Kopf zerbrochen hätten, ist nach dem der Dargelegten ganz unbegründet. Die weitere Frage LENEL's, ob denn die *intentio*, wie er sie fasse *(quam ob rem N^m N^m A° A° aut noxiam sarcire aut in noxam dedere oportet)*, einer wissenschaftlichen Interpretation dieser Art (wonach *noxae deditio* nur *in solutione* sein soll) unübersteigliche Hindernisse in den Weg setze, muß mit einem entschiedenen Ja beantwortet werden, denn nach jener

[1] Ius naturale III, S. 798. Abhandl. der kgl. sächs. Ges. d. Wissensch. VI, S. 132.
[2] A. a. O. S. 154 f.

Fassung der *intentio* ist der Beklagte alternativ verpflichtet zum *noxiam serv* oder zum *noxae dedere*. Die alte juristische *interpretatio* hätte bei solcher Fassung der Zwölftafelbestimmung bezw. der darauf sich stützenden *legis actio* nur eine alternative Obligation annehmen können. Es wäre nicht abzusehen, wie sich später die abweichende Auffassung, wonach die *noxae deditio* nur *in solutione* war, hätte bilden können. Die Juristen selbst drücken sich in ihren Äußerungen über das Verhältnis zwischen dem Schadensersatz und der *noxae deditio* nicht immer präzis aus. Wenn sie aber die Wahl lassen, wie Paul. Sent. rec. I 15, 1, zwischen dem *damni aestimationem subire aut quadrupedem dedere*, so ist klar genug die *damni aestimatio* als der einzige Inhalt der *condemnatio*, die doch auf Geld gehen muß, bezeichnet, und das *quadrupedem dedere*, welches ja *in natura* nicht in Geld zu geschehen hat, vom Inhalt der *condemnatio* ausgeschlossen und als ein bloßer Zusatz, ein Anhängsel derselben charakterisiert. Präziser allerdings ist die Ausdrucksweise in dem Reskripte Gordian's, l. 2 C. de nox. act. 3, 41: — *cum ex delictis servorum domini ignorantes vel prohibentes — — ita condemnari debeant, ut aut noxae dedere aut condemnationem sufferre habeant in sua potestate.*

Auch die Möglichkeit, daß zur Zeit des Legisaktionenprozesses die *facultas noxae dedendae* in der *intentio* Erwähnung gefunden habe, glaube ich jetzt nicht mehr statuieren zu dürfen.[1] In der *intentio* kann nur das Recht Ausdruck gefunden haben, welches nur auf Schadensersatz ging. Die *noxae deditio* bezieht sich auf die Durchführung, die Erfüllung des Rechts: sie gewährt dem Verpflichteten die Möglichkeit, dem dem Recht entsprechenden Inhalte der Erfüllung etwas anderes zu substituieren und sich dadurch zu befreien. Diese *facultas lege tribuitur*, der *iudex* muß sie berücksichtigen, auch wenn sie in der Rechtsbehauptung der *legis actio* keine Erwähnung findet bezw. finden kann.

Eine Voraussetzung der Verpflichtung, das *noxale iudicium pro servo* oder *pro quadrupede* zu übernehmen, ist das Eigentum am Sklaven bezw. an der *quadrupes*. Ist der *dominus* abwesend oder nimmt der *praesens dominus* nicht einmal die *noxae deditio* vor, so findet auf Antrag des Verletzten die *ductio iussu praetoris* statt.[2] Ein anderer, als der Eigentümer, wird nur *cum satisdatione* zur Übernahme des *noxale iudicium* zugelassen, während der Eigentümer, der für seinen eigenen Sklaven das *noxale iudicium* übernimmt, keine *satisdatio* zu leisten braucht. Gegen den Verlust, welchen der gutgläubig abwesende *dominus* oder auch der anwesende dem ein Restitutionsgrund zur Seite steht, durch die *ductio iussu praetoris* erlitten hat, kann Restitution erteilt werden, d. h. durch Dekret des Prätors ist der durch die *ductio* Eigentümer Gewordene dazu anzuhalten, den Sklaven zu exhibieren, damit jetzt noch vom früheren Eigentümer das *noxale iudicium* für ihn übernommen werde, zu welchem Zweck natürlich dem durch die *ductio* Eigentümer Gewordenen die Noxalklage restituiert werden muß. Dieselbe Restitution soll in gleichem Fall auch dem Pfandgläubiger und Usufruktuar zugestanden werden. Daß diese aber das *iudicium noxale* ohne Satisdationsleistung, gleich dem Eigentümer, übernehmen könnten, wie Bekker[4] und, ihm folgend, Lenel[5] annehmen, ist nirgends gesagt. — Wenn auch nicht ursprünglich, so doch nach späterem Recht sind auch der *bonae* sowie der *malae fidei possessor* eines Sklaven verpflichtet, das *noxale iudicium* für ihn *(cum satisdatione)* zu übernehmen oder ihn *noxae* zu dedieren, wenngleich diese *noxae deditio* hier

[1] D. röm. Civilpr. z. Z. der Legisaktionen S. 121 f. [2] L. 39 § 1 ff. de nox. act. 9, 4.
[3] L. 2 § 1 D. si ex noxali causa 2, 9; l. 26 § 2; l. 32 D. de nox. a. 9, 4.
[4] Recht des Besitzes S. 51 f. [5] Edictum S. 125 A. 3.

Eigentum übertragen konnte. Ist der Sklave, bezüglich dessen Noxalklage erhoben werden soll, selbst abwesend, so kann dennoch vom Eigentümer für ihn das *iudicium* übernommen werden, nicht aber von einem Nichteigentümer. Ist es zweifelhaft, ob der Sklave ein eigener des zu Belangenden oder ein fremder sei, so soll ein *bonae fidei possessor* auch für den abwesenden Sklaven das *iudicium* übernehmen können. Bei solchen Zweifeln kann nun aber auch der Verletzte von dem Interrogationsverfahren Gebrauch machen. Welche Stellung die *interrogationes in iure faciendae* im Hadrianischen Edikt gehabt haben, ist bis jetzt nicht genügend klargestellt. LENEL[1] hat auf eine auch von ein paar anderen Schriftstellern bemerkte systematische Differenz zwischen den Ediktswerken hingewiesen, die eine Erklärung verlangt. Ulpian (und anscheinend stimmt Julian in den Digesten mit ihm überein) behandelt in Buch 15—23 namentlich *hereditatis petitio, rei vindicatio* und *Publiciana,* civile Schadensklagen, Teilungsklagen, Bürgschaft, *interrogatio in iure* über die Erbenqualität, Eid, *interrogatio in iure* bei Noxalklagen, prätorische Schadensklagen. Paulus dagegen (mit welchem Gaius im Kommentar zum Provinzialedikt übereinzustimmen scheint) behandelt in Buch 17—25 zuerst die Edikte über *interrogatio in iure,* Eid und verwandte Materien, dann das Publicianische Edikt und prätorische Schadensklagen, dann erst *hereditatis petitio, rei vindicatio,* Servitutsklagen, civile Schadensklagen, Teilungsklagen, Bürgschaft. Wir wollen, um diese allerdings auffällige Erscheinung zu erklären, von den *interrogationes in iure faciendae* ausgehen. Die beiden jedenfalls wichtigsten *interrogationes* (ob bezw. welche andere es gegeben hat, kommt hier nicht in Betracht), nämlich die *interrogationes an heres sit* und *an servus in potestate sit,* sind, wie schon Demelius[2] bemerkt hat, von den Ediktskommentatoren in unmittelbarer Nachbarschaft behandelt, nämlich von Ulpian im 22. und 23. Buch, von Paulus im 17. und 18. Buch. Daraus darf man aber nicht mit DEMELIUS auf eine dieselben zusammenfassende Rubrik der Julianischen Ediktsredaktion schließen, sondern nur, daß die Kommentatoren es für zweckmäßig erachtet haben, die beiden, wie Demelius zugiebt, ganz verschiedenen Edikte, welche doch aber auch ihr Gemeinsames hatten, in unmittelbaren Anschluß aneinander zu behandeln. Daß jene beiden *interrogationes* in der Julianischen Ediktsredaktion (und zwar wohl im Anschluß an die älteren Edikte) an verschiedenen Stellen standen, kann man aus der verschiedenen Stellung schließen, welche den *interrogationes* im Kommentar des Ulpian bezw. den Digesten Julian's einerseits und im Kommentar des Paulus bezw. des Gaius andererseits angewiesen ist. Bei Ulpian folgen sie auf *hereditatis petitio, rei vindicatio* und *Publiciana,* civile Schadensklagen, Teilungsklagen, Bürgschaft und stehen vor den prätorischen Schadensklagen; bei Paulus stehen sie nebst Eid etc. vor dem Publicianischen Edikt, den prätorischen Schadensklagen, der *hereditatis petitio, rei vindicatio,* den Servitutsklagen, den civilen Schadensklagen, Teilungsklagen, der Bürgschaft. Es giebt das einen Fingerzeig dafür, daß die *interrogatio an heres sit* samt Eid im Julianischen Edikt vor der *hereditatis petitio, rei vindicatio, Publiciana* u. s. w. stand, die *interrogatio an servus in potestate sit* nach diesen Materien vor den prätorischen Schadensklagen stand. Die Kommentatoren, welche beide *interrogationes* zusammenziehen wollten, hatten zwischen diesen beiden Stellungen die Wahl: Ulpian behandelte sie an der Stelle, welche die *interrogatio an servus in potestate sit* im Julianischen Edikt einnahm, Paulus dagegen zog die Stelle vor, welche der *inter-*

[1] **Edictum** S. 7 f. [2] D. *confessio* im röm. Civilpr. S. 250.

rogatio an heres sit in diesem Edikt zugewiesen war, und das zog für ihn die prätorischen Schadensklagen, von denen die *interrogatio an servus in potestate sit* nicht trennbar schien, nach sich. Weshalb Paulus allein von allen die *Publiciana* nicht nach der *rei vindicatio,* sondern vor derselben behandelte, bleibt dunkel und hat wohl mit der Stellung der *interrogationes* nichts zu thun. Die *interrogatio an heres sit* bezw. *quota ex parte heres sit* interessiert uns an dieser Stelle nicht weiter, wir haben es im folgenden nur noch mit der *interrogatio an servus in potestate sit* zu thun. Diese hat aber noch eine doppelte Richtung. Ebenso nämlich, wie zur Vorbereitung der Geltendmachung einer Erbschaftsforderung an den Gegner die Frage gerichtet werden kann, ob er *heres* sei, kann zur Vorbereitung der Geltendmachung einer *actio noxalis* (mag sie eine civilrechtliche oder prätorische sein) die Frage an ihn gerichtet werden, ob er Eigentümer des Sklaven, der die *noxae* begangen, sei. Erteilte der Gefragte auf diese Frage bejahende Antwort, so wurde aus dieser *responsio* gegen ihn eine *interrogatoria noxalis actio* gegeben, so daß für den *iudex* durch die Erteilung dieser Formel die Frage, ob der Beklagte Eigentümer des Sklaven sei, nicht mehr zu untersuchen war. Lenel[1] meint freilich, in solchem Falle sei das gewöhnliche *iudicium cum noxae deditione* erteilt; indessen die auf Frage erteilte Antwort macht an sich noch kein formelles Recht, ihr Inhalt nicht ohne weiteres *pro veritate accipitur;* ohne Erteilung einer besonderen *interrogatoria actio* würde bei gewöhnlichem *iudicium noxale* der Beklagte nicht gehindert sein, vor dem *iudex* sein Eigentum doch in Abrede zu stellen. Der Ausspruch der l. 11 § 1 D. de interrog. 11, 1: *Si quis, cum heres non esset, interrogatus responderit ex parte heredem esse, sic convenietur, atque si ex ea parte heres esset: fides enim ei contra se habebitur* hat nur den Sinn, daß auf die bejahende *responsio* eine derselben entsprechende Klagformel, eine *interrogatoria actio,* gegeben wird. Daß eine solche Klage aus der *responsio servum suum esse* gegeben wurde, zeigen die Stellen, welche besagen, daß, wenn jemand *servum alienum suum esse* respondiert hatte, durch die *litis contestatio* mit ihm der wahre Eigentümer des Sklaven befreit wurde. Es gab hier zwei *actiones noxales* aus derselben Ursache, die *interrogatoria* gegen den, welcher respondiert, daß der *servus alienus* sein seinige sei, und die gewöhnliche gegen den wahren Eigentümer; war die erstere bis zur *litis contestatio* gediehen, so war dadurch die andere konsumiert. Dem besteht hier noch ein Unterschied. Es kann ein Nichteigentümer die *responsio servum alienum suum esse* in der Absicht geben, um nicht bloß formell, sondern auch materiell die *defensio* des Sklaven zu übernehmen, vielleicht, weil er sich für den Eigentümer hält. Es kann aber auch ein Nichteigentümer nur formell etwa für den abwesenden Eigentümer, um diesen zu vertreten, durch die *responsio servum suum esse* die *defensio* des fremden Sklaven übernehmen, als nicht die gewöhnliche Form der *defensio* eines anderen beobachten, um durch solches Manöver der *satisdatio* zu entgehen. Wenngleich auch er mit der *noxalis (interrogatoria) actio* haftet, muß er doch *causa cognita* die *satisdatio* leisten; es wird also trotz der *interrogatoria actio* gegen ihn angenommen, daß er die *defensio* für einen fremden Sklaven übernommen habe. Leugnet aber der Gefragte, daß der schuldige Sklave in seinem Eigentum sei, so kann gegen ihn als fälschlich Leugnenden, die *noxalis actio sine noxae deditione* angestellt werden, welche auch wohl zulässig war, wenn er auf die an ihn *in iure* gerichtete Frage schwieg. Diese *actio noxalis sine noxae deditione* gegen den Leugnenden

[1] A. a. O. S. 126.

ervum suum esse, ist zwar nicht aus den Quellen nachzuweisen, wohl aber für die ganz entsprechende *actio de pauperie* durch l. 1 § 15 D. si quadrupes 9, 1.

Die *interrogatio in iure* hat aber bei den Noxalklagen noch eine andere Richtung, auf welche sich das in l. 21 § 2 D. de nox. act. 9, 4 enthaltene Edikтsstück bezieht. Wer sein Eigentum, die rechtliche *potestas*, an dem schuldigen Sklaven in Abrede stellt, kann das *iudicium noxale recusare*, aber es kann das Interrogationsverfahren gegen ihn stattfinden. Das besagt klar der Ausspruch des Gaius in l. 29 D. de noxal. a. 9, 4: *Non solum autem qui in potestate non habet, recusare potest noxale iudicium*, in welchem *potestas* die rechtliche *potestas* bedeutet. Derjenige aber, der sein Eigentum am Sklaven ohne vorherige *interrogatio* gar nicht leugnet, hat nur die Wahl zwischen der *noxae deditio* und dem *iudicium suscipere*. Will er nicht *noxae* dedieren, so muß er das *iudicium noxale suscipere;* er hat dann keine Wahl mehr. Das bedeutet das Wort *omnimodo* in l. 21 pr. D. de nox. a. 9, 4, es bedeutet nicht etwa das *iudicium sine noxae deditione*, was ja schon daraus hervorgeht, daß in unmittelbarem Anschluß daran gesagt wird: *sed non alias condemnabitur, quam si in potestate habeat dolove malo fecerit quo minus haberet.* Verurteilt kann er nicht anders werden, als wenn ihm nachgewiesen ist, daß er den Sklaven in seiner faktischen Gewalt habe oder dolos selbst bewirkt habe, daß er ihn nicht darin hat. Die rechtliche *potestas*, das Eigentum am Sklaven, ist eine Voraussetzung des in der *intentio* zum Ausdruck kommenden Rechts; sie muß zur Zeit der Litiskontestation vorhanden sein. Die faktische *potestas* ist nur eine Voraussetzung der Geltendmachung des Rechts: der *condemnatio*. Auch bezüglich dieser faktischen *potestas* ist aber dem Verletzten ein Interrogationsrecht eingeräumt, um ihm die Durchführung seines Anspruchs gegenüber gewissenlosem Leugnen u. s. w. des zu Belangenden zu erleichtern. Der Fall der Bejahung der an diesen gerichteten Frage, ob er den schuldigen Sklaven *in sua potestate* habe, ist in dem uns erhaltenen Edikt nicht erwähnt; daß aber schließlich eine besondere Folge eintreten konnte, ist namentlich aus l. 22 § 3 D. de nox. a. 9, 4 klar zu ersehen. Hier wird, wenn der *dominus* bekannt hat, daß er den Sklaven *in sua potestate* habe, unterschieden, ob der Sklave *absens* oder *praesens* ist. Den *absens servus* muß der *dominus* hier entweder herbeischaffen oder das *noxale iudicium* für ihn übernehmen. Thut er keines von beiden, so wird er gestraft, wie wenn er den *praesens servus* nicht *noxae* dediert hat. Den *praesens servus* muß er, wenn er das gewöhnliche *noxale iudicium* für ihn nicht übernehmen will, *noxae* dedieren. Thut er auch das nicht, so wird er bestraft, d. h. es wird das *iudicium sine noxae deditione* gegen ihn gegeben. So heißt es auch in l. 29 D. eod. tit.: — *verum et habenti in potestate liberum est evitare iudicium* — — *huic necesse est ius suum ad actorem transferre, perinde ac si damnatus esset.* Und auf Gleiches weist hin l. 21 § 4 eod. tit.: *Quodsi reus iurare nolit, similis est qui neque defendit absentem neque exhibet: qui condemnantur quasi contumaces.* Mit den letzten Worten kann doch wohl nur das *iudicium sine noxae deditione* gemeint sein. Diese Wirkung des *confiteri, servum in sua potestate esse*, muß einer dem uns erhaltenen Edikt vorausgehenden Bestimmung ausgesprochen gewesen sein.

Es ist behauptet worden, daß überhaupt keine *interrogatio an servum in potestate habeat* vorgekommen sei.[1] Dies wird einmal durch l. 16 pr. D. de inter-

[1] Lenel hat diese seine frühere Behauptung in d. Zeitschr. der Savignystiftung XX, ff. zurückgezogen.

rog. 11, 1 widerlegt: *Si servus ab hostibus captus sit, de quo quis in iure interrogatus responderit in sua potestate esse, quamvis iura postliminiorum possint efficere dubitare nos, attamen non puto locum esse noxali actioni, quia non est in nostra potestate.* Es ist zwar behauptet worden, das Wort *potestas* sei hier nicht in dem rein thatsächlichen Sinn unseres Edikts, sondern in dem juristischen Sinn von *dominica potestas* gebraucht. Es ist aber zunächst unwahrscheinlich, daß Ulpian gerade mit Bezug auf die *interrogatio* den Ausdruck *potestas* in dem Sinn der rechtlichen Gewalt gebraucht habe, der hier auch von der thatsächlichen Gewalt verstanden werden konnte. Es soll aber aus der Vergleichung mit § 1 der Stelle hervorgehen, der zu einer anderen Frage übergeht und dabei den ganz unzweideutigen Ausdruck *alienum servum suum fateri* gebraucht. Sodann soll die Beiziehung der *iura postliminiorum* die Richtigkeit jener Behauptung beweisen. Ulpian sagt, wenn jemand auf *interrogatio in iure* geantwortet habe, daß ein in Kriegsgefangenschaft geratener Sklave *in sua potestate* sei, so könnten die *iura postliminiorum* einen Zweifel hervorrufen, ob nicht doch die *actio noxalis* auf Grund der *responsio* begründet sei, aber er glaubt dennoch nicht, daß die *actio noxalis* hier platzgreife, *quia non est in nostra potestate.* Was sollen diese Worte besagen? Sollen sie besagen, daß der Sklave, während er sich in der Gefangenschaft befinde, also einstweilen, nicht in der rechtlichen *potestas* seines früheren Herrn stehe? Dann würde man erwarten, daß ein *interim* oder ein ähnlicher Zusatz beigefügt würde. Die Worte sollen vielmehr sagen: weil der in die feindliche Gefangenschaft Geratene nicht in unserer faktischen Gewalt ist, *causa vero facti non continetur postliminio* (l. 19 D. ex quib. caus. 4. 6). Widerlegt wird aber die Annahme, daß keine *interrogatio an servum in potestate habeat* vorgekommen sei, auch durch das in dem uns erhaltenen Ediktsstück für den Fall des *negare* angeordnete Verfahren, welches mit dem durch die *interrogatio*, ob der Sklave im Eigentum des Gefragten stehe, veranlaßten doch trotz der Abweichungen auch große Ähnlichkeit bietet. Endlich würde es willkürlich sein, in l. 5 D. de interrog. 11, 1: *Qui interrogatur, an heres vel quota ex parte sit vel an in potestate habeat eum, cuius nomine noxali iudicio agitur* das *in potestate habere* auch nur auf die rechtliche *potestas* zu beziehen. Daß das die *interrogatio* erwähnende Ediktsstück nicht aufgenommen, überhaupt die *interrogatoriae actiones* in den Digesten so gut wie gar nicht genannt sind, hängt mit dem Abkommen derselben infolge der Umgestaltung des Prozesses und der Behandlung der *interrogationes* durch die Kompilatoren zusammen. Darauf kann aber an dieser Stelle nicht eingegangen werden.

Wenn nun der zu Belangende leugnete, daß er den schuldigen Sklaven *in potestate* habe, so verspricht der Prätor im Edikt, nach Wahl des Klägers entweder dem Leugnenden zu befehlen, daß er einen Eid leiste, er habe den Sklaven nicht in seiner *potestas* und habe auch nicht durch seinen *dolus* bewirkt, daß er ihn nicht *in potestate* habe, oder das *iudicium sine noxae deditione* gegen ihn zu geben.

Was die Formeln der *interrogatoriae actiones* anlangt, so muß schon an dieser Stelle Folgendes über das Wesen derselben bemerkt werden. Es ist eine schon bei Keller sich findende falsche Vorstellung, daß der bejahenden Antwort auf die *interrogatio* dem Befragten gegenüber formale Wahrheit zugeschrieben würde (ähnlich wie der *confessio in iure*), indessen dann würden auch die Wirkungen der *confessio in iure* eintreten, es würde zum mindesten falls es sich um *responsio* bei civilrechtlichen Klagen handelte, auf Grund der

responsio eine civile Verpflichtung angenommen werden müssen, wie es in der That von Demelius[1] geschehen ist. Wenn aber der Zwang der *interrogatio* nur auf der ihr vom Prätor verliehenen Kraft, nicht auf dem Civilrecht beruht, so sind auch die Folgen der *responsio*, sei sie bejahend oder verneinend, und des *tacere* prätorische, nicht civilrechtliche. Die sämtlichen *interrogatoriae actiones* sind, soweit sie die Folgen des *interrogare, respondere* u. s. w. betreffen, prätorische, keine civilrechtlichen. Dafür ist zunächst anzuführen l. 4 D. de interrog. 11, 1: *Voluit praetor adstringere eum qui convenitur ex sua in iudicio* (Ulpian schrieb: *in iure*) *responsione, ut vel confitendo vel mentiendo sese oneret.* Darin ist klar genug ausgesprochen, daß die aus der Antwort entspringende Verpflichtung nur eine prätorische ist: daß der Prätor je nach dem Ausfall der Antwort eine Klage gegen den *interrogatus* gewährt. Die Antwort kann auch noch aus gutem Grunde korrigiert werden, was doch wohl bei der eigentlichen *confessio in iure* nicht möglich ist, l. 11 § 12 D. eod.: *Celsus scribit licere responsi paenitere, si nulla captio ex eius paenitentia sit actoris.* Damit stimmt überein l. 26 § 5 de nox. act. 9, 4: — *Et ideo si negaveris servum in tua potestate esse, postea fateri poteris, nisi si iam lis adversus te contestata est: nam tunc audiri non debebis, ut Labeo ait.* Diese Worte zeigen, daß, je nachdem die *responsio* bejahend oder verneinend ausfiel, das *fateri* oder *negare* in die Formel aufgenommen wurde, nach erteilter Formel also das *paenitere* nicht mehr zulässig war, wenn nicht aus besonderem Grund *in integrum restitutio* erteilt werden konnte. Bedenken könnte gegen unsre Auffassung erwecken l. 11 § 9 D. de interrog. 11, 1: *Qui interrogatus responderit, sic tenetur quasi ex contractu obligatus pro quo pulsabitur, dum ab adversario interrogatur;* denn hier, könnte man sagen, sei die *responsio* auf erfolgte *interrogatio* als Quasikontrakt aufgefaßt. Die Stelle enthält aber Spuren der Interpolation: die Worte *pro quo* (*sc. contractu*) *pulsabitur, dum ab adversario interrogatur* können so von Ulpian nicht herrühren. *Pulsare* im Sinn von *convenire* kommt jedenfalls vorwiegend erst in den kaiserlichen Konstitutionen etwa seit Honorius vor, und *pulsare pro contractu* im Sinn von: aus einem Kontrakte belangen, kann Ulpian nicht geschrieben haben. Auch das *dum — interrogatur* ist verdächtig. Die Kompilatoren haben absichtlich, da die *interrogatoriae actiones* weggefallen waren, in den aufgenommenen Stellen der Juristen den Gegensatz zwischen der ursprünglichen Klage, bezüglich deren die *interrogatio* erfolgte, und der *interrogatoria actio*, sowie die ausdrückliche Erwähnung der letzteren ausgemerzt oder doch den Gegensatz zu verwischen gesucht. Die *interrogatio* war ja nicht ganz unpraktisch geworden, aber sie brachte keine besondere Klage mehr hervor, sondern spielte nur noch eine Rolle in dem Prozeß über den Anspruch, in welchem die *interrogatio* gestellt wurde. Wenn es in l. 11 § 2 D. de interrog. heißt: *Qui ex quadrante heres vel omnino cum heres non esset responderit se heredem ex asse, in assem instituta actione convenietur,* so hat Ulpian wohl nicht *instituta actione*, sondern *interrogatoria actione* geschrieben. Die Kompilatoren lassen aber die *responsio* keine besondere Klage hervorbringen, sondern nur die *instituta actio in solidum* gehen. Ebenso wird Ulpian l § 4 derselben Lex: *Qui tacuit quoque apud Praetorem, in ea causa est, ut instituta actione in solidum conveniatur* u. s. w. statt *instituta actione* geschrieben haben: *interrogatoria actione.* In l. 12 § 1 D. eod. tit.: *Exceptionibus, quae insitutis in iudicio contra reos actionibus opponuntur, etiam is uti potest, qui ex sua responsione*

[1] A. a. O. S. 278 f.

convenitur zeigt sich der Gegensatz beider *actiones*, der unveränderten und der interrogatorischen, noch ganz erkennbar, aber auch hier haben ihn Justinians Arbeiten zu verwischen gesucht: die Worte *institutis in iudicio contra reos actionibus* rühren nicht von Ulpian her.

Wenn der Klaganspruch, bezüglich dessen die *interrogatio in iure* erfolgte, ein im Civilrecht begründeter war, so muß die Formel auch einen *in ius* konzipierten Bestandteil gehabt haben. KELLER[1] sagte, es sei kaum zu glauben, daß in der *formula interrogatoria* die verschiedenen Eventualitäten *discrete* vorgesehen und *explicite* reguliert gewesen seien. Gewiß nicht; es waren wohl verschiedene *formulae interrogatoriae* für die verschiedenen Fälle aufgestellt, und zwar drei: eine für den Fall bejahender *responsio*, eine für den Fall des negativen eine dritte für den Fall des *omnino non respondere*.

Um zu ermitteln, welche Gestalt diese Formeln etwa gehabt haben können, ist zunächst hervorzuheben, daß die Erwähnung der *interrogatio* und der bejahenden, bezw. verneinenden *responsio* oder des *omnino non respondere* nicht etwa in einer *praescriptio*, einem außerordentlichen Formelbestandteil geschehen sein kann. Diese Thatsachen bilden ja den wesentlichen Grund der der bejahenden *responsio* entsprechenden *condemnatio*, bezw. der *condemnatio cum noxae deditione* oder der auf die falsche *responsio*, bezw. das *omnino non respondere* gesetzten *condemnatio in solidum*, bezw. der *condemnatio sine noxae deditione*. Sie müssen also in die *intentio* aufgenommen sein. Dazu stimmt es, daß die Klagen als *interrogatoriae actiones*,[2] als ein *ex responso convenire* bezeichnet werden.[3] Von besonderem Interesse für unsere Frage ist l. 18 § 2 D. de prob. 22, 3: *Interrogationis factae probationem actori imponi debere, id est ei, qui in iure interrogatus dixit respondisse se solum heredem esse vel si tacuisse dicatur interrogatus, neque tantundem erit dicendum impositam improbationem non ei qui excepit se non respondisse, sed actori.* Mit Bezugnahme auf diese Stelle meint LENEL, Erwähnung habe die *responsio* in der Formel nur auf besonderen Antrag des Beklagten gefunden, wenn er die *responsio* ausnahmsweise bestritt, und diese Erwähnung sei in der Form einer *exceptio* geschehen: der *exceptio responsionis non facta*. Zuzugeben ist LENEL, daß die Stelle korrumpiert sei. Vollkommen unverdächtig sollen aber die Worte *„non ei qui excepit se non respondisse“* sein, welche den vollen Beweis für die angenommene *exceptio* liefern sollen. Versuchen wir zunächst den Text, so wie er überliefert ist, zu verstehen. Da ist nun besonders das Wort *„improbationem“* ins Auge zu fassen. *Improbatio* bedeutet meines Erachtens im Gegensatz zu *probatio* den Gegenbeweis, den Beweis der Negative. Dem, der behauptet, daß der *in iure interrogatus* bejahend geantwortet oder geschwiegen habe, soll der Beweis aufzuerlegen sein, nicht demjenigen, der einwandt hat, er habe nicht so geantwortet (wie der Gegner behauptet), der Gegenbeweis (der Beweis, daß er nicht so geantwortet habe). Man möchte das *ei* statt vor *ei* schon vor *impositam*, setzen; Zusätze und etwa auch Umstellungen von seiten der Kompilatoren mögen hier jedenfalls stattgefunden haben. Das *„excepit“* kann aber unmöglich als ein unverdächtiger Beweis für die von LENEL behauptete *exceptio* gelten. Es handelt sich hier doch um ein reines Leugnen der vom Kläger aufgestellten Behauptung, wie denn ja auch dem Kläger der

[1] D. röm. Civilpr. (2. Aufl.) S. 212 A. 606.

[2] Rubric. Tit. D. de interrog. in iure faciendis et interrogatoriis act. 11, 1, l. 1 l. 22 D. eod. tit.

[3] L. 12 § 1, l. 22 D. eod. tit.

Beweis auferlegt werden soll. Handelte es sich um eine wirkliche *exceptio*, so würde ja der Beklagte den Beweis des Grundes derselben zu führen haben.

Auch das möchte für die Erwähnung der *interrogatio in iure facta* und der *responsio*, bezw. des *omnino non respondisse* in der *intentio* der *interrogatoria actio* sprechen, daß die Klagen gegen den, *qui mentitus est* oder *tacuit*, Strafcharakter haben. Diesen Strafcharakter zeigen l. 11 § 3 D. de interrog. 11, 1: *Si, cum esset quis ex semisse heres, dixerit se ex quadrante, mendacii hanc poenam feret, quod in solidum convenitur: non enim debuit mentiri, dum se minoris portionis heredem adseverat*, und § 4: *Qui tacuit quoque apud Praetorem, in ea causa est, ut instituta actione in solidum conveniatur, quasi negaverit se heredem esse. nam qui omnino non respondet, contumax est: contumaciae autem poenam hanc ferre debet, ut in solidum conveniatur, quemadmodum si negasset, quia Praetorem contemnere videtur.* Vgl. § 8: — *non enim improbe respondit.* Der Strafcharakter der Klage geht auch daraus hervor, daß *neque heredi neque in heredem, quod defunctus mentitus est* die Klage gegeben werden soll (l. 26 § 5 D. de noxal. act. 9, 4). Natürlich muß bei der Klage gegen den, der angeblich auf die an ihn gerichtete *interrogatio mentitus est*, der Kläger beweisen, daß der Andere eine wissentlich falsche Angabe gemacht habe; gelingt ihm dieser Beweis nicht, so wird er abgewiesen *rem remittit*, l. 22 § 4 D. de nox. act. 9, 4). Die *condemnatio in solidum* ist an das *improbe respondere*, das *mentiri*, die *contumacia* geknüpft. Warum die *actio interrogatoria* eine fikticische Fassung der *intentio* erhalten haben sollte, ist nicht abzusehen;[1] denn eine Anlehnung an das *ius civile* beabsichtigt der Prätor hier nicht. Möglich ist, daß in die *condemnatio* hier eine Fiktion aufgenommen, der *iudex* also angewiesen wurde, den Beklagten auf so viel, *ac si ex asse heres esset*, d. h. *in solidum*, zu kondemnieren.

IV. Klagen bei der Ehe.

1. Die *rerum amotarum actio.*

§ 133. Es wird verschiedentlich mit Unrecht angenommen, daß die *rerum amotarum actio* nicht über die erste Kaiserzeit zurückreiche.[2] Demelius hat sich mit Recht dagegen erklärt. Die Klage war nicht bloß dem Labeo und dessen Zeitgenossen Mela,[3] sondern schon dem Ofilius[4] bekannt. Ihre Einführung hängt wohl zusammen mit der seit der Anerkennung der absoluten Scheidungsfreiheit einreißenden Häufigkeit der Scheidungen, welche häufig mit Entwendungen gegen den anderen Ehegatten verbunden gewesen sein müssen. Die Klage wird wohl in derselben Zeit eingeführt sein, in welcher sich gewohnheitsmäßig der Satz festsetzte, daß Schenkungen unter Ehegatten nicht als Rechtsgeschäfte zu behandeln seien, also gegen Ende der Republik. Von welcher Anschauung aus man damals ein *furtum* unter Ehegatten als unmöglich betrachtete, also wegen einer während der Ehe geschehenen Entwendung des Ehegatten gegen den anderen auch nach Auflösung der Ehe nicht bloß eine *actio furti*, sondern auch keine *condictio furtiva* zuließ, ist früher dar-

[1] So Lenel in d. Zeitschr. d. Savignystiftung XX, 4 nach dem Vorgange Krüger's in Krit. Vierteljahrsschr. XXI, S. 420.

[2] Vgl. die bei Demelius, Schiedseid und Beweiseid S. 60 A. 7 Citierten; außerdem Bon, Die Kondiktionen S. 256; Dernburg, Kompensation 4. Aufl. S. 149. A. 2.

[3] L. 18 u. 19 D. de act. rer. amot. 25, 2; l. 3 § 4 D. eod. tit. [4] L. 3 § 3 D. h. t.

gelegt. In dem Gebrauch des Ausdrucks *res amovere* für solche Entwendung ist nicht bloß eine schonende Vermeidung des Ausdrucks *furtum*, sondern auch der Gedanke ausgedrückt, daß die That nicht ganz wie ein *furtum* behandelt werden soll. Auch diejenigen Juristen, welche die Möglichkeit eines *furtum* unter Ehegatten annahmen und die Ausschließung der *actio furti* bezw. *condictio furtiva* auf positive Rechtssatzung zurückführten, wie Tryphoninus (l. 29 D. h. t. — *nam veritate furtum fit*), suchten doch nach einem inneren Grunde für diese Rechtssatzung, und auch sie fanden diesen in der engen *societas vitae*, welche unter den geschiedenen Gatten bestanden hat (Tryphoninus in l. 52 D. de re iud. 42, 1 — *quamquam videatur ea quoque actio praecedentis societatis vitae causam habuisse* —). Die Klage ist durch das prätorische Edikt eingeführt. Die l. 1 D. h. t. sagt zwar nur: *Rerum amotarum iudicium — introductum est*, aber an welche andere Quelle, welche die Klage eingeführt, könnte man hier denken als an das Edikt? Und in l. 2 C. rer. amot. 5, 21 heißt es ausdrücklich: *Divortii gratia rebus uxoris amotis a marito vel ab uxore mariti rerum amotarum edicto perpetuo permittitur actio.* Zuerst ist die Klage für den Mann gegen die Frau eingeführt. Die ältere *retentio ob res amotas* gegenüber der *actio rei uxoriae* der Frau reichte nicht für alle Fälle aus. Die *dos* war vielleicht schon zurückgegeben, bevor dem Manne die Entwendungen bekannt wurden, oder die *dos* war noch nicht fällig. Es war billig, dem Manne eine Klage zu geben, mit welcher er sofort Ersatz erlangen konnte. Später, wahrscheinlich durch eine dem bisherigen Edikt hinzugefügte Klausel, wurde auch der Frau die Klage wegen Entwendungen des Mannes gegeben. Als eine durch das Edikt neu aufgestellte Klage kann sie wohl nur *in factum* konzipiert gewesen sein. Gegenüber solcher Annahme hat Zweifel erregt der Ausspruch des Gaius in l. 26 D. h. t.: *Rerum amotarum actio condictio est.* Aber man muß denen beistimmen, welche meinen, daß es sehr bedenklich ist, einen solchen vereinzelten, aus dem Zusammenhange, in welchem er gethan wurde, losgerissenen Ausspruch zu streng beim Worte zu nehmen. Es sollte damit wohl nur gesagt werden, daß diese *actio* keine Pönalklage, sondern eine mehr nach der Analogie der *condictio ex causa furtiva* gebildete Klage ist. Gleich in l. 1 pr. D. h. t. wird aber dieses *iudicium* als ein *singulare* bezeichnet, wonach wir erwarten dürfen, Eigentümlichkeiten bei ihm anzutreffen, die eine zu weit durchgeführte Vergleichung mit einer anderen Klage als mißlich erscheinen lassen. Die Voraussetzungen derselben, welche also in der *intentio* bezeichnet sein werden, liegen deutlich genug in den Quellen vor. Es muß ein *amovere* von Sachen des Mannes (bezw. der Frau) *divortii consilio*, oder *divortio* (mit Rücksicht auf eine beabsichtigte Scheidung) durch die Frau (bezw. den Mann) stattgefunden haben, und die Scheidung erfolgt sein. Also erst nach Auflösung der Ehe ist die Klage möglich, und das *iudicium* erlischt, wenn nach Anstellung der Klage die Ehe wiederhergestellt wird. Ob die Ehegatten zur Zeit der Entwendung zusammen oder getrennt wohnten, wird für die Zulässigkeit der Klage für gleichgültig erklärt, doch scheint die ausdrückliche Hervorhebung auf das (frühere) Bestehen einer Meinungsverschiedenheit darüber hinzudeuten. Ein *amovere* im Sinne der Klage wird angenommen, wenn die Frau Sachen des Mannes *divortii consilio* irgendwie verzehrt, vernichtet, verkauft, verschenkt hat (l. 3 § 3 D. h. t.), ebenso, wenn sie dieselben schon vor der Scheidungsabsicht beiseite gebracht und dann bei der Scheidung verheimlicht hat. Ein *contrectare* durch die Frau selbst wird nicht als unbedingt notwendig bezeichnet, auch wenn

sie zur Zeit der Scheidung Diebe in das Haus des Mannes geführt und durch diese Sachen des Mannes hat entwenden lassen, welche gar nicht an sie gelangt sind (l. 19 u. 20 D. h. t.), liegt das *amovere* vor. Die *actio rerum amotarum* ist also zulässig, wenn die Frau *opem furi tulit idque fecit divortii causa,*[1] während die *condictio furtiva* nur gegen den, *qui fecit furtum,* nicht aber gegen den, *cuius ope consilio furtum factum est,* angestellt werden kann (l. 5 u. 6 D. de cond. furt. 13, 1). Wie das *amovere* zu beurteilen sei, darüber will die Meinungsverschiedenheit unter den römischen Juristen nicht schwinden. Der eine sagt: *mulier furtum non facit* (Paulus in l. 21 § 1 D. h. t.), der andere: *veritate furtum fit, et si lenius coercetur mulier* (Tryphoninus in l. 29 D. h. t.), *uxor* u. s. w. *furtum facere possunt, furti autem non tenentur.* Soviel ist also sicher: die Entwendung der Frau, *divortii causa,* wird nicht wie ein *furtum* behandelt, die *rerum amotarum actio* ist keine Deliktsklage, wenn sie auch aus einer Handlung, die einige als ein *furtum,* als ein Delikt bezeichnen, entspringt. Hat daher eine *uxor filiafamilias,* die ein *peculium* hat, das *amovere* begangen, so wird daraus gegen den Gewalthaber die *rerum amotarum actio de peculio* gegeben.[2] Als *noxalis actio* gegen den Gewalthaber tritt die *rerum amotarum actio* nicht auf. Die Klage wird ausdrücklich als eine solche, *quae rei persecutionem continet,* charakterisiert und daraus hergeleitet, daß sie nicht der einjährigen Frist (der prätorischen Pönalklagen) unterliegt, auch daß sie den Erben des Verletzten zustehe und ebenso gegen die Erben des Thäters gehe.[3] Konkurriert die *actio rerum amotarum* des Mannes mit der *condictio furtiva,* die einem anderen gegen die Frau zusteht, so soll nur einem von beiden zu klagen verstattet werden.[4]

In anderen Bestimmungen tritt dann doch wieder hervor, daß die die *actio* begründende Handlung einen deliktischen Charakter hat. So soll dieser Klage gegenüber das *beneficium competentiae* wegfallen *(pendet enim id sc. iudicium ex furto).*[5] Die Sache, bezüglich deren die Entwendung verübt ist, wird furtiv, kann also auch von einem *bona fide*-Erwerber nicht ersessen werden.[6] Wer der Frau bei der That *opem consiliumve* zu teil werden läßt, haftet mit der *actio furti.*[7] Hinzuweisen ist auch noch darauf, daß nach einem Reskript Diokletian's (l. 3 C. rer. a. 5, 21) die Erben der Frau mit der *rerum amotarum actio* nur *quantum ad eos pervenit* haften. Damit mag eine vielleicht schon in klassischer Zeit aufgestellte Ansicht adoptiert sein, welche den Deliktscharakter der Handlung hier durchführte.

Besondere Eigentümlichkeiten treten noch bei der prozessualischen Behandlung der Klage hervor. Man kann kaum zweifeln, daß sie zu den *actiones arbitrariae* gehörte. In l. 8 § 1 D. h. t. heißt es: *Sabinus ait, si mulier res quas amoverit non reddat, aestimari debere quanti in litem vir iurasset,* und in l. 10 eod. wird das als eine Folge der *contumacia* der Frau bezeichnet. Die Befugnis, den klagenden Mann zum *iusiurandum in litem* im Fall der *contumacia* der Frau zuzulassen, kann

[1] Vgl. noch l. 55 § 2 D. de furtis 47, 2.

[2] So ist in l. 3 § 4 D. h. t. entschieden und ausdrücklich daneben bemerkt, daß nach dem Tode der Tochter gegen den Gewalthaber die *rer. amot. act.* nur bis auf die Bereicherung gehe, und nach l. 4 eod. auf *quatenus dolo malo fecerit, quo minus ad eum pervenerit.* Auch bei Lebzeiten der Tochter soll nach l. 5 eod. noch ein *utile iudicium* gegeben werden auf das, was an den Vater *ex rebus amotis pervenit.* Nach l. 3 § 12 D. de pecul. 15, 1 soll der Vater überhaupt die *rer. a.* gegen den Gewalthaber *de peculio* nur *in id, quod ad patrem pervenit* gegeben werden. [3] L. 21 § 5, l. 6 § 3 D. h. t.

[4] L. 17 § 3 u. l. 18 D. h. t. [5] L. 21 § 6 D. h. t.; l. 52 D. de re iudicata 42, 1.

[6] L. 29 D. h. t. [7] L. 36 § 1, l. 52 pr. § 1 D. de furtis 47, 1.

der *iudex* doch nur unter der Voraussetzung gehabt haben, daß die Formel die Klausel: *neque eas res N^us N^ue A° A° arbitratu tuo restituet* enthielt (Lenel denkt an eine negative Kondemnationsbedingung *easque res redditas non esse*).[1] Bei der Schätzung kommen nicht bloß die entwendeten Sachen, *quae exstant*, sondern auch die, *quae in rerum natura esse desierunt*, sowie auch das *commodum, si quod amota rebus amiserit vir*[2] in Betracht, was sich daraus erklärt, daß die Frau, wie der *fur* sofort mit der Entwendung *in mora* gerät und für die Folgen derselben einsteht. Die *condemnatio* der Formel kann nicht auf *quanti ea res est*, wie Rudorff und Lenel[3] wollen, gelautet haben. Dies ergiebt sich aus l. 29 D. h. t.: *Rerum amotarum aestimatio ad tempus quo amotae sunt referri debet — —: sed si plures factae non restituantur quae amotae sunt, crescit aestimatio, ut in condictione furtiva rei.* Die *condemnatio* muß also, wie bei der *condictio furtiva*, auf *quanti res (eo quo tempore amota est) plurimi fuit* gelautet haben. Diesen für ihn günstigsten Zeitpunkt durfte also der Mann bei seinem *iusiurandum in litem* in Betracht ziehen, er mußte aber so schwören, daß die Sache in dem betreffenden Zeitpunkt (also z. B. namentlich in dem Zeitpunkt der Entwendung) so viel wert gewesen sei (vgl. l. 9 D. de in lit. iurando).[4] Andererseits konnte man einen Zweifel hegen, ob die Zahlung der *litis aestimatio* nur als eine Strafe für die Frau anzusehen, ihr also, wenn sie den Besitz der Sache verliere, keine Eviktion zu gewähren sei, *quia dolo adquisivit possessionem.* Julian entscheidet aber doch mit Beiseitesetzung dieses Zweifels, daß die Frau, welche die *litis aestimatio* gezahlt, *emtoris loco* anzusehen sei (l. 22 D. h. t.); doch braucht der die *litis aestimatio* empfangende Mann ihr nicht ein Eviktionshaftungsversprechen zu leisten (l. 10 D. h. t.).

Noch eine besondere Bestimmung hat das Edikt bezüglich der *rerum amotarum actio* getroffen. Den Kläger traf ja bezüglich der von ihm zur Begründung seiner Klage behaupteten Entwendungen des Beklagten die Beweislast. Diese ist ihm aber wesentlich dadurch erleichtert, daß es ihm nach dem Edikt freistand, dem Gegner den Eid darüber zu deferieren, welchen dieser, nachdem vorher der Deferent den Kalumnieneid geschworen, zu schwören gezwungen wurde. Aus der Fassung des uns nicht überlieferten Edikts muß zu schließen gewesen sein, daß der Prätor das Zurückschieben des Eides nicht gestattete, weil es schmachvoll für den Beklagten gewesen wäre, den ihm über die behauptete Entwendung zuschobenen Eid abzulehnen.[5] Die Eidesdelation war gerichtet nur auf die eine der klagbegründenden Thatsachen, sie mußte auf das *amotum non esse* gerichtet sein (*cogitur adversarius iurare nihil divortii causa amotum esse* (l. 11 § 1 D. h. t.). Dem Kläger stand es aber auch frei, nur bezüglich eines Teils der entwendeten Sachen den Eid zuzuschieben, bezüglich anderer den Beweis des *amotas esse* zu führen (l. 14 D. h. t.).

Wollen beide Gatten nach der Ehescheidung gegeneinander *ob res amotas* klagen, so kann der eine (wohl der, welcher zuerst seine Klage erhoben) die

[1] Czyhlarz, Dotalrecht § 348 N. 5; Heffke, Bedeutungen u. Anwendungen der Formel S. 105. Lenel, Edictum S. 247.

[2] L. 17 § 2 u. l. 21 § 4 D. h. t.

[3] Rudorff, Edictum p. 127. Lenel, Edictum S. 246.

[4] Nicht richtig Savigny, System V, S. 124 A. e. Bechmann, Dotalrecht II, S. 323 A. 1. Vgl. auch Baron, a. a. O. S. 264 A. 25.

[5] L. 11 § 3 u. l. 13 D. h. t. Vielleicht war im Edikt gesagt, daß der Prätor, nachdem der Deferent den Kalumnieneid geschworen, den Delaten zwingen werde, den zugeschobenen Eid zu leisten. Damit war stillschweigend das *referre* ausgeschlossen.

Forderung des anderen mit der seinigen kompensieren. Dieses eigentümliche Kompensationsrecht war dadurch gerechtfertigt, daß zwischen beiden Forderungen ein gewisser faktischer Zusammenhang bestand: die Entwendungen waren beide von den gewesenen Ehegatten gegeneinander mit Rücksicht auf die beabsichtigte Scheidung verübt. Wie die Kompensation hier ins Werk gesetzt wurde, steht dahin; vielleicht konnte der eine gegen den anderen *cum deductione agere*. — Nicht bloß die Retention *ob res amotas*, sondern auch die *rerum amotarum actio* des Mannes gegen die Frau stand in einer gewissen Beziehung zu der Klage der Frau bezw. ihres Vaters auf Rückgabe der *dos*. Sie wurde wohl vielfach als eine Gegenklage dieser gegenüber angestellt. Wenn nun der Vater *adiuncta filia* die Klage auf Rückgabe der *dos* (*profecticia*) erheben will, so soll ihm diese nicht anders gewährt werden, als wenn er die *rerum amotarum actio* als *defensor* der Tochter *in solidum* mit Bürgschaftsstellung (*cautio iudicatum solvi*) übernimmt (l. 3 § 4 D. h. t.). Aus dieser gewöhnlich gleichzeitigen Erhebung der Klagen hätte man nun, falls der Mann die *dos* zurückbezahlte oder deshalb Sicherheit leistete, ohne etwas von seiner Absicht, die *rerum amotarum actio* anzustellen, zu erwähnen, vielleicht den Schluß ziehen können, er wolle auf dieselbe verzichten. Dieser Schluß wird aber von Paulus in l. 8 D. h. t. als unzulässig abgelehnt. Wir erfahren auch, daß die gleichzeitig erhobenen *actiones* auf Rückgabe der *dos* und *rerum amotarum* an denselben *iudex* gewiesen werden sollten, welcher dann die gegenseitigen Ansprüche zu kompensieren und die eine Partei auf den Überschuß zu verurteilen hatte (l. 1 C. rer. am. 5, 21; l. 6 C. de compens. 4, 31).

Eine *rerum amotarum actio utilis* soll, wenn die Frau im Hinblick auf den erwarteten Tod des erkrankten Mannes ihm Sachen entwendet und sich dann von ihm geschieden, dem wieder genesenen Manne gegeben werden (l. 2 pr. D. h. t.).

2. Die *missio dotis servandae causa. Praeiudicium quanta dos sit.*

§ 134. Die *dos* ist eine von den Materien, welche mehr vom Civilrecht als vom prätorischen Recht beherrscht wurden, eine der vier Materien, welche den Stoff der sogenannten *libri singulares* bildeten: Dos, Tutel, Testament und Legat. Doch mögen immerhin einzelne auf sie bezügliche Ediktsbestimmungen, welche durch die im justinianischen Recht eingetretenen Veränderungen ihre praktische Anwendbarkeit verloren hatten, nicht überliefert sein. Übersehen ist jedenfalls in unseren Darstellungen des Dotalrechts, sowie in den Werken über das Edikt und sonst die *missio in bona dotis servandae causa*. Es beziehen sich darauf, soviel mir bekannt, vier Stellen in den Digesten: l. 9 D. de rei vind. 6, 1; l. 26 D. ad municip. 50, 1; l. 48 D. de solut. 46, 3; l. 15 § 4 D. de divers. imp. praescr. 44, 3. Aus allen vier Stellen geht hervor, daß die Frau zur Sicherung ihres Dotalanspruchs (*dotis servandae causa*) eine prätorische Einweisung in die *bona* ihres (verstorbenen) Mannes verlangen konnte. Nach der ersten Stelle hatte diese Mission die gleiche Wirkung, wie andere Missionen: sie verschaffte der Frau die Detention der zu den *bona* des Mannes gehörigen Sachen. Nach der zweiten Stelle lag die Befugnis zur Erteilung auch dieser *missio* nur im *imperium* der Magistrate: ein Munizipalmagistrat, der nur *iurisdictio* hatte, konnte sie nicht erteilen. Das meiste Interesse bietet die dritte Stelle. Sie zeigt, daß die in die *bona* eingewiesene Frau die Einkünfte (*reditus*)

der Güter beziehen, ja bewegliche Sachen verkaufen kann. Das, was sie auf diese Weise aus den Gütern des Mannes bezogen, soll sie sich auf die *dos* anrechnen: *pro soluto enim magis accipiendum est, quod ex ea causa mulier percepit.* Doch darf sie sich, falls ihr Zinsen gebühren, das Eingenommene zunächst auf die ihr gebührenden Zinsen anrechnen. In l. 15 § 14 D. cit. ist unsere *missio* auch im Zusammenhang mit der *ventris nomine* und der *rei servandae causa* erwähnt. Es ist diese *missio in bona* überflüssig geworden infolge des von Justinian der Ehefrau zugestandenen gesetzlichen und privilegierten Pfandrechts am Vermögen des Mannes. Wahrscheinlich ist sie aber schon vorher abgekommen. Das in l. un. C. ne pro dote mulieri bona mariti addicantur 5, 22 enthaltene Verbot, daß der Ehefrau die *bona* ihres verstorbenen Mannes wegen ihres Dotalanspruchs addiziert würden, hängt wohl mit der *missio dotis servandae causa* zusammen. Es scheint daraus *in praxi* eine wirkliche *addictio bonorum* geworden zu sein, die dann verboten wurde. Das machte dann wieder eine anderweite Sicherung der Dotalforderung nötig, welche durch Justinian erfolgt ist. Von den Voraussetzungen der *missio dotis servandae causa* ist aus den angeführten Stellen nichts Näheres zu entnehmen: doch ist sie wohl nur in das Vermögen des verstorbenen Ehemanns gewährt. In l. 9 D. cit. ist wenigstens in den Worten: *vel dotis ventrisve nomine in possessione esset* unsere *missio* mit der *ventris nomine* in nähere Beziehung gesetzt, und auch in l. 48 cit. wird nach der Ausdrucksweise: *si forte usurarum quoque rationem arbiter dotis reciperandae habere debuit* die Anstellung der Dotalklage als zwar denkbar, aber (aus irgend welchen Grunde) nicht erfolgt angenommen.

Es ist am Schluß der Stelle von einer *universa summa* (der *dos*) die Rede, auf welche die Anrechnung (abgesehen von den Zinsen) zu erfolgen habe. Wie wurde diese *summa*, da von einer Bestimmung derselben in dem nicht angestellten *arbitrium rei uxoriae* nicht die Rede sein kann, festgestellt? In diesem Zusammenhange ist das von Gai. IV, 44 so lakonisch erwähnte *praeiudicium quanta dos sit* in Betracht zu ziehen. Es ist begreiflich, daß über dasselbe sehr verschiedenartige Ansichten aufgestellt sind. Eine Zusammenstellung einer Anzahl derselben wird das zeigen.

Keller[1] meinte, die Frau habe ein Recht darauf gehabt, den Betrag der *dos* schon während der Ehe festgestellt zu sehen, zu diesem Behufe habe ihr unsere Präjudizialklage zugestanden. Ihering[2] fragt aber mit Recht, wozu eine solche vorläufige Feststellung habe dienen sollen. Konnte die Frau bei Gelegenheit der Präjudizialklage den Betrag (der *dos*) nachweisen, und das mußte sie ja, um den Richter zu überzeugen, so konnte sie es auch bei Gelegenheit der Dotalklage. „Wozu also der antizipierte Beweis, für den der ältere Prozeß sonst gar keine Parallele darbietet?“ — Bethmann-Hollweg[3] behauptet, das *praeiudicium quanta dos sit* sei nicht auf die bei Auflösung der Ehe durch den *arbiter rei uxoriae* nach festen Rechtsgrundsätzen zu bestimmende Rückgabe der *dos*, sondern auf das Maß der vom Vater der Frau unbestimmt bestellten *promissio dotis* zu beziehen, wobei Umstände in Betracht kämen, die in der *actio ex stipulatu* keine Berücksichtigung hätten finden können. Aber es soll ja nicht festgestellt werden müssen, welchen Betrag die *dos* haben müsse,

[1] Institutionen S. 196. Vgl. auch Bekker, Prozess. Konsumtion S. 39.
[2] Geist des röm. Rechts III, 1[2] S. 70. Vgl. auch Bechmann, Dotalrecht 2 Aufl. S. 338.
[3] Röm. Civilproz. II, S. 329.

sondern welchen Betrag sie habe. — Oskar Bülow[1] wollte das *praeiudicium* auf die *retentiones mariti* beziehen. Es habe, wenn auch kein Streit über die Pflicht zur Restitution der *dos* bestanden und auch kein Zweifel *de retentionis causa*, doch bei Ungewißheit des Betrags der *dos* selbst bestritten sein können, wie viel Geld der Ehemann retinieren dürfe. Da sei es zweckmäßiger gewesen, diese Frage durch ein *praeiudicium* zur Entscheidung zu bringen. Ebenso weist Bechmann[2] darauf hin, daß sich der Betrag der Retentionen *propter liberos et morum nomine* als eine Quote der Dos selbst darstelle. Aus dieser Eigentümlichkeit habe sich die Folge ergeben, daß, um die Abzüge zu berechnen, der Betrag der Dos selbst feststehen mußte. In vielen Fällen habe hier eine Abschätzung eintreten müssen. Wenn nun unter den Parteien über die Pflicht der Restitution selbst kein Streit bestanden habe, sondern es ihnen nur um diese Abschätzung zu thun gewesen sei, so sei zu diesem Zweck das Präjudizium *quanta dos sit* bestimmt gewesen. Dagegen wendet Czyhlarz nicht ohne Grund ein, daß, wenn es sich um die Abzüge *propter liberos* und *propter mores* handle, eine solche Anerkennung des Abzugsrechts sicher nicht das Regelmäßige gewesen sein, meistens vielmehr darüber Streit bestanden haben werde, ob und welche *mores* vorhanden seien, durch wessen *culpa* die Ehe gelöst sei u. s. w., weshalb schwerlich ein besonderes Präjudizium gerade für den von Bechmann hervorgehobenen Fall eingeführt worden sein dürfe. Nach Czyhlarz's eigner Ansicht soll sich das Präjudizium seinem eigentlichen Zweck nach zunächst auf die *collatio dotis* bezogen haben, wenn bei dieser über den Betrag der *dos* Streit war. Man habe sich also als Gegner der Frau ihre Miterben zu denken. Indessen die Kollation geschah bekanntlich regelmäßig durch Stellung einer Kaution, durch *recte cavere*. Weshalb an die Feststellung der zu konferierenden *dos* nicht bei der Klage aus der Stipulation, sondern, abgesondert von dieser, durch ein besonderes Präjudizium geschehen sein sollte, dafür bringt Czyhlarz gar keinen Grund bei. — Huschke[3] zieht das *praeiudicium* auf die *dos stipulata, cuius quis iudicio de moribus certam rem petiturus est.* Von der Formel des *iudicium de moribus* selbst wissen wir aber gar nichts: es läßt sich also kaum nur eine Vermutung darüber aufstellen, ob es der Vorbereitung durch ein solches *praeiudicium* bedurfte. — In ähnlicher Weise will Ihering[4] das Präjudizium erklären. Da das ältere Recht noch keine Exzeptionen gekannt, so habe man dem Manne die Möglichkeit der Realisierung seines Anspruchs wegen der notwendigen Verwendungen durch gewahrt, daß man nur den nach Abzug der Verwendungen verbleibenden Rest als Inhalt der Dotalforderung der Frau angesehen habe. Zur Zeit, als es noch keine eigentliche Dotalklage gegeben habe, die *dos* vielmehr auf Grund der über ihre Rückgabe abgeschlossenen Stipulationen *(cautiones uxoriae)* zurückgefordert werden konnte, habe die Klage nicht unbestimmt ein „*quantum*", sondern auf das ganz bestimmte Dotalobjekt und mithin, da letzteres in Geld bestand, auf Geld gerichtet werden müssen. Hier hätte die Frau, wenn sie sich nicht einer *plus petitio* habe schuldig machen wollen, die Gegenforderung des Mannes auf Heller und Pfennig genau in Abzug bringen müssen. Das *praeiudicium quanta dos sit* habe nun die Aufgabe gehabt, die Klage aus der Stipulation mit einer *certa intentio* ohne Gefahr der

[1] De praeiudicialibus formulis p. 14 u. 15.
[2] A. a. O. S. 337.
[3] Jurispr. anteiust. ed. IV, p. 358 zu Gai. IV, 44.
[4] Geist des römischen Rechts III, 1[2] S. 70 f.

plus petitio zu ermöglichen. Dieser ganzen Deduktion IHERING's liegt die völlig unrichtige Voraussetzung zu Grunde, daß die der *actio rei uxoriae* vorhergehenden *cautiones rei uxoriae* gewöhnliche Stipulationen *de reddenda dote* gewesen seien, aus denen eine *actio* mit *certa intentio* entsprungen sei. Die *cautio rei uxoriae*, auch wenn man sie für eine Stipulation hält, muß nach Gell. N. A. IV, 3 und Boeth. ad. Cic. Top. c. XVII § 26 einen solchen weit gefaßten Inhalt gehabt haben, daß auf Grund derselben eben die *actio rei uxoriae* mit ihrer *incerta intentio* angestellt werden konnte. Die Formel der *actio rei uxoriae* ist wohl ganz dem Inhalt jener alten *cautiones rei uxoriae* entsprechend abgefaßt worden. War aber bei der Klage auf Grund der *cautiones rei uxoriae* keine *plus petitio* zu fürchten, so fällt der von IHERING angenommene Zweck des *praeiudicium quanta dos sit* fort.[2]

LENEL[3] endlich verweist auf l. 24 D. de iur. dot. 23, 3 *(Gaius libro ad edictum praetoris titulo de praediatoribus)*. Die Stelle beziehe sich entweder auf einen Fall der *publicatio dotis* oder man könne, was wahrscheinlicher, aus ihr daraus schließen, daß der Prädiator die dem *praes* gegebene *dos* nicht mit verkaufen durfte. Unter allen Umständen lerne man aus dem Fragment, daß in den Kommentaren zum Ediktstitel *de praediatoribus* Untersuchnngen darüber anzustellen waren *„quanta dos sit"*, worauf die Vermutung gestützt wird, daß das *praeiudicium quanta dos sit* hierher gehöre. Indessen daraus, daß *res dotales* sowie Sachen, welche mit Dotalgeldern angekauft waren, nicht von dem Pfandnexus, von welchem das Vermögen des *praes* bestrickt war, mit ergriffen wurden, folgt noch nicht die Notwendigkeit eines *praeiudium quanta dos sit*.

Meines Erachtens steht das *praeiudicium quanta dos sit* mit der *missio dotis servandae causa* in Verbindung. Die in die *bona mariti* eingewiesene Frau hatte die Befugnis, die Einkünfte des Vermögens zu beziehen, ja bewegliche Sachen zu verkaufen, mußte sich das Bezogene aber auf die *summa dotis* anrechnen. Bestand nun zwischen ihr und den Erben ein Streit über den Betrag der *dos*, so konnte dieser durch das *praeiudicium quanta dos sit* ausgetragen werden. Infolge des Rechts der Frau, sich aus den Einkünften des Vermögens des Mannes, in welches sie eingewiesen war, selbst zu befriedigen, bedurfte es gar keiner Kondemnation der Erben: es genügte die Feststellung des Betrags der *dos* durch jenes *praeiudicium*. Über die bezogenen Einkünfte hatte natürlich die Frau den Erben Rechenschaft abzulegen.

V. *Tutela* und *Cura*.

1. Satisdationspflicht der Tutoren und Kuratoren. *Suspecti accusatio*. Deposition von Pupillengeldern.

§ 135. Die Tutel ist eine der vier Materien, welche mehr vom Civilrecht als vom prätorischen Recht beherrscht waren und den Stoff der sogenannten *libri singulares* bildeten. Es ist hier zunächst zu fragen, welches der Grund war, aus welchem die edizierende Thätigkeit der Prätoren verhältnismäßig wenig in das die Tutel beherrschende Recht eingegriffen. Es ist früher gezeigt, daß der Staat ursprünglich nicht eingriff, weder was die Anordnung der Vormund-

[1] Vgl. Bd. II, S. 213 f.
[2] Vgl. noch BECHMANN, a. a. O. S. 339 A. 1. [3] Das Edictum S. 314.

schaft, noch was die ständige Kontrolle des Vormunds anlangte.[1] Obrigkeitliche Ernennung eines Tutors, welche in Ermangelung eines anderen Delationsgrunds eintrat, datiert erst seit der *lex Atilia*. Nur dann, wenn zwischen dem Pupill, bezw. der Frau und dem Tutor ein Prozeß in Form einer *legis actio* zu führen war, hatte der *praetor urbanus* wohl schon vor der *lex Atilia* einen Tutor ernannt, welche Ernennung nach Ulp. XI, 24 moribus stattfand. Die Bezeichnung gerade dieses Tutors als *praetorius tutor* wird dadurch erklärt. Dieser Ausnahmefall ist ja sehr begreiflich und kann den Satz nicht erschüttern, daß im übrigen das Recht der *tutoris datio* in der Magistratsgewalt nicht enthalten war, weder in der *iuris dictio*, noch in dem *imperium*.[2]

Wir wissen nun aus den Institutionen (§ 3 J. de Atiliano tutore 1, 20), daß durch die *lex Atilia* und die *lex Julia et Titia neque de cautione a tutoribus exigenda rem salvam pupillis fore neque de compellendis tutoribus ad tutelae administrationem quidquam cavetur*. Kann man nun etwa daraus schließen, daß die Kautionspflicht erst in der Kaiserzeit entstanden sei?[3] Gewiß nicht. Die Gesetzgebung mag ja von dem Gesichtspunkt ausgegangen sein, daß die Maßregeln, welche die Aufsicht über die Administration der Vormünder zu erfordern schien, nicht in den Bereich der Gesetzgebung zu ziehen, sondern der Jurisdiktion bezw. dem Imperium zu überlassen seien. Es fragt sich nun, wie die Äußerung des Gaius I, 199 (wiederholt in pr. J. de satisdat. tut. vel cur. 1, 24: *Ne tamen pupillorum pupillarumve et eorum, qui quaeve in curatione sunt, negotia a tutoribus curatoribusve consumantur vel deminuantur, curat praetor, ut et tutores et curatores eo nomine satisdent* zu verstehen sei. Rudorff nimmt an, das Edikt habe eine allgemeine Verheißung enthalten, jedem Vormunde die Satisdation *rem salvam fore* anbefehlen zu wollen (*caveri* oder *satisdari iubebo*).[4] Dagegen erklärt Lenel, daß die Frage, wer verpflichtet sei, die Satisdation zu leisten, von den Juristen als eine in der Praxis („die sich an Kaiserreskripte anlehnen mochte"), nicht als eine im Edikt entschiedene Frage behandelt werde.[5] Dafür bezieht er sich auf l. 17 D. de test. tut. 26, 2: *Testamento datos tutores non esse cogendos satisdare rem salvam fore certo certius est*, und l. 5 pr. § 1 D. de legit. tut. 26, 4: *Legitimos tutores — — cogi satisdare certum est*. Mit seinem *certo certius est* und seinem *certum est* gebe der Jurist zu erkennen, daß etwas zu fragen und zu entscheiden gewesen sei, mit solcher Ausdrucksweise sei also die Annahme eines Edikts, welches die Frage entschieden, unvereinbar. Meines Erachtens zeigt jene Ausdrucksweise, daß nach dem Juristen eine Entscheidung unnötig, der Zweifel ausgeschlossen war. Wenn nun Gai. I, 199 sagt: *Ne tamen et pupillorum et eorum qui in curatione sunt, negotia a tutoribus curatoribusque consumantur aut deminuantur, curat praetor, ut et tutores (et) curatores eo nomine satisdent*, und

[1] Bd. II, S. 270.

[2] Wlassak, Krit. Stud. z. Theorie d. Rechtsquellen S. 28 f., sieht das Recht der Vormundsbestellung als einen ursprünglichen Bestandteil der römischen Oberamtsgewalt (der Konsuln und Prätoren) an. Die Theorie der römischen Juristen, welche die *tutoris datio* als einen auf Spezialgesetzen beruhenden Bestandteil des *officium ius dicentis* auffaßten, sei wohl zu einer Zeit entstanden, als sich die Gesetzgebung dieses Gegenstandes bereits völlig bemächtigt habe. Erst aus diesem Satze scheine man den geschichtlich unrichtigen Schluß abgeleitet zu haben, der dahin ging, die Befugnis zur Tutorbestellung sei ursprünglich im Imperium nicht enthalten gewesen.

[3] So Pernice, Labeo I, S. 446. Wlassak, Zur Gesch. der *neg. gestio* S. 109 A. 16. Lenel, Edictum S. 253.

[4] Das Recht der Vormundschaft II, S. 214. [5] Edictum S. 253 f.

Ulpian in l. 8 D. de curator. furioso 27, 10: *Bonorum ventris nomine curatorem dari oportet eumque rem salvam fore viri boni arbitratu satisdare proconsul iubet.* so kann ich diese Aussprüche nicht mit LENEL auf das vom Prätor oder Prokonsul zu erlassende einzelne Dekret, sondern nur auf ein verheißendes Edikt beziehen. Wie dieses gefaßt war, läßt sich nur vermuten. Gaius fährt in der vorher citierten Stelle § 200 fort: *Sed hoc non est perpetuum; nam et tutores testamento dati non coguntur*, in dem Edikt mag also der Prätor dem *satisdari iubebo* mit Bezug auf die vom Gewalthaber im Testament bestellten Tutoren ein *satisdare non cogam* hinzugefügt haben. Da schon in der ersten Kaiserzeit die Konsuln in einem gewissen Umfange das Recht der Tutorenbestellung erhielten, so mögen kaiserliche Konstutionen und Senatsbeschlüsse jene Vorschriften des Edikts wiederholt und dieses in den Hintergrund gedrängt haben. Seine Existenz ganz zu bezweifeln, dafür scheint ein genügender Grund nicht vorzuliegen. Unter der Voraussetzung eines solchen Edikts erklärt sich auch am besten, daß ein ständiges Formular der *satisdatio rem pupilli salvam fore* im Edikt proponiert war, sowie, daß dieselbe zu den *stipulationes communes* gerechnet wurde (l. 5 pr. D. de v. o. 45, 1: — *nam et praetor iubet rem salvam fore pupillo caveri et interdum iudex, si aliter expediri haec res non potest*), denn wie hätte sich wohl der *iudex* zur Anordnung solcher Satisdation befugt erachten können, wenn er nicht in der Vorschrift des Edikts eine Stütze gehabt hätte. Das Aufkommen der Satisdation erst in die Kaiserzeit zu verlegen, dafür bietet der Mangel einer früheren Erwähnung derselben doch einen zu schwachen Anhalt. Der Mangel einer Bestimmung darüber in den Gesetzen über die obrigkeitliche Bestellung der Vormünder läßt sich, wie oben gezeigt, auch in anderer Weise erklären.[1] Das Bedürfnis einer Sicherstellung der Pupillen wird sich auch schon in der republikanischen Zeit dringend genug geregt haben.

Die Fassung der *stipulatio rem pupilli salvam fore* ist uns nicht überliefert. Sie hatte ihr Seitenstück in der für gewisse Stadtämter vorgeschriebenen Kaution *rem publicam salvam fore.*[2] Daß sie nicht so gelautet habe, wie RUDORFF und (in anderer Weise) LENEL annehmen, scheint mir nicht zweifelhaft, es war gewiß nicht nötig, die *intentio* der *actio tutelae* in der Stipulationsformel zu reproduzieren; es wäre das ganz überflüssig gewesen bei dem auf *rem meam salvam fore* lautenden Versprechen (etwa: *Quod tu tutelam meam gesseris, eo nomine* oder *ob id rem meam salvam fore spondesne? spondeo*). Wie aber die *obligatio tutelae* die *gestio* des Tutors voraussetzte, so auch die Haftung des Tutors bezw. des Bürgen aus der *satisdatio rem pupilli salvam fore.* Um also die Haftung des Vormunds bezw. seines Bürgen aus der Kaution zur Entstehung zu bringen, mußte der erstere zur Vornahme einer Administrationshandlung gezwungen werden (l. 4 § 3 D. rem pupilli 46, 6). Auch nachdem verordnet war, daß gegen den *tutor cessans* mit einer *utilis actio* geklagt werden könne, war doch aus der Kaution eine Klage erst nach erfolgter Administrationshandlung möglich (l. 4 § 3 D. cit.: — *et tamen ex stipulatu actione neque ipse neque fideiussores eius tenebuntur*). Auch dabei kann man die *cautio rem publicam salvam fore* zur

[1] MOMMSEN in d. Abhandl. d. K. Sächs. Gesellsch. d. Wissensch. Bd. III, S. 441 A. 146 bezeichnet als recht merkwürdig, daß noch das Stadtrecht von Salpensa c. XXIX die Stipulation *rem pupilli salvam fore* nicht zu kennen scheine. Das erklärt sich indessen in der von mir schon Bd. II, S. 287 dargelegten Weise.

[2] Stadtrecht von Malaca c. 57. L. 1 pr. § 17 D. de mag. conv. 27, 8, l. 2 § 5, l. 17 § 15 D. ad mun. 50, 1 u. a. St.

Vergleichung heranziehen: der Bürge des Beamten ist haftungspflichtig für alles, was dieser *in re publica gessit* (vgl. l. 2 pr. § 1 De ad municip. 50, 1). Wie die *tutelae actio* erst *finita tutela* erhoben werden kann, so auch die Klage aus der Kaution (l. 1, l. 4 § 4 D. rem pupilli 46, 6). Die *actio* aus der Tutel und die *actio* aus der Stipulation *rem pupilli salvam fore* sind auf denselben juristischen Inhalt gerichtet, sie sind konkurrierende *actiones*, der *iudex tutelae* sollte also nicht Kondemnation eintreten lassen, ohne daß der Beklagte von der Obligation aus der Stipulation Befreiung erhielt (l. 9 pr. D. de novat. et del. 46, 2).

Die Kaution *rem pupilli salvam fore* spielte aber noch eine besondere Rolle für den Fall, daß durch Testament des Gewalthabers mehrere Personen zur Tutel berufen waren. Solchen Falls soll nach einer besonderen Bestimmung des Edikts demjenigen der Mitvormünder, welcher die Stellung der Satisdation anbietet, die *administratio tutelae* allein überlassen werden. Wenn sich aber auf solches Anerbieten auch die übrigen zur Satisdation bereit erklären, soll keiner ausgeschlossen, sondern es sollen alle nach geleisteter *satisdatio* zur Administration zugelassen werden (l. 17 pr. D. de test. tutela 26, 2. § 1 J. de sat. tut. 1, 24). Wenn keiner von ihnen Satisdation anbietet, so soll nach dem Edikt demjenigen, welchen der Vater, der die Tutoren im Testament ernannt, zur Führung der Administration erwählt hat, dieselbe überlassen werden. Ist keiner vom Vater erwählt, oder will der von ihm Erwählte die alleinige Administration nicht übernehmen, so soll der administrieren, welchen die Stimmenmehrheit der Tutoren dazu bestimmt hat. Kommt es zu einem solchen Majoritätsbeschluß nicht, so will der Prätor selbst *causa cognita* den bestimmen, der die Administration zu übernehmen habe (l. 3 § 1 u. § 7 D. de admin. 26, 7). Diese Ediktsbestimmungen bezogen sich auf die *testamentarii tutores*. Sie sind aber auch auf die *ex inquisitione* obrigkeitlich bestellten Tutoren angewandt worden (l. 19 § 1 D. de test. tut. 26, 2).

Die *accusatio suspecti tutoris*, die wohl älter ist, als die *tutelae actio*, konnte auch nach dem Aufkommen der letzteren nicht entbehrt werden, denn die *actio tutelae* konnte erst *finita tutela* angestellt werden. Häufig machte sich aber das Bedürfnis geltend, einen Tutor, bevor die Tutel ihr natürliches Ende erreicht hatte, als suspekt zu removieren. War die *actio tutelae* nach Beendigung der Tutel begründet, so konnte die *accusatio suspecti* wegen früherer Pflichtwidrigkeiten nicht mehr erhoben werden. Obwohl sie schon auf die 12 Tafeln zurückgeht, enthält doch auch das Edikt eine besondere Klausel, und nach Ulpian's Äußerung in l. 1 § 2 D. de suspectis tut. et cur. 26, 10: *Haec clausula et frequens pernecessaria est: quotidie enim suspecti tutores postulantur* müssen wir annehmen, daß das Verfahren sich später doch wesentlich auf das Edikt stützte. Etwas Näheres über den Inhalt desselben wissen wir gar nicht. Als sich das Verfahren nicht lediglich auf die 12 Tafeln stützte, mag es in formellerer Weise eingeleitet worden, als später: aber eine eigentliche *legis actio*, die zur Einsetzung eines *iudex* geführt hätte, war es auch damals nicht. Immer hat wohl die *cognitio* zur Entscheidung dem Magistrat, also früher den Konsuln, später dem Prätor bestanden. Die Einführung des Formularprozesses konnte hier also keine wesentliche Änderung veranlassen. Worin sonst etwa die Eigentümlichkeit des klassischen Rechts hervorgetreten, ist bereits bei der früheren Darstellung[1] des Rechts der *suspecti postulatio* berücksichtigt worden.

[1] Vgl. Bd. II, S. 284.

Nach der Annahme Rudorff's[1] hat es noch eine Ediktsbestimmung *de pecuniarum depositione* gegeben. Lenel[2] räumt dem gegenüber ein, daß aus l. 5 pr. D. de admin. 2 6, 7 allerdings so viel hervorgehe, daß die Voraussetzungen der Deposition von Pupillengeldern durch geschriebenes Recht geregelt waren, keineswegs aber, daß diese Rechtsquelle das Edikt war. In l. 7 § 3 D. eod. tit. heiße es: *quamquam — a praetore cogi eos oportet ad comparandum, tamen* u. s. w. Diese Ausdrucksweise lasse sicher eher auf eine an den Prätor gerichtete gesetzliche Anweisung, als auf ein Edikt des Prätors selbst schließen. Nun beachte man aber die Worte der l. 5 pr. cit.: — *manifestum est, ut ad minimas summas non videatur pertinere: quibus modus praefiniri generaliter non potest, cum facilius causa cognita per singulos possit examinari.* Hier wird das *generaliter praefinire* des Betrags der zu deponierenden Summe der *causae cognitio* im einzelnen Fall gegenübergestellt: mit jenem *generaliter praefinire* ist auf die allgemeine Ediktsbestimmung hingedeutet, welche die Summe nicht habe festsetzen können. Außerdem spricht l. 7 § 3 D. cit. nicht von einem Zwang zur Deposition, sondern von einem Zwang zum Ankauf eines Grundstücks. Die Ediktsbestimmung soll ja nur die Deposition der zum Zweck des Grundstücksankaufs zu verwendenden Gelder angeordnet, nicht diesen Ankauf selbst befohlen haben. Damit ist ganz wohl verträglich, daß irgend eine gesetzliche Anordnung die Verwendung der Gelder zum Ankauf von Grundstücken befohlen hat. Rudorff's Annahme wird auch unterstützt durch l. 15 § 1[3] D. de re iud. 42, 1: *si pupillaris pecunia in arcam reposita sit ad praediorum comparationem, et citra permissum Praetoris ab eo, qui exsequitur iudicatum, solet ea, et in causam iudicati converti.* Die ausdrückliche Hervorhebung, daß die richterliche Pfändung solcher deponierten *pupillaris pecunia* auch *citra permissum Praetoris* geschehen könne, deutet darauf hin, daß die Deposition zufolge prätorischer Anordnung geschah. Endlich spricht für die hier verteidigte Annahme, daß nach l. 3 § 7 D. de contraria tutelae 27, 4 die Rücknahme der *ad comparationem praedii* deponierten *pupillaris pecunia* vom Tutor beim Prätor beantragt und von diesem bewilligt werden muß.

2. Klagen.

§ 136. Bereits früher ist hervorgehoben, daß die *actio tutelae contraria* jünger ist, als die *directa*. Die letztere stammt schon aus dem Civilrecht, jene ist erst durch den Prätor proponiert, eine prätorische.[3] Das läßt sich nach der Art, wie Ulpian in l. 1 pr. D. de contraria tutelae et utili actione 27, 4 sich ausdrückt, kaum bezweifeln: *Contrariam tutelae actionem Praetor proposuit induxitque in usum, ut* u. s. w. Wäre sie als eine im alten Civilrecht schon begründete nur in das Edikt des Prätors mit *formula in ius concepta* übergegangen, so würde nicht gesagt sein: *induxitque in usum.* Daß der Proposition der Klagformel ein sie verheißendes Edikt vorherging, läßt sich allerdings nicht nachweisen. Schon die aber spricht dafür, daß der Proponierung neuer prätorischer Klagen, wenn nicht ausnahmslos, doch ganz regelmäßig ein solches Edikt vorherging. In unserem Fall kommt noch hinzu, daß der besondere Digestentitel: *de contraria tutelae actione* doch wohl aus dem Edikt herstammt. Zu der Aufstellung einer besonderen

[1] Edictum § 126. [2] Edictum S. 252.
[3] Über die verschiedenen Ansichten vgl. Wlassak, Zur Gesch. der *neg. gestio* S. 119 f.

Rubrik im Edikt lag nur Veranlassung vor, wenn der Klagformel, welche ja sonst hinter die *directa tutelae actio* hätte gestellt werden können, ein besonderes sie verheißendes Edikt vorausgeschickt war. Und was Ulpian in l. 1 pr. D. h. t. zur Motivierung der *contraria tutelae actio* vorbringt, macht ganz den Eindruck, als ob der Prätor selbst im Edikt das ihn zur Proponierung der Klage veranlassende Motiv kurz ausgesprochen habe.

Eine besondere *protutelae actio* kannte das Civilrecht nicht. Dies geht aus Ulpian's Worten in l. 1 pr. D. de eo, qui pro tutore 27, 5: *Protutelae actionem necessario praetor proposuit* u. s. w. mit genügender Sicherheit hervor. Für den Fall also, daß jemand *pro tutore* die Tutel über einen *impubes* administrierte, wurde eine besondere *actio* aufgestellt. Ob die *intentio* derselben fikticisch gefaßt, oder ob sie *in factum* konzipiert war, steht dahin. Nachweisen läßt sich auch hier ein dieselbe versprechendes Edikt nicht, aber es sprechen auch keine Gründe dagegen. Eine besondere Rubrik, unter welcher die Formel proponiert war, dürfen wir auch hier annehmen, da sowohl die Digesten als der Kodex den besonderen Titel: *de eo, qui pro tutore (prove curatore) negotia gessit* haben. Ein besonderes *protutelae contrarium iudicium* ist aber im Edikt nicht proponiert worden. Vielmehr ist die *contraria tutelae actio* auch auf diesen Fall u. a. angewandt worden (l. 1 § 1 u. 3, l. 3 § 8 D. de contraria 27, 4), wohl mit geringer Veränderung der Formel, weshalb auch die Titelrubrik lautet: *De contraria tutelae et utili actione.* Während die *tutelae actiones directa* und *contraria* erst *finita tutela* angestellt werden können, braucht natürlich mit den *protutelae actiones* auf das Ende eines vormundschaftlichen Amts, welches nicht vorliegt, nicht gewartet zu werden (l. 1 § 3 D. de contraria 27, 4).

Gegen die *magistratus municipales*, welche ihre Pflicht in Bezug auf die Tutorenbestellung versäumt hatten, war eine *subsidiaria actio* proponiert. Das Civilrecht kannte eine solche nicht, sie kann also keine *actio in ius concepta* gewesen sein. Sie kann wohl nur eine unter der Rubrik *de magistratibus conveniendis* proponierte *in factum actio*, wie sie von Theoph. ad § 2 J. de satisd. tut. 1, 24 geradezu genannt wird, gewesen sein. Ein dieselbe verheißendes Edikt hat es aber wohl nicht gegeben. Der Ursprung der *actio* scheint vielmehr auf ein unter dem Kaiser Trajan zu stande gekommenes Senatuskonsult zurückzuführen, welches die Prätoren bezw. Statthalter angewiesen haben wird, die Klage zu gewähren. Die *actio subsidiaria* ist nie gegen die Prätoren und die Provinzialstatthalter, welche ein selbständiges, durch Gesetz ihnen übertragenes *ius tutores dandi* hatten, gerichtet worden (l. 1 § 1 D. de mag. conv. 27, 8), auch nicht gegen die Magistrate der italischen Municipien, der latinischen Kolonien und der Städte mit *ius Latii*, denen das *ius tutores dandi* zustand. Das Stadtrecht von Malpensa enthält nichts von einer *actio subsidiaria* gegen die Duovirn der Stadt. Die *actio subsidiaria* griff nur Platz gegen die Magistrate der unterthänigen Peregrinengemeinden der Provinzen, welche nur ein unselbständiges *ius tutores dandi* erlangt haben und die von ihnen ernannten Tutoren immer zur Kautionsleistung anhalten mußten. Haben sie nun schuldvoller Weise einen *non idoneus tutor* gegeben oder nicht für ausreichende Kautionsstellung gesorgt, so ist die *subsidiaria actio* gegen sie zulässig.

Lenel[1] meint, die Subsidiarität sei als besondere Kondemnationsbedingung der *intentio in factum concepta* zum Ausdruck gekommen (unter Verweisung

[1] Edictum S. 257.

auf l. 3 C. de mag. conv. 5, 75: — *nec alias servari pupillo indemnitas potest*). Es ist aber nicht einzusehen, wie eine solche negative Kondemnationsbedingung zu dem Ziele hätte führen können, dem Kläger das zu verschaffen, was er vom Vormund bezw. dessen Bürgen nicht erlangen konnte. Nach l. 5 D. de conf. tut. 26, 3 soll die Klage *in magistratus* gewährt werden *in id, quod de bonis eorum servari non possit*, die Subsidiarität muß also in der Fassung der Kondemnation zum Ausdruck gekommen sein, die Klage soll nur *indemnitatis nomine* zustehen. Eine direkte Beschränkung der *condemnatio* aber konnte aus einem andern Grunde eintreten. Waren nämlich vom Magistrat mehrere Tutoren gegeben, so soll, wenn sie *dolo fecerunt, ut minus pupillo caveretur*, ihm die Klage nach seiner Wahl auch gegen einen von ihnen *in solidum* gegeben werden; wenn aber nur *culpa* vorlag, gegen jeden *pro portione* (l. 7 D. de mag. con. 27, 8).

Gegen die Mitglieder des *ordo decurionum* soll die *actio subsidiaria* nicht gewährt werden. Nur wenn der *ordo* die Gefahr der Tutorenbestellung auf sich genommen, soll gegen die Mitglieder, welche dabei gegenwärtig waren, eine *actio utilis* gewährt werden.

3. Die *curatores honorarii*.

§ 137. Ulp. fr. XII, 1 lautet: *Curatores aut legitimi sunt, id est qui ex lege duodecim tabularum dantur, aut honorarii, id est qui a praetore constituuntur.* Man hat gesagt, diesen Worten zufolge sei auch die *cura ex lege* eine dative.[1] Der Ausdrucksweise Ulpian's gegenüber fällt die anders lautende Ausdrucksweise Gaius's auf, sowohl in den Institutionen I, 200: — *et curatores, ad quos non ex lege curatio pertinet, sed* [*qui*] *vel a consule vel a praetore vel a praeside provinciae dantur*, sowie in l. 13 D. de curat. 27, 10 (lib. III) ad Edictum provinciale: *Saepe ad alium e lege duodecim tabularum curatio furiosi aut prodigi pertinet, ea praetor administrationem dat, scilicet cum ille legitimus inhabilis ad eam rem videatur.* Nach Gaius' Ausdrucksweise kann nicht wohl bezweifelt werden, daß er den *legitimus curator* die *lex* als Delationsgrund der *cura* ansieht. Darum braucht man noch keinen Widerspruch zwischen Gaius und Ulpian anzunehmen. Auch in den Fällen der *legitima cura* fand eine *dare curatorem* statt, was sich daraus erklärt, daß die *curae legitimae* ursprünglich nur bei abnormen Zuständen eintraten und es z. B. beim angeblich Wahnsinnigen immer erst konstatiert werden mußte, ob bei dem fraglichen Individuum Geisteskrankheit vorliege. Die *datio* erfolgte also nicht durch ein freies Dekret des Magistrats, sondern war einfache Anwendung der *lex*, der Magistrat war dabei nichts weiter, als Organ der *lex*, er mußte den durch die *lex* Berufenen *dare*,[2] sodaß trotz dieser *datio* die *cura* als eine durch die *lex* deferierte angesehen wurde.[3] Es ist daher gewiß nicht zufällig, daß es bei Ulpian schlechthin heißt: *ex lege dantur*, ohne daß *a magistratu* hinzugefügt wird, während dem gegenüber die *honorarii* ausdrücklich als solche erklärt werden, *qui a praetore constituuntur*. Eine testamentarische Bestellung von Curatoren war dem alten Recht un-

[1] Böhlau, in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. XI, S. 370 ff. Wlassak, Krit. Studien zur Theorie der Rechtsquellen S. 33. Sohm, Institut[2] § 91 S. 362.

[2] Dies ergiebt sich auch aus dem Gegensatz bei Ulp. fr. XII, 3: — *quem ipse praetor voluerit.*

[3] Nicht ganz richtig Huschke, Jurispr. antejust. zu Ulp. fr. 12, 1, und in der Zeitschr. für Rechtsgesch. XIII, S. 338 A. 55.

bekannt, auch eine von seiten des Gewalthabers der vormundsbedürftigen Person. Daß ein solcher testamentarisch Bestellter obrigkeitlich konfirmiert werden konnte, ist erst späteren Ursprungs.

Die *honorarii curatores* werden also als solche definiert, *qui a praetore constituuntur.* Daß die Befugnis zur Bestellung von Kuratoren, wie die zur Bestellung von Tutoren, auf die Verleihung durch irgend eine *lex* zurückgeführt werde, davon findet sich keine Spur. Weder die *lex Atilia* noch die *Julia et Titia* haben darüber irgend etwas enthalten, sondern es wird die Befugnis dazu offenbar als im *imperium* des Prätors, Konsuls, Statthalters liegend angesehen.[1] Auch die *lex Salpensana* trifft wohl Bestimmungen über das Recht der Duovirn zur Tutorenbestellung, nicht aber über das Recht, Kuratoren zu ernennen, welches den obersten Magistraten der Städte mit latinischem Recht ohne weiteres zugestanden haben wird. Das Recht, Kuratoren zu ernennen, werden die Munizipalmagistrate der gewöhnlichen Provinzialgemeinden in demselben Umfange erhalten haben, wie das, Tutoren zu ernennen, und jedenfalls konnten sie *iussu* des Provinzialstatthalters Kuratoren ernennen.[2] — Die Ernennung von *curatores honorarii* geschah durch ein Dekret des Magistrats, also *causa cognita,*[3] nach vorhergehender *inquisitio.* Die Munizipalmagistrate hatten auch von dem Ernannten die *cautio rem salvam fore* zu verlangen.

Für die Darstellung der einzelnen Fälle der *cura honoraria* wollen wir von der *cura prodigi* ausgehen. Eine *legitima cura* trat nur ein für den Freigeborenen, welchem durch Interdiktion die Verfügung über die durch Intestaterbfolge an ihn gekommenen *bona paterna avitaque* entzogen war. Vom Prätor bezw. Statthalter konnte aber über die durch das Gesetz gesteckten Grenzen hinaus für Verschwender eine Kuratorenbestellung stattfinden, nach Ulp. fr. XII, 3: *A praetore constituitur curator, quem ipse praetor volnerit, libertinis prodigis itemque ingenuis, qui ex testamento parentis heredes facti male dissipont bona.* Dem *libertinus prodigus* gegenüber mochte die Interdiktion berechtigt erscheinen mit Rücksicht auf den Patron, welchem er durch seine Verschwendung die Aussicht auf die Erbfolge schmälert. Dem *ingenuus* gegenüber scheint aber eine Kuratorenbestellung über die gesetzlichen Grenzen hinaus nur eingetreten zu sein, falls das durch Testament des Vaters bezw. Ascendenten ihm hinterlassene Vermögen verschwendet, nicht also, wenn die Verschwendung sonstiges Vermögen betraf. Und warum würde der *libertinus* besonders hervorgehoben, wenn die Interdiktion jeden, der *male dissipat bona sua,* treffen konnte? Auch Cic. de senectute c. 7 sagt: *nostro more male rem gerentibus patriis bonis curandi solet.*[4] Nun heißt es aber, im Gegensatz dazu, in l. 1 D. de curat. furios. 10 (Ulpianus lib. I ad Sabinum) ganz allgemein: — *sed solent hodie praetores vel praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem impensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatorem ei dare simplo furiosi: et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem mentis illae sanos mores receperit: quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum.* Es ist darnach anzunehmen, daß die Magistrate mit ihrer Kura-

[1] Vgl. Rudorff, Recht d. Vormundschaft I, S. 343 f., S. 361 und die dort A. 17 citierten Stellen.

[2] Vgl. Rudorff, a. a. O. I, S. 363 A. 24.

[3] Gaius I, 200.

[4] Vgl. auch Val. Max. III, 5, 2: — — *quod ei Q. Pompeius praetor urbanus paternis bonis interdixit.*

torenbestellung die bei Ulp. XII, 3 bezeichneten Grenzen nicht innegehalten haben, sondern auch dem, der sein in anderer Weise erworbenes Vermögen in maßloser Weise vergeudete, auf Antrag der Interessierten einen Kurator setzten. Daß aber dieser Kuratorenbestellung eine besondere Interdiktion eines solchen *prodigus* vorausging, wie bei der alten *ex lege XII tabularum*, wird nicht gesagt. Dafür, daß keine von der Kuratorenbestellung verschiedene Interdiktion stattfand, spricht auch das *ipso iure* Aufhören der *cura* mit der eingetretenen Besserung des *prodigus*.[1] In den Fällen, in welchen dem *dare curatorem* eine besondere Interdiktion vorherging, mußte diese gewiß erst vom Magistrat wieder aufgehoben werden, bevor der Interdicierte wieder dispositionsfähig wurde.

Die rechtliche Lage des in Bezug auf die *bona paterna* besonders interdicierten und *sub curatione* stehenden *prodigus* und dessen, welchem nur vom Magistrat ein *curator* gegeben wurde, war doch noch eine verschiedene. Dem ersteren war in dem bezeichneten Umfang geradezu die *deminuendi potestas* entzogen, es war ihm auch das *commercium* genommen. Er konnte also Rechtsakte, welche auf ein solches *deminuere* hinausliefen, nicht einmal *consensu curatoris* vornehmen, sondern der *curator* mußte statt seiner handeln.[2] Für ihn allein paßt also die Vergleichung mit dem *furiosus*. Der *prodigus* aber, welchem nur ein Kurator gesetzt ist, kann für sich allein auch nicht Rechtsakte, durch welche er seine Vermögenslage verschlechtern kann, vornehmen, aber er kann sie *consensu curatoris* vornehmen, denn ihm ist nicht durch besonderen Akt die *deminuendi potestas* entzogen. Auch die Folgen des *commercio interdicere* werden bei dem *prodigus*, dem nur ein Kurator gesetzt war, nicht eingetreten sein. Die Unfähigkeit, ein Testament zu errichten, wird denn auch nur für den, *cui lege*[3] *bonis interdictum est*, ausgesprochen (Ulp. XX, 13; l. 18 pr. D. qui test. facere possunt 28, 1). Von Justinian's Arbeitern ist diese Unterscheidung zwischen dem *lege* besonders interdicierten *prodigus* und dem, welchem nur ein Kurator gesetzt ist, in den Justinianischen Rechtsbüchern ganz verwischt worden, was ihrer allgemeinen Ausgleichungstendenz durchaus entspricht.

Zu bemerken ist noch, daß der Prätor (oder Statthalter) dem, welchem *e lege* die *curatio* eines *furiosus* oder *prodigus* zustand, einen anderen *curator (honorarius)* für die *administratio* zur Seite setzen konnte, wenn jener *legitimus* für die *administratio* unfähig war (l. 13 D. de cur. furiosi 27, 10). Ferner, daß nach dem Aufkommen der prätorischen *cura* für *prodigi* überhaupt der *lege* in Bezug auf die *bona paterna* Interdicierte gewiß denselben Kurator oder einen anderen vermöge prätorischer Bevollmächtigung auch für sein übriges Vermächtnis erhielt. — Daß *furiosi* und *prodigi* auch dann, wenn sie keine Agnaten oder Gentilen hatten, vermöge obrigkeitlicher Bestellung einen *curator honorarius* erhalten konnten, ist selbstverständlich. Der obrigkeitlichen Kuratorenbestellung

---

[1] Man beachte auch den Ausdruck in l. 3 C. de in int. rest. min. 2, 21 (22): *cum non ab initio milis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est.* — Die Unterscheidung zwischen der nach vorhergehender Interdiktion eintretenden *cura legitima* und der prätorischen Interdiktion durch Einsetzung eines Kurators macht auch Aubert, *la folie et la prodigalite* p. 146 ff., aber er führt sie in anderer Weise durch, als wie es hier geschehen. Gegen ihn C. Appleton, Le fou et le prodigue en droit romain p. 134 f. H. Krüger, in der Zeitschr. der Savignystiftung f. Rechtsgesch. 14. Bd. S. 270 ff.

[2] Insoweit ist Brinz, Pandekten I² S. 180 beizustimmen.

[3] *Lege interdici* kann auch für das *moribus interdici* gesagt werden, denn die *mores* stehen der *lex* gleich.

eröffnete sich noch ein weiteres umfangreiches Gebiet. Allen, welche wegen geistiger Schwäche oder körperlicher Gebrechen bezw. Gebrechlichkeit nicht fähig waren, ihre Vermögensangelegenheiten gehörig selbst zu verwalten, konnte vom Prätor oder vom Statthalter ein Kurator bestellt werden.[1] Auch diese Personen sind durch die Bestellung eines Kurators für sie insoweit interdiciert, als sie zu Rechtsakten, durch welche sie ihre Vermögenslage verschlechtern können, des Konsenses des Kurators bedürfen.

Es findet sich die Behauptung, der ordentliche Vormund eines Pupillen habe, soweit testamentarische oder obrigkeitliche Bestellung in Betracht komme, ebenso gut ein Kurator wie ein Tutor sein können; es habe bloß vom Testator oder von dem Ermessen der Obrigkeit abgehangen, ob er das erstere oder letztere habe sein sollen, und es werden dafür einzelne Stellen angeführt, in welchen für Pupillen *tutor vel curator* erwähnt wird.[2] Die Bestellung eines Kurators als ordentlichen Vormunds für einen Pupillen dürfte aber immer nur Ausnahme gewesen sein, da sie doch nicht, wie wir sehen werden, in allen Fällen die Tutel ersetzen konnte, und sich bei der Bestellung des Vormunds in der Regel nicht übersehen ließ, ob nicht Fälle, für welche die Mitwirkung eines Tutors notwendig sei, vorkommen könnten. Daß aber Fälle vorkamen, in denen einem *curator* die ordentliche Vormundschaft über einen Pupillen übertragen wurde, läßt sich nicht leugnen. Zu beachten ist aber auch, daß die *tutela* ein dem nationalrömischen Recht, dem *ius civile* im engeren Sinne angehörendes Rechtsverhältnis war: eine *tutela* konnte nur einem römischen Bürger zustehen bezw. in einer Tutel konnte nur ein römischer Bürger stehen. Auf die Personen latinischen Rechts war die aktive und passive Fähigkeit zur Tutel übertragen. Peregrinen aber waren der Tutel aktiv und passiv unfähig. Von der *cura* wird man dasselbe nicht behaupten können. Für die jungen Peregrinen, für welche es einer Vormundschaft bedurfte, wird immer ein Kurator bestellt sein. Je mehr sich nun in der Kaiserzeit der Unterschied zwischen den *cives* und den Peregrinen abschwächte, desto weniger Wert wird man auch darauf gelegt haben, ob für einen *civis Romanus* ein Tutor oder ein Kurator bestellt wurde.

Aus besonderen Gründen konnte auch dem vorhandenen *tutor* ein Kurator adjungiert werden. Soll dem bisherigen Tutor, der zur Ausübung der Tutel unfähig erscheint, das *ius tutelae* erhalten bleiben, so wird ihm kein anderer Tutor adjungiert, denn *habenti tutorem tutor dari non potest* (§ 5 I. de cur. 1, 23), sondern es wird ihm ein *curator* beigeordnet: so, wenn der bisherige nicht wegen grober Pflichtverletzung, sondern wegen Unfähigkeit beseitigt werden soll (l. 9 D. de suspect. tut. 26, 10), wenn der Tutor vorübergehend wegen vorübergehender Befreiung, Krankheit, *absentia rei publicae causa* u. s. w. die Tutel nicht verwalten kann (l. 10 § 8 D. de excus. 27, 1; l. 15, 16 D. de tut. et cur. datis 4, 5; l. 12 pr. D. de excus. 27, 1; l. 13 pr. D. de tutel. 26, 1). Auch wegen Vermehrung oder weitläufiger Lage des Vermögens können den Tutoren Kuratoren adjungiert werden (l. 39 § 7 D. de admin. 26, 7; l. 11 § 1 C. de excus. 5, 62; l. 3 u. 5 pr. C. in quib. caus. 5, 36). Bei völligem Wegfall des bisherigen Tutors

[1] § 4. I. de curat. 1, 23; l. 1 § 11 und l. 2 D. de postul. 3, 1; l. 19 § 1. — l. 22 pr. de reb. auctor. iud. 42, 5; l. 2 D. de cur. furioso et aliis extra minores dandis 27, 10.

[2] L. 19 D. de auctoritate 26, 8; l. 9 § 9 D. de admin. 26, 7; l. 32 pr. D. eod. tit.; l. 2 u. 4 D. ad Sct. Tertull. 38, 17; l. un. C. ubi petantur 5, 32.

ist aber ein neuer Tutor zu geben (l. 4 C. in quib. causis 5, 36; l. 3 C. ut petant 5, 31). Auch ist für Akte, für welche die Mitwirkung eines Kurators nicht ausreicht, im Notfall ein *specialis* oder *temporarius tutor* zu bestellen (l. 1 § 1 D. de appell. 49, 1; l. 2 D. de tut. et cur. datis 26, 5). Man sieht, daß die Bestellung von Kuratoren neben Tutoren nur aushilfsweise geschah, daß man aber nur im äußersten Notfall dem vorhandenen Tutor einen anderen Tutor adjungierte. Der alte Satz war der, daß *habenti tutorem tutor dari non potest* (l. 27 pr. D. de test. tut. 26, 2). Die obrigkeitliche Ernennung eines *tutor* soll nur gelten, *quo ne ab iusto tutore tutela abeat*, wie das Stadtrecht von Salpensa XXIX, 42 sich ausdrückt. Wird aber, wie es nach späteren Senatuskonsulten für einzelne Fälle möglich war, dem *tutorem habeas* ein neuer Tutor ernannt, so hört der bisherige Tutor auf, Tutor zu sein. Daß also dem im Amt bleibenden Tutor ein *tutor specialis* oder *temporarius* zur Seite gesetzt wurde, war ein äußerster Notbehelf und enthielt einen Bruch des alten Rechts.

Was die Befugnisse der für Personen bestellten Kuratoren anlangt, so giebt darüber die beste Auskunft l. 48 D. de admin. tut. 26, 7 *(Hermogenianus lib. I iuris epitomarum): Inter bonorum ventrisque curatorem et inter curatorem furiosi itemque prodigi pupillive magna est differentia, quippe cum illi quidem plura (l. plena) rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia et rerum quae deteriores futurae sunt, venditio committitur.* Vgl. auch l. 13 pr. D. de tutelis 26, 1: *Solet etiam curator dari aliquando tutorem habenti propter adversam tutoris valetudinem, vel senium aetatis, qui magis administrator rerum, quam curator esse intelligitur.* Dem Umfange nach hat also ein solcher *curator* dieselben Befugnisse, als wenn der Kurand selbst einen Administrator für die Verwaltung seines Vermögens eingesetzt hätte. Seine Mitwirkung aber bei etwaigen Akten des Kuranden selbst unterscheidet sich wesentlich von der des Tutors bei Akten des Pupillen. Der letztere kann die Akte, zu denen die Mitwirkung des Tutors nötig ist, noch gar nicht selbständig vornehmen: die *auctoritas tutoris* ist, wie früher näher dargelegt wurde, eine zu dem Akt des Pupillen unmittelbar hinzutretende mündliche Erklärung des dabei gegenwärtigen Tutors, sie ist fast ein Stück des Geschäfts selbst. Ganz anders verhält es sich mit dem *consensus curatoris.* Wo ein solcher überhaupt eintreten kann, wie bei den Geschäften des Minderjährigen, der einen *curator* hat, denen des (nicht besonders interdicierten) unter Kuratel gestellten *prodigus*, denen von *personae debiles*, welchen ein *curator* beigeordnet ist, handelt es sich nicht um Geschäfte von Personen, welche nicht selbständig handeln können, sondern von Personen, welche nur nicht die erforderliche Einsicht oder Kraft besitzen, um ohne ihnen zur Seite stehenden Rat und Hilfe *rebus suis superesse* zu können. Nicht zum Handeln selbst, sondern wegen der möglichen nachteiligen Wirkungen des Handelns bedarf es der Zustimmung des Kurators. Die Erteilung oder Verweigerung des Konsenses hat nur entscheidende Bedeutung; der Konsens des Kurators ist für diese Wirkungen nicht Koeffizient, aber ohne ihn können sie nicht eintreten. Er kann daher im voraus oder nachträglich in ganz formloser Weise auch von dem abwesenden Kurator erteilt werden, und wird, wenn nachträglich erteilt, auf den Moment des Akts des Pflegebefohlenen, der eigentlichen Ursache der herbeizuführenden Wirkungen, zurückbezogen.

Es bleiben noch die aus der Führung der *cura* entspringenden *actiones* zu betrachten. Bieten hier zwar in den einschlagenden Quellenstellen gebrauchte Ausdrücke Veranlassung zu Zweifeln, so kann man doch unbedenklich diese

:ustimmen, nach welchen hier nicht etwa einfach die *directa negotiorum actio*, :ondern eine *utilis neg. gest. actio* gegen den Kurator gegeben wurde.[1] Die *demonstratio* der Klagformel muß eine etwas veränderte Fassung erhalten laben, etwa: *Quod N^us N^us negotia A^i A^i curationis causa gessit* u. s. w. In len Quellen wird die Klage zwar in einer Reihe von Stellen schlechtweg als *actio negotiorum gestorum* bezeichnet,[2] aber Brinz sagt mit Recht: „daß man on einer *neg. g. actio* schlechthin sprach, wo diese *actio* bloß *utilis* war, ist ;ichter denkbar, als daß man von *utilis n. g. a.* sprach, wenn sie direkt latzgriff". Und man kann hinzufügen, daß man umsoweniger Anstand nehmen ıochte, von einer *neg. gest. actio* schlechtweg zu sprechen, als die Veränderung ;r Formel nicht die *intentio* betraf, sondern nur in einem Zusatz zur *demon-ratio* bestand. Der von uns angenommene Zusatz zu der *demonstratio* der ormel erklärt auch, daß die *actio* auch als *curationis iudicium* oder als *utilis rationis actio* bezeichnet wird. Auffallend ist aber, daß auch eine *tutelae actio* gen den Kurator erwähnt wird, nämlich in l. 3 C. arbitr. tutelae 5, 51. amit kann nicht die *utilis negotiorum gestorum actio*, es muß damit eine andere io gemeint sein. Von Bedeutung ist es, daß in jener Stelle von einem *curator puberis* die Rede ist. Wir werden annehmen dürfen, daß eine *utilis tutelae io* nur gegen den Kurator eines Minderjährigen bezw. eines *impubes* gegeben rde. In Bezug auf die *cura* für diese Personen galt nämlich, gegenüber der *a furiosi* u. s. w., ein eigentümlicher Satz.

Während nämlich die *utilis neg. g. actio* gegen den Kurator schon während Dauer der Administration angestellt werden konnte (l. 4 § 3 D. de tutelae 3; l. 1 § 3 D. de contraria tutelae 27, 4), war die Klage auf Rechnungs-ıng gegen den *curator* eines *adolescens* (bezw. eines *impubes*) *quamdiu administratio durat, durante officio* nicht zulässig (l. 2 u. l. 14 C. de admin. tut. 37). Mit dieser Klage kann nicht die *utilis neg. gest. actio* gemeint sein, ı sonst käme ein vollkommener Widerspruch mit den vorher citierten len heraus: es ist an die *utilis tutelae actio* gedacht. — Daß übrigens dem tor auch eine *actio contraria neg. curationis causa gestorum* gegen den Ku-en gewährt wurde, braucht nur erwähnt zu werden.

Kuratoren können nicht bloß für Personen, sondern auch für *bona* bestellt en. Solche *curatores bonorum* sind entschieden erst eine Schöpfung des *ius arium*, dem Civilrecht sind sie unbekannt. Gewissermaßen in der Mitte :hen den *curatores* für Personen und für *bona* steht der *curator ventris*. Ist *missio in bona ventris nomine* erfolgt, so kann auf Antrag der schwangeren nach einer besonderen Bestimmung des Edikts ein *curator ventris* bewerden (l. 20 pr. D. de tut. et cur. 26, 5: *Ventri tutor a magistratibus Romani dari non potest, curator potest, nam de curatore constituendo Edicto ehemum est*). Ein Tutor kann erst nach der Geburt des Kindes, nur ine bereits *in rebus humanis* existierende Persönlichkeit eintreten (l. 161 v. s. 50, 16; l. 24 D. tutelae 27, 3). Für die Übergangszeit, für das s *in rerum natura* vorhandene, aber noch ungeborene Wesen kann aber Curator bestellt werden.[3] Die Bestellung geschah immer durch den

---

Brinz, Pandekten II, S. 684 A. 7. Lenel, Edictum S. 256. Dernburg, Pandekten II, A. 7. Anderer Meinung Wlassak, Zur Gesch. der neg. gestio S. 86 ff.

Vgl. das Quellenmaterial bei Lenel, a. a. O. S. 255 A. 14 und S. 256 A. 1—5.

Vgl. Karlowa, Zur Lehre von den jurist. Personen S. 10 A. 3.

zur Kuratorenbestellung befugten Magistrat, welcher aber bei der Auswa der Persönlichkeit ohne Zweifel die im Testament des Vaters enthalte Willensmeinung berücksichtigte.[1] Die Aufgabe des *curator ventris* als solche ist, für die Alimentation des *venter*, also der schwangeren Mutter aus de Vermögen des *defunctus* Sorge zu tragen.[2] Über seine Befugnisse schei eine besondere Bestimmung im Edikt enthalten gewesen zu sein, die dara bezüglichen Worte „*vescendi causa deminuere*" machen den Eindruck, als seie sie dem Edikt entlehnt. Soweit es für die Alimentation des *venter* erforderlic ist, hat der *curator ventris* die Befugnis zum *deminuere*, zum Veräußern, wob ihm aber eine bestimmte Direktive gegeben wird (l. 1 § 20 D. de ventr. 37, 9 *Deminutio autem ad hos sumtus fieri debet primum ex pecunia numerata: si s non fuerit, ex his rebus, quae patrimonia onerare magis impendio quam aug fructibus consueverunt).*

Sodann gehört hierher der Kurator für die *bona* eines Insolventen. E in der Kaiserzeit neben der *bonorum venditio*, vermittelst welcher das Vermöge des Insolventen als Einheit auf einen *bonorum emptor* übertragen, also ein (honorarische) Universalsuccession begründet wurde, eine für den einzelne Fall durch ein Senatuskonsult zugelassene *bonorum distractio*, d. h. eine Ve äußerung des Vermögens des Insolventen im einzelnen zum Zweck der Be friedigung der Gläubiger aufkam, da wurde für diese Veräußerung im einzelne auch ein Kurator, ein *curator bonis distrahendis* bestellt. Dieser geht nicht au das Edikt zurück; es findet sich keine Spur davon, daß das Julianische Edik eine Bestimmung über diesen *curator bonis distrahendis* enthalten habe.[3] De mit dem Konkurs zusammenhängende Kurator, welchen ein Titel im Edik betrifft, ist der Kurator älteren Stils. Er gehört überhaupt nicht dem regel mäßig verlaufenden Konkursverfahren an, woraus sich auch die Stellung de ihn betreffenden Titels im Edikt erklärt. Derselbe bildet keinen Teil der de regelmäßigen Verlauf des Missionsverfahrens betreffenden Titel, sondern ein Art Anhang derselben: er steht nach den Digesten, welche wohl der Edikt ordnung gefolgt sind, vor dem Titel: *quae in fraudem creditorum facta sunt* u. s. w. der den Schluß der auf den Konkurs sich beziehenden Titel bildet. Im g wöhnlichen Lauf des Konkursverfahrens war, der Regel nach, keine Ver lassung zur Bestellung eines Kurators. Die Fristen, welche der *bonorum ve ditio* vorausgehen mußten, waren nicht so ausgedehnt, daß die Kuratorenbestellun ein Bedürfnis gewesen wäre. Die immittierten Gläubiger selbst hatten ja ein gewisse Verwaltungsbefugnis, welche für den Durchschnitt der Fälle ausreich Ein Kurator wurde bestellt, wenn es noch nicht zur *bonorum venditio* kom sollte. Dieses alternative Verhältnis zwischen Kuratorenbestellung und *bonor venditio* wird in ein Paar Stellen geradezu ausgesprochen: in l. 6 pr. D. quib causis 42, 4: — *ut tamen non statim bonorum venditio permittatur, sed inter bonis curator detur*, und l. 1 § 1 D. de cur. bon. 42, 7: — *curator bonis ne*

[1] L. 9 D. test. quemadm. aper. 29, 3.

[2] L. 1 § 19 D. de ventre 37, 9: — — *et in hanc rem curator constituendus est, p cibum, potum, vestitum, tectum mulieri praestet pro facultatibus defuncti, et pro dig eius atque mulieris.*

[3] Auch die in l. 22 D. de min. 4, 4 geschehene Erwähnung eines *curator bonor decreto praetoris ad distrahenda bona secundum iuris formam constitutus* kann nicht eine solche Spur gehalten werden; denn *iuris forma* ist nicht auf eine Edikts zu beziehen, *iuris forma* ist nicht identisch mit *iurisdictionis forma.*

stituendus est aut bona vendenda. Zwei Fälle sind im Edikt geradezu hervorgehoben, in denen einstweilen ein *bonorum venditio* vom Prätor nicht zugelassen werden sollte. Diese Fälle, in denen der Prätor nach dem Edikt den Gläubigern wohl ein *missio in bona* gewähren, aber die *bonorum venditio* nicht gestatten wollte, lagen vor, wenn der *indefensus* ein Pupill oder ein *sine dolo malo rei publicae causa absens* (bezw. ein in feindliche Gefangenschaft Geratener) war. Da wird doch wohl stets ein *curator bonorum* ernannt sein, um während dieser Zeit die Verwaltung zu führen. Abgesehen von diesen beiden Fällen, kann die *bonorum venditio* nach Ablauf der ediktsmäßigen Fristen vor sich gehen. Wenn aber die Gläubiger sich nachsichtig erweisen wollten, so mag der Prätor auch in anderen im Edikt nicht vorgesehenen Fällen *causa cognita* die *bonorum venditio* hinausgeschoben haben, welchenfalls dann zunächst wieder ein *curator bonorum* bestellt sein wird. Daß der Prätor auch bei dem regelmäßig verlaufenden Konkursverfahren nach den Gläubigern erteilter *missio in bona* einen Kurator *bonorum* bestellt habe, wird gewiß nicht das Regelmäßige gewesen sein. Daß es aber Fälle gab, in welchen auch dann dazu geschritten wurde, kann wohl kaum bezweifelt werden. Solche Fälle lagen vor, wenn irgendwelchen Klagrechten des Kridars durch Ablauf der Frist, binnen welcher sie gewährt werden sollten, der Untergang bevorstand, oder *si grave aes alienum sit, quod ex poena crescat.*[1] Dabei ist nicht außer acht zu lassen, daß die *bonorum venditio* selbst nur zur Zeit des *rerum actus* bezw. des Konvents, nicht während der Vakanzzeiten vor sich gehen, während der letzteren aber nur eine *missio in bona* erlangt werden konnte. Die Vakanzzeiten brachten also in ganz regelmäßigen Fällen einen Aufschub mit sich, welcher häufiger die Bestellung eines *curator* veranlassen mochte, die während derselben erfolgen konnte.[2]

Die wesentliche Aufgabe eines solchen Kurators war das *custodire* der *bona* im Interesse der Gläubiger, er war also zur Veräußerung nur, soweit das *custodire* der *bona* es erforderte, namentlich leicht verderblicher Sachen oder im Zweck der Bezahlung von Schulden, deren Nichtbefriedigung auch für die Gläubiger nur nachteilig gewesen sein würde, berechtigt. Auch war er zur Anstellung von dem Untergang durch Zeitablauf ausgesetzten Klagen desjenigen, dessen *bona* die *missio* erfolgt war, befugt. Die auf die rechtliche Stellung eines Kurators sich beziehende Stelle Ulpian's in l. 2 § 1 D. de curatore bonis dando 42, 7: *Quaeque per eum eosve, qui ita creatus creative essent, acta ita gestaque sunt, rata habebuntur: eisque actiones et in eos utiles competunt* u. s. w. ist nach ihrer ganzen Fassung offenbar fast wörtlich einer Ediktsbestimmung entlehnt, und der unmittelbar vorhergehende, nicht erhaltene Passus wird wohl etwa gesagt haben, daß, wenn der Prätor von den Gläubigern angegangen werde, einen oder mehrere Kuratoren zu bestellen, er *causa cognita* solche ernennen solle. Das wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß in l. 2 pr. gesagt ist: *De curatore constituendo hoc iure utimur, ut praetor adeatur isque curatorem curatores constituat ex consensu maioris partis creditorum,* denn das *hoc iure utimur* mag sich darauf beziehen, daß die Bestellung *ex consensu maioris partis creditorum* erfolgte. Das Edikt über diesen Kurator kann schon alt sein, denn dieselbe wird bereits in der *lex agraria* vom Jahre 643 a. u. l. 56 erwähnt.

[1] L. 1 § 2 D. de cur. bon. 42, 7, l. 14 pr. D. eod., l. 23 § 2 D. de her. inst. 18, 5.
[2] L. 2 D. de feriis 2, 12.

Vergleichen wir mit der Stellung dieses Kurators die des *magister*, dem die *venditio bonorum* oblag, so kann man wohl annehmen, daß, wenn kein curator bestellt wurde, ihm von seiner Wahl an bis zur *venditio bonorum* auch jene *custodia* oblag, also die Befugnis zustand, zum Zweck der *custodia* einzelnes zu veräußern. Unter allen Umständen lag ihm aber die Herbeischaffung der zu den *bona* gehörigen Sachen, welche sich vielleicht in den Händen Dritter befanden, ob. Auf dieses dem *magister* obliegende *conquaerere* ist auch das in l. 57 § 1 D. de v. s. 50, 16 erwähnte „*persequi*" zu beziehen, welches wohl mit Recht mit dem im *principium* der Stelle genannten *magister* in Zusammenhang gebracht ist.[1] Das Wort „*persequi*" ist recht bezeichnend für (persönliche und dingliche) Klagen auf Herausgabe der zu den *bona* des Kridars gehörigen Sachen. Im Bereich dieses *conquirere* liegt namentlich auch das *interdictum fraudatorium* auf Restituierung fraudulös veräußerter Sachen zu den *bona*.

Dritte Abteilung.

Das Sachenrecht.

I. Besitz. Die Besitzinterdikte.

§ 138. Den Besitz nach Civilrecht darzustellen war nicht durchzuführen, ohne schon auf die dem prätorischen Recht angehörenden, zum Schutz desselben bestimmten Interdikte einzugehen. Hier bedarf es daher nur noch einer Darstellung derjenigen possessorischen Interdikte, welche dort nicht ausreichend berücksichtigt sind: des *interdictum utrubi* und der *interdicta unde vi*. Bezüglich des *interdictum uti possidetis* ist hier nur noch zu fragen, ob im Hadrianischen Edikt mehrere Formulare desselben aufgestellt waren. Ein auf *aedes* bezügliches ist in l. 1 pr. D. uti possidetis 43, 17 erhalten. Ein auf einen *fundus* bezügliches hat es in republikanischer Zeit, wie wir aus Fest. s. v. possessio wissen, gegeben. So ist es wohl wahrscheinlich, daß es auch im Hadrianischen Edikt ein solches gegeben, denn man mag wohl vermöge ausdehnender Interpretation *aedes* unter *fundus* subsumiren, aber kaum *fundus* unter *aedes*. Dafür spricht auch l. 1 § 7 D. eod. tit.: *Hoc interdictum locum habet, sive quis totum fundum possidere se dicat, sive pro certa parte* — —. Nach dieser Stelle möchte ich aber bezweifeln, daß ein besonderes Schema im Edikt für den *locus* aufgestellt gewesen sei, wie Lenel meint.[2] Zweifellos ist allerdings, daß *de loco* interdicirt werden konnte.[3] Das setzt aber nicht ein besonderes, darauf berechnetes Schema im Edikt oder eine besondere Erwähnung in dem auf den *fundus* bezüglichen Schema voraus, denn wenn auch *locus* von *fundus* unterschieden wird,

[1] Vgl. Degenkolb, Magister und Kurator im altrömischen Konkurs S. 7 und die dort citierten Schriftsteller.

[2] Edictum S. 378.

[3] L. 3 §§ 4 u. 6 D. eod. tit. Frontin. de controv. agror. p. 44. 4. L.

so heißt es doch in der wohl gerade auf das *interdictum uti possidetis* bezüglichen, aus dem 69. Buch des Ulpianischen Ediktskommentars entlehnten Stelle, l. 60 D. de verb. sig. 50, 16: — *Ceterum adeo opinio nostra et consuetudo locum a fundo separat, ut et modicus locus possit fundus dici, si fundi animo eum habuimus. Non etiam magnitudo locum a fundo separat, sed nostra affectio etc.* So konnte der Prätor auf Grund des den *fundus* betreffenden Schemas im betreffenden Fall de loco interdizieren, d. h. ein *interdictum utile* geben, wie es auch RUDORFF[1] annimmt.

Die Formel des *interdictum utruli* ist bei Gai. IV, 160 und in l. un. pr. D. de utrubi 43, 3 (aus dem 72. Buch von Ulpian's Kommentar) überliefert. In beiden Überlieferungen finden wir nicht den auf die Besitzfehler (*vi, clam* oder *precario*) bezüglichen Zusatz, der doch, wie wir u. a. aus Gai. IV, 150 ersehen, auch in diesem Formular nicht gefehlt hat. Dagegen hat das Formular bei Gai. IV, 160 einen auffallenden Zusatz, es heißt dort: *Utrubi hic homo de quo agitur apud quem maiore parte huius anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto.* STUDEMUND-BÜGER halten die Worte für aus einem Glossem zu *utrubi* entstanden. Es ist nun aber nicht ausgeschlossen, daß der auf die Besitzfehler bezügliche Passus in dem Formular unseres Interdikts einen besonderen Satz gebildet habe, wie in den älteren Formularen der *interdicta uti possidetis* und *unde vi*, dessen Anfang jene Worte *apud quem* gebildet haben können, einen Satz, dessen Anfang Gaius nur angab, wie wir in solchem Fall Gedankenstriche oder ein u. s. w. folgen lassen. Diese Anfangsworte sind dann später von einem Abschreiber als unverstanden an eine falsche Stelle gebracht. RUDORFF hat zwar die Worte beibehalten, aber darauf folgen lassen: *maiore parte huius anni fuit*, während diese Worte in den ersten Satz gehören. Meines Erachtens ist zu restituieren: *Utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huius anni fuit, apud eum nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto.*

Zur Erfassung des Wesens dieses Interdikts ist von einer Bemerkung JHERING' auszugehen. Er sagt:[2] „Die Entziehung (des Besitzes bei beweglichen Sachen) ist hier eben der Beweglichkeit wegen ungleich leichter möglich, namentlich auch ohne Gewalt durch heimliche Wegnahme, Unterschlagung, Zulaufen der Tieren (in Rom auch Sklaven), Zuschwemmen von Sachen u. s. w. Der augenblickliche Besitzstand hat darum hier eine ungleich geringere Bedeutung als bei Immobilien, da er so leicht erlangt und verändert werden kann." Man beachte nun, daß in der Interdiktsformel das Wort „*possidere*" gar nicht gebraucht ist, weder in den Vordersätzen, noch in dem mit *vim fieri veto*. Es steht vielmehr: *utrubi — fuit, apud quem — fuit*, und *quominus is eum ducat — fieri veto*. Es war also wohl nicht die ursprüngliche Vorstellung der Römer, weshalb aus relativ längerer *possessio* geklagt werde. Von solcher Vorstellung ist es eben nicht zu begreifen, wie sie das Interdikt als *retinendae possessionis* haben konnten. Das augenblickliche *apud aliquem esse* ist noch keine zu schützende *possessio* der Sache. Nur wenn die Sache (fehlerlos) im letzten Jahr war *apud aliquem fuit*, als bei seinem Gegner, wird er von der Gerichtsobrigkeit als der anerkannt, der nun die Sache mit sich führen darf, und in diesem Dürfen geschützt. So galt dem Prätor nicht schon der, *apud quem homo est*, als zu schützender *possessor*, sondern der, bei welchem er im letzten Jahr mehr als beim Gegner gewesen war, als gegenwärtiger, zu schützender *possessor*.

[1] De iurisd. ed. p. 219 not. 4. [2] Die Besitzklagen S. 168.

Erst auf die vergleichende Arbeit der Juristen ist es zurückzuführen, daß das augenblickliche *apud aliquem esse* einer beweglichen Sache, vorausgesetzt daß der erforderliche *animus* damit vereinigt war, schon als ein *possidere* angesehen wurde, und man nun die Voraussetzungen des *utrubi* dahin formulierte, es solle der siegen, *qui maiore parte eius anni nec vi nec clam nec precario ab adversario possederit.* Die Aufstellung der Kategorie der *interdicta retinendae possessionis* und die Zusammenstellung des *uti possidetis* und des *utrubi* unter derselben rührt von der Jurisprudenz, nicht vom Edikt her. In letzterem sind das *uti possidetis* und das *utrubi* nicht zusammengestellt, das letztere findet sich vielmehr unter der Zahl derer, bei welchen der Befehl auf *quominus ducere liceat (quominus ducat — inde abducere liceat) — vim fieri veto* lautet. Mit Recht wird angenommen, daß durch das *hic homo* des Interdiktsformulars der Sklave als ein *in iure* gegenwärtiger bezeichnet wird, er mußte mitgebracht werden. Das *ducere*, welches der Partei, bei welcher die in den vorhergehenden Sätzen bezeichneten Voraussetzungen zutreffen, gestattet wird, ist die Geltendmachung der *possessio*, welche bei *res se moventes* vorzugsweise durch das Mitsichführen geschieht. Daß beim Interdikt über andere bewegliche Sachen ein anderes Wort gebraucht sein muß, versteht sich von selbst.

Erst aus Gai. IV, 151 hat man ersehen, daß, um einen längeren Besitz im letzten Jahr, vom Interdiktserlaß rückwärts gerechnet, herauszubekommen, jede Partei sich nicht nur ihre eigene Besitzzeit anrechnen, sondern zu derselben auch die Besitzzeit ihres *auctor*, von welchem sie den Besitz durch ein Rechtsgeschäft oder durch Erbgang erworben hat, hinzurechnen darf, bezw. den des *auctor auctoris*. Natürlich muß die hinzuzurechnende Besitzzeit des *auctor* ebenfalls in das letzte Jahr vor Erlaß des Interdikts fallen. Auch muß die Partei selbst, wenn auch nur die kürzeste Zeit, besessen haben, damit sie von der *accessio possessionis* Gebrauch machen könne, denn zu nichts kann nicht etwas hinzukommen *(nullam — propriam possessionem habenti accessio temporis nec datur nec dari potest)*. Ebenso kann der, welcher dem Gegner gegenüber eine vitiöse *possessio* hat, sich nicht zu derselben fehlerlosen Besitz des *auctor* hinzurechnen, wie umgekehrt sich keine Partei zu eigenem fehlerlosen Besitz fehlerhaften Besitz des *auctor* hinzurechnen kann. Da es beim *interdictum* nicht auf Usukapionsbesitz, sondern nur auf juristischen, zum Interdiktsschutz geeigneten Besitz ankommt, so kann auch die Zeit, während welcher der Pfandgläubiger, der *precario rogans*, besessen, demnächst nach Rückgabe der Sache an den Verpfänder, den *precario rogatus*, zu dessen Besitzzeit hinzugerechnet werden. Auch ist es nicht nötig, daß der Besitz des Nachfolgers sich zeitlich unmittelbar an den des *auctor* anschließe. So kann der Erbe, auf den durch Erbgang der Besitz nicht übergeht, sich, nachdem er die Erbschaft angetreten und den Besitz der betreffenden Erbschaftssache ergriffen, zu seiner Besitzzeit die des Erblassers hinzurechnen.

Die *accessio possessionis* beim *utrubi* ist nicht etwas, was dem „strengen" Recht nach stattfindet, sondern wie das Interdikt selbst vom Magistrat gewährt wird, so auch die *accessio possessionis*. Francke[1] hat zuerst darauf aufmerksam gemacht, daß die *accessio possessionis* beim *utrubi* auf bloßer *aequitas* beruhte, und das Eintreten derselben eine besondere Rechtsbegünstigung voraussetzte. Man hat sich dafür namentlich auf die Äußerung Scävola's in l. 14 pr. D. de div. temp.

[1] Civilistische Abhandlungen S. 35 ff.

pr. et de accessionibus possessionum 44, 3, einer Lex, welche nachweislich nur von ler *accessio possessionis* beim *interdictum utrubi* handelt, berufen. Diese Stelle autet: *De accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola aequitate.* Damit stimmt auch Gaius überein, wenn r IV, 151 sagt: *Sed in utrubi interdicto non solum sua cuique possessio prodest, sed iam alterius, quam iustum est ei accedere, veluti* u. s. w. Im Anschluß an diese Ansicht meines Lehrers FRANCKE habe ich schon in meiner Erstlingsschrift[1] ausgesprochen, daß der Prätor die *accessio* beim *utrubi* wahrscheinlich nur *causa cognita* gegeben habe, wie denn ja auch immer von einem *tribuere, dare* derselben lie Rede ist. Sehr möglich, daß eine an das Interdiktsformular im Edikt sich nschließende besondere Klausel versprach, daß es *causa cognita* gestattet werden olle, sich der *accessio ex persona auctoris* (ausdrücklich vielleicht nur *venditoris*) u bedienen. Im einzelnen Fall muß dann ein die *accessio* gewährender Zusatz n das Interdiktsformular aufgenommen sein, worauf auch Venuleius' Äußerung n l. 15 § 5 D. h. t. hindeutet: *Hae autem accessiones non tam late accipiendae unt quam verba earum patent.* Doch kann solcher Zusatz nicht in der Weise emacht sein, wie LENEL[2] meint, daß nämlich hinter *utrubi* . . . *fuit* eingefügt urde: *sive nec vi nec clam nec precario apud eum fuit, unde is emit;* denn danach ürde die eine oder andere Partei auch bloß auf Grund der Besitzzeit ihres *uctor* zum Siege haben gelangen können, der Zusatz muß etwa gelautet haben: *cedente* (oder *addito*) *tempore, quo apud eum fuit, unde is emit* —.

Von dem Formular des *interdictum unde vi* haben wir Überlieferungen, elche älter sind, als das uns in den Digesten erhaltene, was um so wertller ist, da, wie sich zeigen wird, das aus Ulpian's Ediktskommentar herammende bei seiner Aufnahme in die Digesten von Justinian's Arbeitern interliert worden ist. Die älteste, doch nicht ganz wörtliche Überlieferung ist e in der *lex agraria* vom Jahre 643 d. St. l. 18. Sie stimmt im wesentlichen erein mit der Überlieferung des Wortlauts des Interdikts, wie sie sich bei cero pro Tullio c. 44, 45, pro Caecina c. 19, 30—32 findet, wie er also zur it von Cicero's Reden pro Tullio (682 oder 683) und pro Caecina (685), va 40 Jahre später, war. Danach hat das Interdikt gelautet: *Unde tu aut nilia aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno deiecisti, cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo tituas.* Cicero bemerkt dazu pro Tullio: *Fuit illud interdictum apud maiores tros de vi, quod hodie quoque est.* Ihm war also keine wesentlich verschiedene ere Formel des Interdikts bekannt. Durch das *Unde — deiecisti, eo — restituas* war genügend angedeutet, daß das Interdikt sich nur auf Grundstücke og. Der Interdiktskläger soll wieder in das Grundstück eingesetzt werden, welchem er gewaltsam vertrieben ist. Vgl. Cic. pro Caecina c. 30: *Hoc n intellegitur: Unde tu deiecisti; sive ex quo loco sive a quo loco: eo restituas; hoc iam simplex est: in eum locum restituas rel.* — Wie auf Seiten des icierten das *„aut familiam aut procuratorem illius"* zu verstehen, ist bereits ier (Bd. II S. 337) dargelegt worden. Es ist dort gezeigt, daß unter dem *uratorem illius* nur der Generalprokurator des abwesenden *possessor*, vielleicht h der gerade für die Verwaltung dieses Grundstücks eingesetzte *procurator* standen war. Bezüglich des *procurator* des Beklagten aber: *Unde tu aut*

[1] Juris romani principia de accessionibus possessionum u. s. w. Gottingae 1858 p. 23.
[2] Edictum S. 392.

familia aut procurator tuus rel. könnte man sich auf Cicero's Ausführung pr Caec. c. 20 beziehen wollen: — *de liberis autem quisquis est, procuratoris nomen appellatur: non quo omnes sint aut appellentur procuratores, qui negotii nostri aliquid gerant; sed in hac re cognita sententia Edicti verba subtiliter exquiri omnia nolumus . . . non alia ratio iuris in hoc genere duntaxat, utrum me tuus procurator deiecerit is qui legitime procurator dicitur omnium rerum eius, qui in Italia non sit, absentis rei publicae causa, quasi quidam paene dominus, hoc est, alieni iuris vicarius: an tuus colonus, aut vicinus, aut cliens, aut libertus, aut quivis, qui illam rem deiectionemque tuo rogatu aut tuo nomine fecerit.* Cicero will demnach unter *procurator* im Sinne des Interdikts jeden verstanden wissen, der im Auftrag oder im Namen des anderen die Dejektion vorgenommen hat. Es soll nun nicht bestritten werden, daß zur Zeit Cicero's jene Auffassung des *procurator* auch schon von Juristen verteidigt wurde. Geleugnet werden aber muß, daß sie ursprünglich im Sinne der Proponenten des *interdictum de vi* lag. Cicero selbst sagt ja, wer ursprünglich *procurator* genannt wurde, und daß nicht alle *procuratores* genannt würden, *qui negotii nostri aliquid gerant.* Und noch zu Pomponius' Zeit behaupteten nach l. 1 § 1 D. de proc. 3, 3 *quidam*, daß *ne is quidem qui rem perferendam vel epistolam vel nuntium perferendum suscepit, proprie procurator* genannt werde. Sollten nun schon die *maiores*, von welchen die Aufstellung des *interdictum de vi* ausging, unter dem *procurator* auch den zur Vornahme der Deiektion Beauftragten oder Angestifteten verstanden haben? Gewiß nicht. Sie verstanden unter dem *procurator*, für dessen *vis* der Vollmachtgeber unbedingt haften sollte, vor allen den *procurator omnium rerum eius, qui in Italia non sit, absitve rei publicae causa* und vielleicht noch den *procurator* welcher auf einem von der Stadt entfernt liegenden Grundstück die rechtlichen Angelegenheiten des Vollmachtgebers wahrzunehmen hatte. Daß nicht jeder zur Deiektion von einem anderen Angestiftete darunter verstanden wurde, beweist ein anderes von Cicero erwähntes älteres Formular des *interdictum de vi*, welches seinerseits erst durch die ältere Bedeutung des *procurator* verständlich wird. Er sagt pro Tullio c. 29: *Videtis Praetores per hos annos interceder les interdicto velut inter me et M. Claudium: Unde de dolo malo tuo, M. Tulli, M. Claudius aut familia aut procurator eius vi detrusus est, cetera ex formula.* Dieses *de dolo malo tuo — detrusus est*, erklärt Cicero als *rationem inire, consilium inire, ut ille deiiceretur.* Wenn der *procurator* der anderen Formel einen durch solches *consilium inire* zur Dejektion Angestifteten umfaßt hätte, so wäre zur Gewährung eines Interdikts mit jener Formel *per hos annos* gar keine Veranlassung gewesen. Die Prätoren bedienten sich hier noch des Wortes *detrudere* statt *deiicere*, welches früher auch in der gewöhnlichen Formel unseres Interdikts gebraucht wurde, nach pro Caecina c. 17: *Quid? detrusum dices? nam eo verbo antea praetores in hoc interdicto uti solebant.* Es ist wohl nicht zufällig, daß man sich dieses derbsinnlichen *detrudere* in jener Formel auch später noch (*per hos annos*) bediente, als dasselbe in der gewöhnlichen Formel schon durch *deiicere* oder *eiicere* verdrängt war. Schon durch die passivische Fassung des Satzes: *Unde dolo malo tuo — vi detrusus est* ist angedeutet, daß der Beklagte nicht selbst als Subjekt des *detrudere* gedacht ist, und noch stärker ist durch das *detrudere*, welches so kräftig die *vis, que manu et ipso tactu corporis fit*, ausdrückt, in Verbindung mit *dolo malo tuo* hervorgehoben, daß als Subjekt des *detrudere* ein anderer gedacht ist, als der, welcher durch seinen *dolus* dasselbe angestiftet hat.

Vergleichen wir jetzt mit der Gestalt des Interdikts zur Zeit Cicero's diejenige, welche uns in dem Ediktskommentar Ulpian's in den Digesten überliefert ist, also auf das Hadrianische Edikt zurückgeht. Das Interdikt der Digesten lautet nach l. 1 pr. D. de vi et vi armata 43, 16: *Unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, de eo quaeque ille tunc ibi habuit tantummodo intra annum, post annum de eo quod ad eum qui vi deiecit pervenerit, iudicium dabo.* Daß dieses Formular aus zweierlei heterogenen Bestandteilen von den Justinianischen Arbeitern zusammengesetzt ist, nämlich aus dem ersten Teil des Interdiktsformulars und in seinem zweiten Teil aus einem eine Klage versprechenden Edikt *(iudicium dabo)*, lehrt der Augenschein. Wie sich die Fassung des Interdiktsformulars auf seiten des Klägers, des Deiicierten, vereinfacht hat, ist bereits früher (Bd II S. 336 f.) dargelegt worden. Aber auch die Fassung auf seiten des Beklagten hat in den Worten: *Unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit* eine Veränderung erfahren: der Prokurator ist nicht mehr genannt. Der *dominus* haftet also nicht mehr für die ohne sein Vorwissen von seinem Generalprokurator vorgenommene Dejektion. Andererseits umfaßt das *„deiecisti"* jetzt auch den Fall, in welchem jemand einen anderen zur Dejektion angestiftet, beauftragt hat. Vgl. l. 1 § 12 D. h. t.: *Deiecisse autem etiam is videtur, qui mandavit vel iussit, ut aliquis deiiceretur: parvi enim referre visum est, suis manibus quis deiciat an per alium: quare et si familia mea ex voluntate mea deiecerit, ego videor deiecisse.* Daher ist neben dieser neuen Formel des *interdictum de vi* keine Spur mehr von jener bei Cicero erwähnten gegen den Anstifter: *Unde dolo malo tuo — detrusus est* zu finden. Die Erwähnung der Deiektion durch die *familia* findet sich auch in der neuen Formel, weil, wenn die Sklaven jemandes eine Dejektion gegen seinen Willen vorgenommen haben, er in ihrem Namen haften soll, aber mit der Befugnis, sich durch *noxae deditio* von dieser Haftnng zu befreien (l. 1 § 15 D. h. t.). — Nach Keller's Annahme hat sich in der neuen Formel der auf den verlosen Besitz des Deiicierten bezügliche Satz auch vereinfacht; er besteht nicht mehr, wie früher, aus zwei Sätzen *(cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret)*, sondern aus einem Satze: *cum nec vi nec clam nec precario a te possideret.* Die Worte *cum ille possideret* seien weggelassen, das Erfordernis des Besitzes sei als in dem *unde — deiecisti* stillschweigend enthalten anzusehen. Keller's Annahme ist von anderen bestritten, so auch neuerlich Lenel.[1] Dieser sagt, wenn Keller Recht hätte, so würde Ulpian die Ausführungen, die er in l. 1 § 23—26 gebe, sicher schon an l. 1 § 9, 10 angebracht haben. Nun spricht allerdings Ulpian schon in den letztgenannten Paragraphen von der Dejektion. Aber Lenel berücksichtigt nicht, daß die Formel nach *unde tu — deiecisti* hinzufügt: *aut familia tua deiecit*, und daß von daran der Passus *„aut familia tua deiecit"* erläutert wird. Ulpian hatte also keine Veranlassung, auch hier noch einmal auf den Begriff der Dejektion einzugehen, wenn er nicht dies in einer Weise § 23: *Interdictum autem hoc nulli competit nisi ei, qui tunc cum deiiceretur possidebat, nec alius deiici visus est quam qui possidet*, ohne die besondere Erwähnung des Erfordernisses des Besitzes mit den Worten *„cum ille possideret"* ausschließt. Lenel selbst meint, daß in dem zu Ulpian's Zeiten aufgestellten *interdictum de vi armata* das Erfordernis des Besitzes nur aus dem Erfordernis der Dejektion gefolgert wurde. Wenn dem so war, so ist gar nicht abzusehen, warum die Prätoren in der jüngeren

[1] *Edictum* S. 372.

Fassung des *interdictum vulgare*, bei deren Aufstellung jene Auffassung [illegible] *deiicere* gewiß schon unbestritten war, noch die Worte *cum ille possideret* [illegible] genommen haben sollten, zumal hier ja jene Auffassung durch das folgende [illegible] *nec vi nec clam nec precario possideret* völlig außer Zweifel gestellt wurde.

Der Befehl des älteren Interdiktsformulars lautete nach Cicero einfach [illegible] *eo restituas*, und nach KELLER's Annahme hat darin auch das jüngere Formular (des Hadrianischen Edikts) keine Änderung eintreten lassen. Von anderen [illegible] das bestritten: RUDORFF und LENEL lassen in der jüngeren Formel den Befehl lauten: *eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas.* Daß dafür der Nachsatz in dem in l. 1 pr. D. h. t. überlieferten Ediktsstück: *de eo, quaeque ille tunc [illegible] habuit, tantummodo intra annum — — iudicium dabo* keinen Beweis liefern kann, wird sich bald zeigen. Mit Bestimmtheit folgt der Mangel des Zusatzes *quaeque tunc ille ibi habuit* im Interdiktsformular aus l. 1 § 6 D. h. t.: — *Plane si quae res sint in fundo, vel in aedibus, unde quis deiectus est, etiam earum nomine interdicto competere, non est ambigendum.* Wie könnte Ulpian sich so ausdrücken, wenn sich die Erwähnung jener *res* in dem Befehl des Interdiktsformulars fände? Damit stimmt überein die vom *interdictum de vi utile* des deiizierten Usufruktuars sprechende l. 3 § 15 D. h. t.: *Si igitur ibi fuerunt (res mobiles), dicendum est [illegible] ad eas referri hoc interdictum debere.* Auch sprachlich ist der von RUDORFF und LENEL angenommene Wortlaut des Restitutionsbefehls nicht zu halten. Denn [illegible] *eo*, d. h. *in eum locum* oder *fundum restituas illum* paßt das *quaeque ille ibi habuit* nicht, denn dazu ist *ei* hinzuzudenken. KELLER nimmt nun an, in der Formel des *secutorium* oder *arbitrarium iudicium* sei der *res, quae ibi fuerunt* ausdrücklich Erwähnung geschehen. Damit ist nicht genügend geholfen. Das Richtige scheint, daß dem Formular des *arbitrarium iudicium* ein dasselbe versprechendes Edikt vorausgegangen ist, aus welchem der Nachsatz der l. 1 pr. D. h. t. stammt. LENEL nimmt nur eine im Album sich findende Verheißung einer *in factum actio* für den Fall, daß die Jahresfrist des Interdikts bereits abgelaufen sein sollte, desgleichen wider die Erben an und meint, dem Edikt über diese *actio in factum* entstammten ohne Zweifel die Worte, die wir jetzt in dem gefälschten Edikt der l. 1 pr. D. h. t. fänden: *post annum de eo, quod ad eum qui vi deiecit pervenit, iudicium dabo.* Dagegen ist nichts einzuwenden, aber man muß weitergehen, denn schon die vorhergehenden Worte: *quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum* sind auch echt und entstammen demselben Edikt. Zur Bestätigung dienen Vat. Fr. § 319: — *unde aditus praeses provinciae si de possessione te posse animadvertit nec annus excessit, ex interdicto ‚unde vi' restitui te* (lies statt *te* RUDORFF *rem*) *cum sua causa providebit, vel si hoc tempus finitum est, ad formam promissam.* Das stimmt zu dem — *tantummodo intra annum, post annum* u. s. w. Es geben aber die citierten Worte der Vat. Fr. noch einen weiteren Anhalt für die Feststellung des Inhalts jenes Edikts. Vor Ablauf des Jahres soll eine *actio ex interdicto* gewährt werden, die Klage nach Ablauf des Jahres kann nicht *ex interdicto* hergeleitet werden: es soll restituiert werden *ad* oder *per formam promissam.* Diese nach Ablauf des *annus* zu gewährende Klage *in id, quod ad eum, qui vi deiecit, pervenerit* kann nicht unmittelbar aus dem Interdikt, sondern nur *ex causa interdicti* hergeleitet werden. Man vergleiche damit den allgemeinen Ausspruch in l. 4 D. de interd. 43, 1: *Ex quibus causis annua interdicta sunt, [illegible] his de eo, quod ad eum, cum quo agitur, pervenit, post annum iudicium dandum. Sabinus respondit.* Auch gegen die Erben des Deiizienten wird ein *iudicium* [illegible] *quod ad eos pervenit*, versprochen sein.

Jünger als das gewöhnliche *interdictum de vi* ist das sog. *interdictum de vi armata* oder *interdictum de vi hominibus coactis armatisve.* Die Not der Zeiten der Bürgerkriege hat zur Aufstellung desselben geführt: es erschien ein strengeres Interdikt nötig, um den durch bewaffnete Rotten verübten Gewaltthätigkeiten energischer zu steuern. Das Edikt lautete wohl schon zu Cicero's Zeit, wie Lenel annimmt: *Unde tu aut familia aut procurator tuus illum vi hominibus coactis armatisve deiecisti, eo restituas.* Es waren hier auf seiten des Klägers schon damals die Worte *„aut familiam aut procuratorem illius"* weggelassen; die Jurisprudenz war schon so weit fortgeschritten, daß sie durch Vertreibung der *familia* bezw. des *procurator* den *dominus* selbst als deiiciert ansah. Daß mit Rücksicht darauf jene Worte im Formular des *interdictum de vi armata* weggelassen waren, zeigen Cicero's Worte pro Caecina c. 13 § 37: *Deiicior ego, inquis, si quis meorum deiicitur. Omnino. iam bene agis. a verbis enim recedis, et aequitate uteris. nam verba ipsa si sequi volumus, quomodo tu deiiceris, cum servus tuus deiicitur. Verum ita est, ut dicis, te deiectum debeo intelligere, etiam si tactus non fueris.* — Ferner sind die Worte *in hoc anno* weggelassen:[1] auch nach Ablauf eines *annus utilis* seit der Dejektion soll dieses Interdikt doch angestellt werden können.

Keller ist der Meinung, das *interdictum de vi armata* habe auch dem dejizierten Detentor zugestanden, was er darauf stützt, daß in der Interdiktsformel die Worte *„cum ille possideret"* weggelassen seien. Allein dieses Interdikt ist in einer Zeit aufgestellt, in welcher die Jurisprudenz bei der Interpretation schon nicht mehr so am Wort haftete, wie zu der Zeit, in welcher das ältere *interdictum de vi vulgare* aufgestellt wurde, wie sich das uns schon vorher gezeigt hat. Man nahm hier gleich an, was später auch beim *vulgare* durchgedrungen ist, daß das Erfordernis des Besitzes schon im Begriff des *deiici* liege. Daß man in dem Formular des *vulgare interdictum* den Zusatz *„cum ille possideret"*, der sich einmal darin befand, länger beibehalten hat, erklärt sich aus dem konservativen Sinn der Römer: gefallen ist er demnächst auch hier.

Nicht bloß dadurch, daß der Zusatz *in hoc anno* weggelassen wurde, sondern noch mehr dadurch, daß der Restitutionsbefehl hier *sine ulla exceptione* erlassen wurde, war dieses Interdikt strenger, als das *vulgare.* Der mit demselben belangte Dejizient konnte sich also nicht darauf berufen, daß der Besitz des deiizierten ihm gegenüber ein fehlerhafter gewesen: auch der Zusatz *„cum nec vi nec clam nec precario a te possideret"* fehlte hier.

Jene Äußerungen Cicero's, daß der Prätor hier *sine ulla exceptione* den Restitutionsbefehl erteilt habe, beziehen sich aber nur auf die im *interdictum de vulgare* sich findenden ständigen Zusätze: sie dürfen, wie Keller u. a. mit Recht sagen, nicht dahin mißverstanden werden, daß in das *interdictum de vi armata* überhaupt gar keine Exceptionen hätten aufgenommen werden können. Cicero selbst erwähnt in einem Briefe an Trebatius (ad Fam. VII, 13) die *exceptio in interdicto: Quod tu prior hominibus armatis non veneris.*

Die größere Strenge des Restitutionsbefehls wird in dem Vordersatze des Interdiktsformulars dadurch begründet, daß das *vi deiicere* geschehen sei *hominibus coactisve armatisve.* Die Gewalt muß also zugefügt sein durch zusammengerufene, zusammengerottete Menschen oder durch bewaffnete Menschen. Solche Gewalt ist gefährlicher: sie wird von Cicero als eine *quae ad caput et ad vitam tendit* charakterisiert.

[1] Cic. ad Fam. XV, 16, 3.

In den Digesten wird bei der Erläuterung dieses Interdikts (l. 3 § 2 f. D. de vi et de vi armata 43, 16) das „*hominibus armatis*" kommentiert, nicht aber das „*hominibus coactis*", obwohl das letztere in dem Formular voranstand. Ob erst die Kompilatoren den betreffenden Passus des Ulpian'schen Kommentars weggelassen haben, oder ob schon das Hadrianische Edikt den Zusatz *hominibus coactis* hier weggelassen und nur für den Fall der durch *armati homines* verübten Dejektion den strengen Restitutionsbefehl noch aufrecht erhalten hat, läßt sich nicht mit Sicherheit entscheiden. Dafür, daß schon das Formular des Hadrianischen Edikts eine etwas geänderte Fassung hatte, spricht, daß die Aufstellung des ursprünglichen Formulars durch die vorübergehenden, besonders unsicheren Zeiten, die der Bürgerkriege (Cic. pro Tullio c. 46: — *constitutum propter eandem iniquitatem temporum nimiamque hominum licentiam* — — veranlaßt ist. Nicht zu übersehen ist dabei, daß auch Gaius IV, 155 nur von *armis vi deiicere* spricht. Den Begriff der *arma* interpretierte man aber weit: man verstand darunter auch *fustes* und *lapides*. Das „*restituas*" bezog man auch hier mit auf die beweglichen Sachen, welche sich zur Zeit der Deiektion auf dem Grundstück befanden (l. 14 D. h. t.).

Nicht unwahrscheinlich ist die Vermutung Huschke's,[1] daß aus dem *interdictum de vi armata* nur *per sponsionem*, also nur *cum periculo* geklagt werden konnte, eine *arbitraria formula* daraus nicht gewährt wurde. Einmal spricht dafür die strenge Natur dieses Interdikts, dann das völlige Schweigen Cicero's über die Möglichkeit solcher *arbitraria actio* bei seinen Ausführungen über dieses Interdikt in der Oratio pro Caecina.

Auch darin zeigt sich noch eine Abweichung des *interdictum de vi armata* von dem *vulgare interdictum*, daß, während das letztere dem Freigelassenen gegen den Patron und den Kindern gegen ihre Eltern nicht zusteht, jenes auch gegen die genannten Personen gewährt wird[2] (offenbar, weil sie solche Rücksicht durch die eigene *vis armata* verscherzt zu haben scheinen).

II. Sogenanntes bonitarisches Eigentum, *bonae fidei possessio* u. s.

1. Die *Publiciana in rem actio. Exceptio rei venditae et traditae.*

§ 139. In l. 1 pr. D. de Publiciana in rem actione 6, 2 ist uns ein angebliches Ediktsstück überliefert, bezüglich welches es sehr zweifelhaft ist und bezweifelt wird, inwieweit es dem Hadrianischen Edikt wirklich angehörte oder von Justinian's Arbeitern zurechtgestutzt sei. Ehe wir darauf eingehen, ist zunächst zu zeigen, wie es in der jetzigen Fassung, einerlei, von wem dieselbe herrühre, zu verstehen ist bezw. allein verstanden werden kann. Die Worte lauten: *Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.* Es wird seit lange darüber gestritten, ob die Worte *non a domino* zu dem voraufgehenden *traditur* oder zu dem nachfolgenden *petet* zu ziehen seien. Nach der Auffassung dessen, von dem die jetzige Fassung des Ediktsstücks herrührt, können sie nur zu *petet* zu beziehen sein, wie ja auch in l. 3 § 1 D. h. t. herausgehoben wird: *Ait Praetor: ex iusta causa petet;* denn würden sie zu *traditur* gezogen, so müßte man doch auch die Worte *non a domino* zu dem vorhergehenden ziehen, und dann wäre das *et* vor *nondum usucaptum* sinnlos und müßte gestrichen werden. Es bleibt also nur übrig, die

[1] Analecta litt. p. 178. Studien S. 15. [2] L. 1 § 43 D. de vi 43, 16.

Worte *ex iusta causa non a domino* zum folgenden *et nondum usucaptum petet* zu ziehen. Ist das nun der sprachliche Zusammenhang des Ediktsstücks, wie ihn sich der, von welchem die Fassung herrührt, dachte, so kann es, meine ich, keinen Augenblick zweifelhaft sein, daß dies nicht die ursprüngliche Fassung des Edikts, sondern die eines der Justinianischen Arbeiter ist. Wenn auch dem sprachlichen Zusammenhange nach *ex iusta causa* nur zu dem folgenden gezogen werden kann, so verstanden die Kompilatoren die Worte doch so, als gehörten sie zu *traditur*, wie der Kommentar zeigt, welchen sie in l. 3 § 1 cit. auf die Worte: *ex iusta causa petet* folgen lassen: *qui igitur iustam causam traditionis habet, utitur Publiciana* u. s. w. Klassische Juristen und Ediktsredaktoren hätten nimmer *ex iusta causa petere* geschrieben, wenn sie in Wahrheit an ein *ex iusta causa tradere* gedacht hätten. Ferner ist es zu bezweifeln, daß der Ediktsredaktor so schlechthin den abstrakten Begriff der *iusta causa (traditionis)* in Edikt verwandt habe, schon deshalb, weil er sich dadurch der naheliegenden Gefahr einer falschen Auslegung seines Willens aussetzte. Hält es doch Gaius in l. 13 D. h. t., nachdem er zunächst den allgemeinen Satz aufgestellt: *Quaecunque sunt iustae causae adquirendarum rerum — — dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio,* nicht für überflüssig im § 1 hinzuzufügen: *Interdum quibusdam nec ex iustis possessionibus competit Publicianum iudicium: namque precariae et precariae possessiones iustae sunt, sed ex his non solet competere tale iudicium* u. s. w. H. Erman[1] nimmt an, die Urpubliciana sei ganz gewiß auf Kauf gestellt gewesen, aber die Verallgemeinerung durch Theorie und Praxis, wonach der *bona fide* Erwerber die *Publiciana* erhalten, habe schon vor der Julianischen Ediktsredaktion bestanden, und da erscheine es unannehmbar, daß Julian bei seiner Ediktsredaktion die Beschränkung der *b. f. Publiciana* auf Kauf beibehalten hätte; solcher Widerspruch zwischen prätorischer Satzung und prätorischer Übung wäre zu stark gewesen, als daß ihn Julian vernünftigerweise hätte bestehen lassen können. Es ist indessen die Annahme ganz unzulässig, daß die schließliche Ediktsredaktion allen den Erweiterungen, welche die Ediktsbestimmungen durch anerkannte juristische Interpretation erfahren hatten, gegen diese Bestimmungen erweitert hätte. Das *ius honorarium* beruhte auf den Ediktsbestimmungen und deren Interpretation. Julian-Hadrian ließen die Anerkennung gelangten Interpretationsresultate selbständig neben dem Edikt bestehen, nahmen sie nicht etwa in dasselbe auf. Will das Edikt unmittelbar eine Erweiterung vornehmen, so verfährt es in anderer Weise, wie das Edikt für die *in integrum restitutio* wegen *absentia* und ähnlicher Gründe dadurch zeigt, daß es die Klausel hinzufügt: *Item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in eam rem restituam.* Wir werden denn auch sehen, daß bestimmte Indicien auf hinweisen, daß das Edikt selbst nicht den allgemeinen Begriff der *iusta causa* verwendet hat. Was dagegen spricht, daß im Edikt die Worte *id quod traditur* gestanden, ist schon von anderen hervorgehoben. Das *Praesens traditur* sich nicht halten. Lenel meint, statt *traditur* habe im Edikt *mancipatur* gestanden, und *id quod mancipatur* bedeute soviel wie *id quod mancipationem habet.* Nun wäre jedenfalls *id quod mancipatur* im Sinne von *res mancipi* zur Zeit Julian's schon ungebräuchlich gewesen, und daß die späteren Ediktsredaktionen ältere, später auffällige Fassungen älterer Edikte abänderten, dafür haben wir ja Beispiele. Warum sollte also hier Julian statt des später

[1] Zeitschrift d. Savignystiftung Bd. XI, S. 238 ff.

jedenfalls auffälligen *id quod mancipatur* oder *mancipio datur* nicht *res mancipi* gesetzt haben? Dann aber: wann hat wohl ein Prätor das unbestimmte *id* statt *rem* gebraucht?[1] *Id quod mancipatur* könnte, da ja auch Personen mancipiert werden konnten, auch auf Personen bezogen werden. Warum sagte also das ursprüngliche Edikt nicht: *rem quae nexu traditur* oder *rem quae mancipatur*? Mir ist das *id quod traditur* auch ein Indizium dafür, daß die uns überlieferte Fassung des Edikts von den Kompilatoren herrührt. Die Worte *non a domino* stehen, wie wir sahen, in dem Edikte jetziger Fassung in sprachlichem Zusammenhange mit *petet*, können hier also nur bedeuten, daß der *bonae fidei possessor* die *Publiciana* nicht gegenüber dem Eigentümer erhalten solle. Daß das wahre Edikt dies nicht gesagt haben kann, ist schon vollgenügend von anderen gezeigt worden.[2] Was hätte es dann der Erbittung bezw. Gewährung der *exceptio dominii* gegenüber der Klage bedurft, und warum hätte sich Neratius zum Beweise des „*Publiciana non ideo comparata est, ut res domino auferatur*, aber auf jene *exceptio* auf die *aequitas* zu berufen brauchen? Ferner scheint mir das *si petet* als Voraussetzung des *iudicium dabo* keine ediktsmäßige Ausdrucksweise zu sein, es macht gar sehr den Eindruck, als ob bei der Abfassung der Stelle ein Satz, wie der des Gaius IV, 36: *datur autem haec actio ei, qui iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque — — petit* vorgeschwebt hätte. Endlich will es mir, gegenüber der sonstigen präzisen Weise des Gedankenausdrucks im Edikt, nicht gefallen, daß des Besitzverlustes als Voraussetzung des *iudicium dabo* gar keine Erwähnung geschieht.

Der an das überlieferte Ediktsstück sich anschließende Kommentar bestärkt die Annahme, daß wir es mit einem Fabrikat der Kompilatoren zu thun haben. Ulpian soll geschrieben haben (nach l. 1 § 2 D. h. t.): *Sed cur traditionis dumtaxat et usucapionis fecit mentionem, cum satis multae sunt iuris partes, quibus dominium quis nanciscetur? ut puta legatum — —.* Hier fallen die Worte *et usucapionis* in hohem Grade auf. In dieser Weise angeführt, können sie die Meinung erwecken, als ob Ulpian neben der Tradition und dem Legat auch die Usukapion als Grund angesehen habe, auf welchen die *Publiciana* sich stützen könne, oder Tradition mit Usukapion zusammen als solchen Grund angesehen habe, was natürlich ganz unmöglich ist. Keinen solchen Anstoß würde es erregen, wenn dastünde: *Sed cur traditionis ex iusta causa dumtaxat fecit mentionem* u. s. w., aber auch das würde zu dem vorgehenden insofern schlecht passen, als ja, wie wir gezeigt haben, *ex iusta causa* nur zu dem folgenden *petet* gezogen werden kann. Ulpian schrieb wohl im Anschluß an den wirklichen Wortlaut des Edikts: *Sed cur traditionis dumtaxat et emptionis fecit mentionem cum satis multae* u. s. w., und führte dann wohl zunächst solche Eigentumserwerbsgründe an, bei welchen die Tradition nicht zum Titel gehört.

Von dem wirklichen Edikt, welches Ulpian kommentierte, enthält meines Erachtens das in l. 1 pr. D. h. t. Überlieferte fast nichts; ein Stückchen desselben ist uns aber in l. 7 § 11 erhalten: *Praetor ait: qui bona fide emit.* Die Kompilatoren befanden sich hier in der unangenehmen Notwendigkeit, das Stückchen mitzuteilen, da in dem Kommentar Ulpian's in Anknüpfung an dasselbe das Erfordernis der *bona fides* in Bezug auf die *Publiciana* erörtert wurde, welches in ihrem Fabrikat keine Stätte gefunden hatte. Ich denke

[1] Ermann freilich (a. a. O. S. 243 A. 1) findet es durchaus unanstößig. Es entspreche dem Ediktsstil. [2] Lenel, Beiträge z. Kunde des pr. E. S. 5 f.

mir das wahre Edikt über die *Publiciana* etwa folgendermaßen gefaßt: *Ei, qui rem bona fide emit, si eo nomine sibi traditam et nondum usucaptam amiserit, proinde atque si res usucapta esset, in ea verba iudicium dabo.*[1] In dem versprechenden Edikt war wohl angegeben, daß der Prätor eine Klagformel mit der Fiktion der Usukapion geben werde, wie wir das Gleiche in der *l. Rubria* c. 20 finden. Dieses Edikt lag allen Anwendungen der *Publiciana* zum Grunde, und es gab meines Erachtens nur eine *Publiciana*, die von Gaius IV, 36 mitgetheilte, welche dem Usukapionsbesitzer, welcher vor vollendeter Usukapion den Besitz verloren hat, gegeben wird, mochte die Usukapion beim Erwerb vom Eigentümer wegen mangelnder *mancipatio* oder *in iure cessio*, also wegen formellen Mangels des Erwerbsakts, oder wegen eines materiellen Mangels, also etwa beim Erwerb von einem Nichteigentümer oder wegen Handlungsunfähigkeit des Veräußerers, notwendig sein.[2] Bei der ersten Aufstellung der *Publiciana* bestand noch gar nicht der Unterschied zwischen dem *bonae fidei emtor*, dem später eine Art *dominium*, und dem, dem ein solches nicht zugeschrieben wurde: auch dem *bonae fidei emptor*, der das quiritische Eigentum wegen Mangels der Manzipation nicht erworben, wurde die *Publiciana* gegeben, und in beiden Fällen, mochte der dem Erwerb anklebende Mangel ein formeller oder materieller sein, wurde in die Klagformel dieselbe von Gaius angeführte Fiktion der Vollendung der Usukapion und des Eigentumserwerbs aufgenommen. Es sind Einwände erhoben worden gegen die Annahme, daß die Worte *qui bona fide emit* einem Ediktssatze angehört haben könnten. Lenel sagt: *Non possunt haec esse edicti verba: in edicto enim praetor aut ‚emerit' dixisset, aut „emisse dicetur".*[3] Lenel denkt sich dabei aber willkürlich das *‚qui-emit'* als unmittelbare Voraussetzung des *iudicium dabo*. War das Edikt ähnlich gefaßt, wie ich oben angegeben, so fällt jener Einwand hinweg. Ferner hat man das Bedenken geäußert, die Erwähnung der *bona fides* passe wohl für den Erwerb vom Nichteigentümer, aber nicht auf den (formlosen) Erwerb vom Eigentümer. Diesem Einwande hat man durch die Annahme entgehen wollen, daß beim (formlosen) Erwerb vom Eigentümer die *bona fides* objektiv zu nehmen sei. Indessen Brinz[4] sagt mit Recht: der *possessor* ist hier nur nicht im Irrtum, aber nichtsdestoweniger im Glauben. *Bona fides* ist auch ohne Irrtum möglich. Sie ist auch in jenem Falle nicht etwa überflüssig. Nähme beim Kauf vom Eigentümer der Käufer irrtümlich an, er kaufe von einem Nichteigentümer, so könnte, wer nicht bloß auf die *substantia*, sondern auch auf die *opinio* sieht, die Usukapion und *Publiciana* als ausgeschlossen ansehen. Auch der anschließende Kommentar Ulpian's im § 11 zeigt, daß das *‚qui bona fide emit'* nicht bloß auf den Kauf vom Nichteigentümer, sondern auch auf den vom Eigentümer zu beziehen sei (*Proinde hoc sufficit, me bonae fidei emtorem fuisse, quamvis non a domino emerim).* Aus der Fassung des Edikts, wie wir sie angenommen haben, erklärt sich auch die Erörterung in l. 7 § 14 ff. Daß *bona fides* zur Zeit des Kaufs erforderlich sei, konnte nach der Fassung des Edikts gar keinem Zweifel unterliegen. Ob aber auch *bona fides* zur Zeit der darauffolgenden Tradition nötig

[1] Mit den Worten *in ea verba* wird regelmäßig der Übergang von dem Edikt zur Formel gemacht sein, wofür auch auf die *lex Rubria* c. 20 verwiesen werden darf.

[2] Auch Lenel ist jetzt a. a. O. zur Annahme eines Edikts und einer Formel gekommen.

[3] Etwas abgeändert in Zeitschr. der Savignystiftung f. Rechtsgesch. XX, S. 21.

[4] Zum Rechte der *bonae fidei possessio*, in d. Festgabe der Juristenfakultät z. München zum Doktorjubiläum von Arndts S. 83.

sei, ergab sich aus der Wortfassung des Edikts nicht, und es konnte daher wohl die Meinung auftauchen, die nach dem Kaufkontrakt eintretende bezw. zur Zeit der Tradition vorhandene *mala fides* schade nicht mehr. Solcher Meinnng trat Julian entgegen, betonend, *oportere et tunc* (nämlich *initio traditionis) bona fide emtorem esse*.

Daß die Zurechtstutzung des Edikts durch die Kompilatoren auch gewisse Einwirkungen der Kompilatoren auf den Ulpianischen Kommentar bezw. vielleicht Umstellungen von Erörterungen desselben zur Folge gehabt habe, ist leicht begreiflich. Ulpian setzte wohl einmal auseinander, und zwar im Anschluß an die die Tradition erwähnenden Ediktsworte, daß die *Publiciana* nicht bloß Platz greife auf Grund von die Tradition einschließenden Eigentumserwerbsgründen, sondern auch auf Grund von solchen, die sie nicht einschlössen, wie Legat, Adjudikation. Sodann erörterte er im Anschluß an die Erwähnung des Kaufs, daß nicht bloß Tradition auf Grund eines Kaufs, sondern auch *ex causa dotis, ex causa solvendi, ex causa iudicati, ex causa noxae deditionis, ex causa donationis, permutationis* u. s. w. die *Publiciana* begründe. Eine weitere Erörterungsreihe mag sich auf die formellen und materiellen Mängel bezogen haben, welche sofortigen Eigentumserwerb, aber nicht Usukapion und daher auch nicht das Platzgreifen der *Publiciana* hinderten. Daß dann an die im Edikt vorkommenden Worte *qui bona fide emit* sich die Darstellung des Erfordernisses der *bona fides* anschloß, geht bereits aus dem früher Gesagten hervor.

Die von Gaius mitgeteilte Formel der *Publiciana* kuüpft an die Voraussetzung der Tradition der Sache auf Grund des Kaufs, worin sie die Begründung der *conditio usucapiendi* sieht, zunächst die Fiktion des Besitzes während der Usukapionszeit und infolgedavon die Fiktion quiritischen Eigentums in der Person des Klägers. Das Vorhandensein der *bona fides* ist in der Formel mit Recht nicht erwähnt, denn sie ist nur negatives Erfordernis wie der Usukapion, so der *Publiciana*. Es ist also Sache des Gegners, vor dem *iudex mala fides* des Klägers in den entscheidenden Momenten zu behaupten. Es ist jenes negative Erfordernis in der Fiktion „*tum si eius esse oporteret ex i. Q.*“ genügend inbegriffen. Das Erfordernis des Titels (in der ursprünglichen Musterformel Kauf und Tradition der Sache) ist aber positives Erfordernis der Usukapion und *Publiciana*, und die ausdrückliche Erwähnung desselben mußte als zur Begründung der folgenden Fiktionen erforderlich, denselben vorausgeschickt werden. Gewiß mußte in allen anderen, nach Analogie dieser Musterformel für andere Erwerbstitel gebildeten Formeln der *Publiciana* die Fiktion der Usukapion bezw. des quiritischen Eigentums in derselben Weise durch Anführung der die Usukapion positiv begründenden Momente, also des Titels selbst und, wenn dieser den Besitzerwerb nicht schon einschloß, auch des Besitzerwerbs begründet werden. So schließt schon die Formel der *Publiciana*, deren positive Voraussetzungen doch *in iudicio* vom Kläger dargelegt bezw. bewiesen werden mußten, die Möglichkeit der Ansicht aus, daß überall, wo Eigentum ohne Besitz erworben werde, auch die *Publiciana* keinen vorgängigen Besitz voraussetze.[1] In den vereinzelten Fällen, in welchen nach den Quellen die *Publiciana* ohne einen vorgängigen Besitz des Klägers gegeben wird,

[1] Wenn Windscheid, Pandekten I, § 199 A. 10 sagt, die *formula* der *Publiciana* sei auf die Voraussetzungen der Ersitzung gestellt, Besitz des Klägers aber, wo die angerufene Erwerbsthatsache ihn nicht erfordere, werde durch die Fassung der *intentio* nicht verlangt, so liegt darin ein offensichtlicher Widerspruch; denn wenn irgend etwas, so gehört doch Besitz zu den Voraussetzungen der Ersitzung.

handelt es sich um eine Überleitung der *Publiciana* von einer anderen Sache auf eine Accession oder von einem Erblasser auf einen Universalsuccessor oder von einer gewaltunterworfenen Person auf den Gewalthaber, der durch ihn erwirbt. So soll nach l. 11 § 2 ff., wenn eine *ancilla furtiva* bei einem *bonae fidei emptor* oder einem sonstigen *bona fide*-Erwerber derselben konzipiert hat, dieser bezüglich des später geborenen Kindes, auch wenn er dasselbe nie besessen hat, die *Publiciana* haben. Das Sklavenkind ist eine Accession der Mutter und fällt als solche dem zu, der die Mutter usukapieren könnte und bezüglich derselben die *Publiciana* hätte, falls sie nicht furtiv wäre. Sind, abgesehen von der Furtivität, die Voraussetzungen der *Publiciana* bezüglich der Mutter vorhanden, ist also diese von dem Kläger einmal besessen, so genügt das bezüglich der Accession der Mutter, des *partus*, vorausgesetzt, daß dieser selbst nicht furtiv ist. Nach l. 12 § 1 D. hoc tit. soll der Universalfideikommissar, dem *ex Trebelliano* eine Erbschaft restituiert ist, sich der *Publiciana* bedienen können, auch wenn er den Besitz der betreffenden Sache noch gar nicht erlangt hat. Man könnte meinen, dies erkläre sich daraus, daß die *Publiciana* eine vererbliche Klage sei (l. 7 §. 9: *Haec actio et heredi et honorariis successoribus competit*), folglich müsse sich auch der Universalfideikommissar, welchem nach erfolgter Restitution die *actiones hereditariae* gegeben werden, derer bedienen können. Es ist indessen bei dem Satz der l. 12 § 1 wohl daran gedacht, daß der Besitz des Erblassers durch seinen Tod untergeht und die Erbschaftssache in andere Hände gekommen ist. Da nun die Ersitzung nach bekanntem singulären Rechtssatz durch den Tod des Usukapienten nicht unterbrochen wird, sondern fortläuft, so muß konsequenterweise sich auch der Erbe bezw. nach erfolgter Restitution der Erbschaft der Universalfideikommissar der *Publiciana* bedienen können. Daß sein Besitzerwerb zur Begründung der *Publiciana* nicht verlangt wird, hat seinen Grund darin, daß auch die Usukapion bei dem Tode des Erblassers ohne Besitz fortläuft und erst durch den Besitzerwerb eines Dritten unterbrochen wird. — Die l. 15 D. h. t. sagt, daß, wenn ein *servus fugitivus* eine Sache von einem Nichteigentümer kaufe, dem Herrn (der an ihm den Besitz behält) die *Publiciana* bezüglich der Sache zustehe, wenn er auch den Besitz der gekauften Sache durch den *servus fugitivus* nicht erworben habe. Die römischen Juristen waren verschiedener Meinung darüber, ob der Herr durch seinen *in fuga* befindlichen Sklaven Besitz erwerben könne. Vgl. l. 1 § 14 D. de a. p. 41, 2. Pomponius scheint die Frage verneint zu haben. Diejenigen, welche den Besitzerwerb bejahten, mußten natürlich dem Herrn, wenn der Besitz der gekauften Sache durch die Person des Sklaven verloren wurde, die *Publiciana* geben. Aber auch, wer annahm, daß der Herr durch den *servus in fuga* den Besitz der von diesem gekauften Sache nicht erwerbe, konnte doch, falls der Sklave den Besitz der Sache verlor, die *Publiciana*, welche *ad instar proprietatis respicit*, als dem Herrn durch den Sklaven erworben ansehen, denn Rechte kann der Herr auch durch *servus in fuga* erwerben.

Die Fiktion der vollendeten Usukapion bezw. des quiritischen Eigentums der Person des Klägers bewirkten, daß die *Publiciana* wie die *rei vindicatio* gegen jeden Besitzer bezw. Inhaber der Sache an sich begründet war. Auch der beklagten Eigentümer würde ohne einen zu seinen Gunsten in der Formel gerichten Zusatz die Berufung auf sein Eigentum vor dem *iudex* nichts gehaben; gegen eine Verurteilung konnte ihn nur die *exceptio dominii*

schützen. Da die *Publiciana* überhaupt diese weitgehende Kraft hatte, so war es ganz unnötig, seitdem sich der Begriff eines bonitarischen Eigentums gebildet hatte, dem bonitarischen Eigentümer eine besonders gestaltete *Publiciana* zu geben. Fraglich ist aber, ob nicht bloß der Eigentümer, sondern auch ein anderer *bona fide*-Erwerber die *Publiciana* durch eine *exceptio* zurückweisen könne, der letztere nämlich durch die *exceptio*, daß auch er diese Sache gekauft und tradiert erhalten bezw. durch einen anderen zur Usukapion geeigneten Titel erworben habe.[1] Eine Ansicht, die nach l. 31 § 2 D. de a. e. 19, 1 von Neratius vertreten war, wollte von verschiedenen *bona fide*-Erwerbern, einerlei, ob sie von verschiedenen oder demselben Autor erworben hätten, den geschützt wissen, dem zuerst auf Grund seines Erwerbstitels die Sache tradiert sei. Nach der von Julian, Ulpian und Paulus verteidigten Auffassung aber sollte nur, wenn sie von demselben *non dominus* die Sache gekauft hätten, der siegen, welchem zuerst tradiert sei; dagegen sollten, wenn sie von verschiedenen *non domini* gekauft hätten, ihre Rechte als gleich stark gelten, also bei solcher Kollision der im faktischen Besitz Befindliche, also der Beklagte, siegen. Ein weiterer Zweifel scheint noch darüber bestanden zu haben, ob in dem Fall, wo der frühere Erwerb den Vorzug gab, schon ein früherer Kauf, ohne hinzukommende Tradition, den Vorzug habe, also der frühere Käufer dem späteren, auch wenn dem letzteren früher tradiert sei, vorgehe. Wenn man sich auch dahin einigte, daß nur der Käufer, dem früher tradiert sei, den Vorzug haben könne, so zeigt doch schon der Zweifel, daß man in dem Kauf, als der *causa traditionis*, bereits den Anfang des Erwerbs sah. Derjenige aber, welcher die Sache vom Eigentümer selbst erworben hatte, ohne aber quiritischer Eigentümer geworden zu sein, konnte die gegen seine *Publiciana* gerichtete *exceptio* des Beklagten, daß er auch von einem anderen *(non dominus)* erworben habe, durch die Replik elidieren, daß er, der Kläger, die Sache vom *dominus* erworben habe (l. 19 D. de act. e. 19, 1: *si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est).* Wenn aber der, welcher vom Eigentümer gekauft und tradiert erhalten hatte, sich der *Publiciana* gegen den später wieder in den Besitz der Sache gekommenen Eigentümer bediente, so konnte er die *exceptio dominii* desselben vermittelst der *exceptio rei venditae et traditae* elidieren.

Daß der, welcher eine Sache vom *dominus*, nicht durch Manzipation oder *in iure cessio*, sondern nur durch Kauf und Tradition oder eine gleichstehende *causa*, wie *solutio*, Dotalbestellung u. s. w., erworben, neben der gewöhnlichen *Publiciana* noch irgend eine andere Klage (eine besondere Klage zum Schutz des bonitarischen Eigentums) gehabt habe, ist zu leugnen. Eine Klage ex

[1] Durchaus muß ich mich erklären gegen die Ansicht Appleton's, Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne I, p. 58 n. 15, II, p. 12, 13 und Ehrhardt's Beiträge zur Publiciana, in d. Zeitschr. d. Savignystiftung Bd. 11 S. 252 f., daß die Einrede des *bona fide*-Erwerbers gegen die *Publiciana* nach dem Muster dieser Klage fiktiscisch redigiert gewesen sei: *nisi si eundem hominem Nus Nus anno possedisset tum si eum hominem ex i. Q. esse oporteret.* In die Formel der *Publiciana* mußte die Fiktion des Erwerbs quiritischen Eigentums durch Usukapion aufgenommen werden, um eine Grundlage zu haben für das Verlangen der Verurteilung des Besitzers zur Herausgabe der Sache (bezw. Zahlung der Kondemnationssumme). Die Einrede aber des Beklagten, daß er auch die Sache gekauft und tradiert erhalten habe, soll die Fiktion der Usukapion und des Eigentums des Klägers entkräften, welche Fiktion ja auch nur auf Kauf und Tradition sich gründet. Appleton's Fiktion in seiner publicianischen Exception steht ohne alle Grundlage da.

ıder *intentio rem A^i A^i esse*, etwa ohne Zusatz der Worte *ex iure Quiritium*, hatte ıer nicht, denn Eigentümer war er weder nach *ius civile* noch nach *ius gentium* geworden. Darin stand ihm derjenige gleich, welchem durch prätorisches Dekret die definitive *possessio* einer Sache gewährt war, nämlich der, dem wegen verweigerter *cautio damni infecti* durch *secundum decretum* die *possessio* der Sache, von welcher her ihm die Gefahr drohte, gegeben war, und der, der auf Geheiß des Prätors den Sklaven, der ein Delikt gegen ihn begangen und von seinem Herrn in Bezug auf dasselbe nicht verteidigt wurde, in Besitz nehmen ınd mit sich führen konnte *(servus iussu praetoris ductus)*. Auch diese hatten, ıbgesehen von den possessorischen Interdikten, zum Schutz des ihnen zugesprochenen Besitzes beim Verlust desselben nur die *Publiciana in rem actio*. Etwas anders stand es in ein paar anderen Fällen vom Prätor gewährter ossessio. Der, welchem der Prätor die *possessio* der *bona* eines Verstorbenen gewährt hatte, konnte sich ebensowenig, wie als *heres* bezüglich der Gesamtheit les Nachlasses, so als quiritischen Eigentümer der einzelnen Nachlaßsachen, ıuch wenn dieselben im quiritischen Eigentum des Erblassers gestanden hatten, ezeichnen. Aber wie seine *bonorum possessio* eine durch den *heres* nicht entreißbare sein konnte, so konnte auch die ihm gewährte *possessio* an den einelnen Erbschaftssachen, wenn der Ausdruck erlaubt ist, *cum re* sein. Ebenso erhielt es sich mit dem, welcher die *bona* eines Insolventen gekauft: dem *morum emtor*. Diesen Personen wurde eine von der *Publiciana* verschiedene *tricia actio* gewährt. Die *Publiciana* nämlich war hier nicht ohne weiteres rauchbar. Bevor der *bonorum possessor* oder *bonorum emptor* nicht den Besitz der nzelnen Sache auf Grund der gewährten *bonorum possessio* oder der *bonorum ıtio* erlangt und dann wieder verloren hatte, war jene keinesfalls verwendbar. ı bedurften aber jene auch bezüglich der einzelnen zu den *bona* gehörenden chen einer Klage, um die ihnen daran durch den Prätor gewährte *possessio* ltend zu machen. Der *bonorum possessor*, auch der *bonorum emptor* konnte *ficto herede* klagen; die Fiktion lautete, wie wir aus Gaius IV, 34 wissen: *si A. A. cio Titio heres esset, tum si* [*eum fundum*] *de quo agitur, ex i. Q. eius esse rteret* u. s. w. Dem *bonorum emptor* wurde auch eine Klage mit *intentio* aus r Person des Kridars und Umstellung (des Restitutionsbefehls und) der *conıntio* auf seine eigene Person gewährt. Daß ihnen nach Erwerb des Bezes der einzelnen Sache und Wiederverlust desselben auch die *Publiciana* währt werden konnte, ist zwar nicht unwahrscheinlich, aber nachweislich ist soviel ich sehe, nicht, und ein Bedürfnis dazu lag nicht vor. Aber ihr rhältnis zur Sache war dem des durch die *Publiciana* definitiv Geschützten ız gleich: es war ein definitives, eigentumsähnliches Besitzrecht.

Bevor wir darlegen, zu welcher Abstraktion die römische Jurisprudenz ch die kombinierende Betrachtung dieser Verhältnisse gelangt ist, bleibt noch anderes Rechtsmittel hier zu prüfen: die *exceptio rei venditae et traditae*.

Das auf Veräußerung gerichtete Geschäft, dessen Prototyp der Verkauf ist, ın aus verschiedenen Gründen die beabsichtigte Wirkung nicht erreichen: formellen oder materiellen Gründen. Ist die verkaufte *res mancipi* dem ıfer nur tradiert, nicht manzipiert oder *in iure* cediert, so bleibt die Sache ıer noch im quiritischen Eigentum des Verkäufers. Fehlte dem Verkäufer r *res nec mancipi* das Eigentum zur Zeit der Tradition, erwarb es es aber ter von dem wahren Eigentümer, so verleiht dieser Erwerb nicht der früheren dition *ex causa venditionis* die nachträgliche Wirkung der Eigentumsüber-

tragung. Das Civilrecht verlangt die Simultaneität der Wirkung: war die Tradition im Moment ihrer Vornahme wegen des Mangels des Eigentums des Tradenten wirkungslos, so blieb sie es auch, wenn später der Veräußerer das Eigentum erwarb. Die prätorische Rechtsschöpfung hielt an dieser strengen engen Auffassung nicht fest. Vor allem suchte sie wohl der materiellen Erwerbscausa und ihrer Realisierung durch die Tradition das Übergewicht über den Mangel der vom Civilrecht geforderten Form zu verschaffen. Die Fälle der vom *dominus* selbst ohne Manzipation oder *in iure cessio* vorgenommenen Veräußerung haben wohl historisch zuerst den prätorischen Schutz hervorgerufen. Am ersten mußte das Bedürfnis dieses Schutzes sich regen, wenn der *dominus* selbst oder seine Rechtsnachfolger die formlose Veräußerung nicht respektierten, sondern, ungeachtet derselben, gegen den die Sache besitzenden Käufer oder dessen Rechtsnachfolger die *rei vindicatio* anstellten. Der Exceptionsschutz wird dem Klagenschutz vorangegangen sein, die *exceptio rei venditae et traditae* dürfte älter sein, als die *Publiciana*.

Die *venditio* ist den Römern der Repräsentant der auf Veräußerung gerichteten Geschäfte, und schon in der Abschließung des der Tradition der Kaufsache vorhergehenden Kontrakts wird die Zweckberedung für die mit der Tradition erfolgende Übertragung des Rechts an der Sache gesehen. Wenn nun der in dem Kontraktsabschluß beredete Zweck durch die bloße Tradition einer *res mancipi* nicht völlig erreicht wurde, da diese im quiritischen Eigentum des Verkäufers blieb, also nicht als *alienata* angesehen werden konnte, so mußte sich doch der Gedanke geltend machen, daß der Verkäufer sich durch Erhebung der *rei vindicatio* mit der eigenen nicht bloß eine Obligation, sondern eine Entäußerung bezweckenden Willenserklärung, welche im Verkauf und der ihn vollziehenden Tradition abgegeben wurde, in Widerspruch setze, und daß er an diese, eine dingliche Wirkung bezweckende Erklärung gebunden sei. Diesem Gedanken der *rei vindicatio* des Verkäufers gegenüber Geltung zu verschaffen, dazu ist die *exceptio rei venditae et traditae* aufgestellt. Durchaus muß man sich daher erklären gegen die Annahme Dernburg's,[1] daß die *exceptio rei venditae et traditae* wohl gelautet habe: *si non N° N° Sticlum q. d. a. ab A° A° emit isque ei traditus est.* Auf den Verkauf von seiten des Klägers und dessen Vollziehung durch Tradition stützt sich die *exceptio*, an diesen soll er festgehalten werden, diese waren also auch in der *exceptio* hervorzuheben. Für seine Meinung kann sich Dernburg nicht auf den Wortlaut der *Publiciana* berufen, denn diese Klage macht gar nicht denselben, wenn auch einen dem gleichen Ideenkreis angehörenden Gedanken geltend. Die *Publiciana* will ja dem, der eine Sache gekauft und tradiert erhalten, gar nicht speziell gegenüber dem Verkäufer oder dessen Successoren, sondern gegen den Besitzer, der ein beliebiger Dritter sein kann, helfen. Zur Begründung der Usukapionsfiktion war aber nicht die Verkaufs-, sondern die Kaufsseite des Geschäftes, durch welches er früher den Besitz erworben, hervorzuheben. Auch l. 32 § 2 D. ad S. C. Velleianum 16, 1 spricht keineswegs für Dernburg's Annahme. Hier wird zwar von dem der Vindikation gegenüber vorgeschützten Einwand gesagt: *exceptio — opponitur ei de re empta et tradita*, aber es ist klar, daß hier die *exceptio* nicht wörtlich citiert ist, und aus der dann wörtlich angeführten *replicatio: aut si ea venditio contra senatusconsultum facta sit* geht hervor, daß in der *exceptio* das *vendere*, nicht das *emere* angeführt war.

[1] Pandekten I, (6. Aufl.) § 193 (S. 58) A. 6.

Es ist neuerlich auch geleugnet worden, daß die *exceptio rei venditae et traditae* im Edikt proponiert gewesen sei. Es wird dafür namentlich angeführt, daß die *exceptio rei venditae et traditae* in einem ganz normalen Falle von Julian nach l. 4 § 32 D. de doli mali et metus e. 44, 4 als *exceptio in factum comparata* bezeichnet werde. Hier wird also als selbstverständlich angenommen, es sei jede *exceptio in factum* nicht im Edikt proponiert gewesen, sondern immer im konkreten Fall besonders gewährt bezw. neu konzipiert worden, welche Annahme billigerweise Verwunderung erregen muß. Keller wenigstens sagt in seinem römischen Civilpr. § 35, der Unterschied zwischen den *actiones in ius* und *in factum conceptae* spiegele sich einigermaßen auch bei den *exceptiones* ab. Zu denen, bei welchen bestimmte Thatsachen artikuliert und deren Erheblichkeit auf die Autorität des Prätors genommen werde, und welche daher *exceptiones in factum* genannt würden, rechnet er u. a. die *exceptio pacti, iurisiurandi*, erklärt aber zugleich, daß manche derselben ein- für allemal formuliert und im Album aufgestellt seien. Keller kennt also neben den im einzelnen Fall nach dem individuellen Bedürfnis konzipierten und gewährten *exceptiones in factum* auch im Edikt proponierte *exceptiones in factum*. Den Gegensatz der *exceptio in factum* bildet also nicht die im Edikt proponierte, sondern einmal die durch Gesetz gewährte *exceptio*, wie denn Fr. Vat. § 310 neben die Cinciae legis exceptio gestellt wird die *in factum „si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum“*, die auch im Edikt proponiert gewesen sein muß; sodann die *exceptio doli*, welche eine so umfassende Bedeutung hatte, daß im Gegensatz dazu die einzelnen Exceptionen, an deren Statt sie gegeben werden konnte, *exceptiones in factum* genannt wurden. Am deutlichsten wird dieses Verhältnis charakterisiert von Ulpian in l. 2 § 5 D. de doli exc. 44, 4: *Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest* u. s. w. Hier können mit den *in factum exceptiones* nur im Edikt proponierte gemeint sein, denn aus einer *exceptio in factum*, welche der Prätor im einzelnen Fall nach individuellem Bedürfnis gewährt, kann unmöglich eine *doli exceptio oriri*. Die im Edikt proponierten *in factum exceptiones* werden der *doli exceptio* als der generelleren, die an ihre Stelle treten kann, entgegengesetzt. In demselben Verhältnis steht auch die *exceptio rei venditae et traditae* zur *exceptio doli*, in l. 4 § 32 D. de doli mali e. 44, 7 wird sie gerade im Gegensatz zur letzteren als *exceptio in factum comparata* bezeichnet. Dabei zeigt der Zusatz *comparata* zu *in factum* recht deutlich, daß es sich um eine im Edikt aufgestellte *exceptio* handelt, denn *comparata“* ist nicht etwa gleichbedeutend mit *data*, sondern mit *proposita (in edicto)*. Vgl. z. B. l. 1 D. de eo quod certo loco 13, 4: — *ideo visum utilem actionem in eam rem comparare*. L. 17 D. de Publ. in rem a. 6, 2: *iciana actio non ideo comparata est, ut* u. s. w. — Die *exceptio rei venditae traditae* war zwar eine lediglich auf die magistratische *iurisdictio* sich stende, aber sie war eine im Edikt proponierte. Ulpian handelt von selben im 76. Buch seines Ediktskommentars, also an einer Stelle, an der er noch den Ediktsabschnitt über die *exceptiones* kommentierte. Daraus ist also geschlossen werden, daß in diesem Abschnitt auch die *exceptio rei venditae et traditae* proponiert war. In der aus jenem 76. Buch entnommenen l. 21, 3 D. de exceptione rei venditae et traditae wird mit „*hac exceptione*“, *exceptio*“ auf die im Rubrum genannte hingewiesen. Das zeigt, daß *exceptio* im Edikt unter einem besonderen Rubrum proponiert war.

Lenel[1] sagt wohl mit Recht (und es stimmt damit auch die von Rudorff angenommene Fassung der *exceptio* überein), daß der Übergang der *exceptio* auf die Successoren aus dem Musterformular wohl nicht (direkt) zu erkennen gewesen sein werde. Ohne diese Annahme würde sich Julian's Deduktion in l. 4 § 32 D. de dol. m. exc. 44, 4 nicht erklären. Er sagt hier bezüglich der Vindikation des Singularsuccessors des Verkäufers: *aequius esse Praetorem tueri, quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata — — summoveretur.* So könnte er nicht wohl sagen, wenn schon aus dem Ediktformular selbst zu erkennen gewesen wäre, daß die *exceptio rei venditae et traditae* auch gegen den Singularsuccessor des Verkäufers vorgeschützt werden könne. Indessen durch die Hervorhebung des *vendere et tradere* in dem Ediktsformular war genugsam angedeutet, daß die *exceptio*, als auf ein Veräußerungsgeschäft gegründet, als eine dinglich wirkende gemeint sei, so daß die Jurisprudenz ohne Schwierigkeit den Übergang auch auf die Singularsuccessoren des Veräußerers und Empfängers annehmen konnte.

Es kommt hier nicht darauf an, dogmatisch eingehend alle Fälle darzulegen, in denen die *exceptio rei venditae et traditae* nach ihrer vollen Ausbildung Anwendung fand. Nur das ist hier in Berücksichtigung zu ziehen, daß sie nicht bloß dem, welchem vom quiritischen Eigentümer die Sache nur verkauft und tradiert, nicht manzipiert oder *in iure* cediert war, gegen die Vindikation desselben zustand, sondern auch zu Gunsten dessen Anwendung fand, welchem vom Nichteigentümer eine Sache auf Grund Verkaufs tradiert war, falls dieser *auctor*, der nachträglich das Eigentum der Sache erworben, die *rei vindicatio* gegen ihn anstellte.[3] Für diesen Fall aber gerade soll die *exceptio* nicht im Edikt des Prätors proponiert gewesen, sondern nur im einzelnen Fall durch das Dekret des Prätors gewährt worden sein. Daß dafür die Bezeichnung der Einrede als einer *exceptio in factum comparata* nicht angeführt werden kann, geht aus unserer bisherigen Darlegung hervor. Ebensowenig aber spricht dafür l. 1 pr. D. de exc. r. v. et tr. 21, 3: *Marcellus scribit, si alienum fundum vendideris et tuum postea factum petas, hac exceptione recte repellendum.* Aus dem ‚*recte*' schließen zu wollen, daß noch in Julian's Edikt die *exceptio rei venditae et traditae* auf den Kauf vom Civileigentümer beschränkt geblieben und erst nach Julian, anscheinend zuerst von Marcellus, die ediktale *exceptio rei venditae* auch in diesem Falle für anwendbar erklärt sei, ist ganz grundlos. Die ediktale *exceptio* hatte eine Fassung, welche in keiner Weise eine Beschränkung auf den Verkauf vom Eigentümer andeutete, wenn auch der Prätor bei der Aufstellung derselben hauptsächlich den Fall der formlosen Veräußerung von seiten des quiritischen Eigentümers im Auge gehabt haben mag. Die Kommentare werden diesen Fall bei der Besprechung der *exceptio* immer zuerst angeführt haben. Beim Übergang zu anderen Fällen war es dann ganz natürlich zu sagen,

[1] Edictum S. 405.

[2] De iurisd. ed. p. 243.

[3] Bekanntlich steht die *exceptio* auch zu gegen die Klage des *dominus*, welcher die Verkäufer der Sache beerbt hat. L. 1 § 1 D. de exc. rei v. e. t. 21, 3. Damit scheint l. 1 C. de evict. 8, 44 (45) in Widerspruch zu stehen. Der Eviktionsbürge ist hier *fidejussor* genannt. Meines Erachtens war hier die Eviktionsstipulation sowie die Bürgschaftsstipulation in der Form der *sponsio* oder *fidepromissio* abgeschlossen, und *sponsoris* oder *fidepromissoris* ist hier, wie immer, von den Kompilatoren durch *fideiussoris* ersetzt. Die Verpflichtung des *sponsor* bezw. *fidepromissor* war unvererblich. So konnte der Erbe des *sponsor* bezw. *fidepromissor* vindicieren, ohne die *exceptio* fürchten zu müssen.

daß der Käufer sich hier auch *recte* der *exceptio* bedienen könne. Wie das Marcellus that,[1] so kann das ebenso gut schon Labeo gethan haben. Nicht bloß die Worte des Exceptionsformulars, sondern auch der ihm zu Grunde liegende Gedanke umfaßten diesen Fall. Auch wenn der Veräußerer das Eigentum der Sache erst nach der Tradition erworben, setzte er sich durch eine Vindikation gegen den Käufer bezw. dessen Nachfolger mit dem von ihm durch die Tradition ausgeführten Veräußerungswillen in Widerspruch. Es entsprach der feineren Auffassung der prätorischen Rechtsbildung nicht, bei nachträglichem Eigentumserwerb des Veräußerers den Veräußerungsakt völlig wirkungslos bleiben zu lassen. Seit es eine *exceptio rei venditae et traditae* und eine *Publiciana in rem actio* gab, kann es der Jurisprudenz nicht lange verborgen geblieben sein, daß auch hier ein Eigentumsbesitz vorliege, der unter den Schutz einer Rechtsmittel falle.

Wenn die Jurisprudenz das Gebiet der Fälle, welche durch die *Publiciana in rem actio* geschützt waren, überschaute, so mußten ihr als ausgezeichnete diejenigen erscheinen, in welchen der Erwerber mit jener Klage gegen jeden Besitzer durchdringen konnte, auch gegenüber dem quiritischen Eigentümer und einem anderen *bonae fidei possessor*, wenn auch nicht durch die Kraft der Klage für sich, aber doch vermittelst einer Replik, welche sie gegenüber der *exceptio* des Beklagten stützte, entweder gegenüber der *exceptio dominii* vermittelst der *replica rei venditae et traditae* oder gegenüber der *exceptio*, daß der Beklagte auch die Sache *bona fide* erworben, vermittelst der Replik, daß der Kläger die Sache vom Eigentümer erworben. Je mehr das prätorische Recht sich zu einem zweiten neben dem *ius civile* stehenden Rechtssystem konsolidierte, mußte sich hier der Gedanke geltend machen, daß der so durch die Rechtsmittel des Prätors absolut geschützte Erwerber auch ein Eigentümer sei, wenn auch nicht ein Eigentümer nach Civilrecht. Seitdem der vor dem Magistrat dem Gegner gegenüber geltend zu machende Rechtsanspruch nicht mehr unmittelbar auf *lex* gestützt wurde, seitdem jede *actio* vom Magistrat gegeben werden mußte, seitdem das Recht des Prätors, *actiones* zu gewähren, ihn in den Stand setzte, auch Klagen, die nicht einfach aus dem *ius civile* hergeleitet werden konnten, entweder in Anlehnung welcher formeller Anlehnung an civilrechtliche *intentiones* oder ohne alle solche Anlehnung zu gewähren, war der Keim für ein neues Rechtssystem geschaffen. Freilich wird man nicht gleich die prätorische Schöpfung, welche in den Satzungen des Edikts Ausdruck gefunden, als ein *ius* bezeichnet haben: *praetor ius facere non potest.* Auch wenn der Prätor einen Besitz gewährt, welchen er durch die von ihm im Edikt aufgestellten Aktionen und Exceptionen absolut zu schützen gedenkt, bezeichnet er dieses Verhältnis doch immer nur als eine *possessio*, und offiziell hat die Magistratur es wohl immer vermieden, einen

[1] Erman in d. Ztschr. d. Savignystiftung XIV, S. 253 f., meint, der auf den ursprüngen Fall des Bonitarierschutzes gemünzte Wortlaut der *exceptio rei venditae et traditae* sei esen: *extra quam si hunc hominem q. d. a. Aᵘˢ Nº suum vendidit et tradidit.* In der t, eine merkwürdige *exceptio*. Der Kläger behauptet in der *intentio* Eigentümer zu sein, der Beklagte setzt ihm in der *exceptio* entgegen: aber du hast deine eigene Sache verft und veräußert. Das hätte doch nur einen Sinn gehabt, wenn der Prätor die Benutzung Einrede, insoweit die Klage auf später erworbenes Eigentum gestützt werden sollte, von herein ausschließen wollte, was er nach Erman doch nicht wollte. Noch wunderbarer ist die Interpretation, welche dem Marcellus zugemutet wird: er soll das „*rem suam idit*" auch auf den nachträglich Eigentümer gewordenen Vindikanten für *recte* anwendbar rt haben.

durch sie geschützten *possessor* als *dominus* zu bezeichnen, das sogenannte bonitarische Eigentum als solches hat nie einen formularen Ausdruck gefunden. Anders stand es mit der Jurisprudenz, welcher es zukam, nachdem die prätorischen Schöpfungen an Ausdehnung gewonnen und den Umfang eines Systems erlangt hatten, das Verhältnis mit dem der Realität entsprechenden Namen zu bezeichnen, und also von einem neuen *ius*, einem *honorarium ius* zu sprechen, welches neben das auf den *leges* beruhende *ius* getreten sei. Diese Anerkennung eines *ius honorarium* neben dem *ius civile* reicht in republikanische Zeit zurück. Schon Cicero spricht von einem *ius praetorium* neben dem *ius civile*, und in einer Stelle drückt er sich so aus, daß man annehmen muß, es habe ein solches *ius praetorium* nicht erst seit gestern gegeben. *Posteaquam ius praetorium constitutum est*, sagt er in Verr. I, 44, 114, *semper hoc iure usi sumus*. Hier wird das *ius praetorium* doch schon als ein zusammenhängendes System gedacht. Seitdem ein solches System vorlag, kann auch der Dualismus auf dem Gebiet des Eigentums eingetreten sein, den Gaius II, 40 mit den Worten bezeichnet: *Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.* So hätte er sich auch nicht ausgedrückt, wenn jene Teilung sehr neuen Datums gewesen wäre. Daß man aus dem Ausdruck *in bonis esse* nicht immer auf das sogenannte bonitarische Eigentum schließen kann, ist unleugbar, denn *in bonis nostris computari sciendum est non solum quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sint.* Wenn auch nicht immer, so bezeichnen deshalb doch bisweilen die römischen Juristen das von ihnen als Eigentum angesehene *in bonis* als *in bonis mea* oder *tua*, so Gai. I, 167: *(— — unde si ancilla) ex iure Quiritium tua sit, in bonis mea* u. s. w. (vielleicht darf man daher auch II, 41 in den Worten: *id est et in bonis et ex iure Quiritium tua esse* das *tua* auch mit auf *in bonis* beziehen), ferner Ulp. XXII, 8: *Eum servum qui tantum in bonis nostris est* u. s. w. Von dem Sklaven wird gesagt Gai. I, 54, er sei *in potestate domini, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit.*

Es ist nun anzugeben, in welchen Fällen die römischen Juristen ein solches *in bonis meum esse* annahmen.[1] Gaius nennt bei der Erwähnung des *divisionem accepit dominium* nur den Fall der Veräußerung einer *res mancipi* durch bloße *traditio*, ohne *mancipatio* oder *in iure cessio.* Daraus wird man aber nicht schließen dürfen, daß er nur in diesem Fall ein *in bonis meum* angenommen habe, denn bei der Darstellung in seinem Institutionenlehrbuch konnte es ihm nur darauf ankommen, das *dominium divisum* oder *ex iure utroque* an einem besonders wichtigen Fall klar zu machen; denn nicht in jedem Fall eines *in bonis meum esse* tritt der Gegensatz zu dem *ex iure Quiritium meum esse* so klar hervor, wie in dem angeführten. Derselbe Gaius nahm aber ohne Zweifel auch im Fall der *bonorum possessio (cum re)* und der *bonorum venditio* ein *in bonis meum esse* des *bonorum possessor* an den Sachen des Erblassers und des *bonorum emtor* an den Sachen des Kridars an, nach Gai. III, 80: *Neque autem bonorum possessorum neque bonorum emptorum res pleno iure fiant, sed in bonis efficiuntur; ex iure Quiritium autem ita demum adquiruntur, si usuceperint.* Das

[1] Daß der Begriff des bonitarischen Eigentums nicht direkt vom Prätor konstruiert, sondern daß dieser Begriff auf dem Wege juristischer Konstruktion aus einer Anzahl von Fällen eines vom Prätor gewährten eigentumsähnlichen Schutzes gewonnen wurde, haben mit Recht namentlich schon Leist, Die *bonor. possessio* I, S. 267, und Leonhard in Iherings Jahrbüchern XVII, S. 210 A. 1, angenommen.

dominium divisum trat bei der *bonorum possessio* nur dann hervor, wenn dem *bonorum possessor* ein *heres* gegenüberstand. Ebenso wird den anderen *honorarii successores*, namentlich dem Universalfideikommissar seit dem *Sct. Trebellianum* ein solches *in bonis* zugeschrieben.[1] Weiter gehört hierher der Fall des *servus*, welcher von seinem Herrn wegen eines begangenen Delikts nicht verteidigt und wegen Mangels der *defensio* dem durch das Delikt Verletzten vom Magistrat zugesprochen wird *(servus iussu praetoris ductus)*. Daß für den bisherigen Herrn hier Eigentumsverlust nach prätorischem Recht stattfand, zeigt l. 2 § 1 i. f. D. si ex noxali causa 2, 9: *Ergo et actori actio restituenda est, peremta eo quod ductus servus in bonis eius esse coepit.* Hier wird Untergang der Noxalklage infolge des *ducere iussu praetoris* angenommen, und dieser Untergang daraus erklärt, daß der *ductus servus in bonis eius* (des Ducenten) *esse coepit.* Der Jurist nahm also einen Erwerb des Eigentums, eines *in bonis meum esse* an. Wenn nun, ganz in Übereinstimmung damit, in l. 26 § 6 D. de nox. act. 9, 4 gesagt wird: *dominii adquisitione exstingui actionem: iussu enim praetoris ductus in bonis fit eius qui duxit*, so ist gewiß nicht selbstverständlich, daß Paulus hier nichts von *dominii adquisitio* geschrieben haben könnte. So gut Gaius von einem *divisionem accepit dominium* sprechen, so gut er und Ulpian die Wendung *in bonis meum esse* gebrauchen konnten, so gut kann auch Paulus in dem in Frage stehenden Fall von einer *dominii adquisitio* (natürlich nach prätorischem Recht) sprechen. — In einer ganzen Anzahl von Digestenstellen[2] wird sodann gesagt, daß der, welcher wegen vom Gegner verweigerter *cautio damni infecti* durch *secundum decretum* des Magistrats *possidere iussus est*, dadurch zum *dominus* der Sache gemacht werde, oder von jetzt an *iure dominii* besitze. Natürlich haben die Verfasser der Stellen dabei nicht an quiritisches Eigentum gedacht, wie schon daraus hervorgeht, daß in denselben oder in anderen Stellen gesagt wird, der *possidere iussus* erwerbe durch Ersitzung das Eigentum. Von Interpolationen sind diese Stellen nicht frei geblieben, denn Justinian hatte den Unterschied zwischen dem bonitarischen und quiritischen Eigentum aufgehoben; auch ist in der Stelle des ursprünglichen *usucapere* immer *longo tempore* oder *per longum tempus capere* gesetzt worden. Daß aber die klassischen Juristen in diesen Fällen das durch das *secundum decretum* begründete Verhältnis immer nur als *possidere*, nie als ein *iure dominii possidere* oder ähnlich bezeichnet hätten, ist gewiß nicht anzunehmen. Es ließe sich sonst die wunderliche Gestalt, die die Äußerungen durch die Interpolation angenommen haben, schwer erklären, vgl. l. 15 § 16 D. de damno infecto 39, 2: *Iulianus scribit eum, qui in possessionem damni infecti nomine mittitur, non prius incipere per longum tempus dominium capere, quam secundo decreto a Praetore dominus constituatur.*

Kein quiritisches Eigentum können sodann die römischen Juristen in allen den Fällen angenommen haben, in welchen dem früheren Eigentümer gegen den jetzigen eine rescissorische Klage gegeben wird: so dem, welcher infolge eigener Gefangenheit oder der Abwesenheit des Besitzers durch Usukapion des letzteren sein Eigentum einer Sache verloren hat und nach erlangter Restitution eine *Publiciana rescissoria* gegen den jetzigen Besitzer erhält; ferner dem, welchem gegen seinen Willen infolge Zwangs vorgenommene Eigentumsübertragung Restitution erteilt

[1] L. 63 pr. D. ad Sc. Treb. 36, 1; l. 24 § 1 D. fam. ercisc. 10, 2.

[2] L. 15 §§ 16, 17 u. 33 D. de damno infecto 39, 2; l. 7 § 1 D. de usufr. 7, 1; l. 5 u. § 9 D. comm. div. 10, 3; l. 1 pr. D. de fundo dotali 23, 5; l. 3 § 1 D. de reb. cor. 27, 9.

und gegen den jetzigen Besitzer *in rem actio* gewährt wird; endlich den Gläubigern eines Insolventen, denen im Falle einer fraudulösen Veräußerung nach erfolgter *missio in bona debitoris rescissa traditione* eine *in rem actio* gegen den jetzigen Besitzer gewährt wird. Das die Usukapion, Manzipation oder Traditio rescindierende Dekret des Prätors kann dem früheren Eigentümer das quiritische Eigentum nicht wieder verschaffen: nur das *in bonis meum esse* erlangte er durch die Restitution wieder, wie das auch deutlich darin hervortritt, daß in dem ersten Fall die Klage als *Publiciana* bezeichnet wird, und für den letzten Fall im § 6 I. de act. 4, 6 geradezu in den Worten gesagt ist: — *permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse.*

Auch wenn ein Nichteigentümer eine Sache verkauft hat und nachträglich etwa durch Beerbung des Eigentümers Eigentum erwirbt, so steht dem, welchem er verkauft und tradiert hat, nicht bloß die *exceptio rei venditae et traditae* zu, sondern er dringt gegen den *auctor*, falls dieser wieder in Besitz der Sache gekommen, mit der *Publiciana* durch, denn dessen *exceptio dominii* kann er mit der *replicatio rei venditae et traditae* entkräften, dieser hat die Sache nicht mehr *in bonis* (l. 4 § 32 D. de doli mali et m. c. 44, 4: — *ac per hoc intelligeretur eum fundum rursum vendidisse, quem in bonis non haberet*). Fraglich ist, ob der Käufer, dessen *auctor* erst nachträglich das Eigentum erworben hat, einem anderen *bonae fidei possessor* gegenüber mit der *Publiciana* durchdringen könne. Unzweifelhaft wird er nach l. 4 § 32 D. cit. gegen den durchdringen können, welchem der *auctor* selbst erst nach seinem nachträglichen Eigentumserwerb die Sache veräußert hat; vielleicht auch nach Analogie von l. 31 § 2 D. de act. empt. 19, 1 gegen den, welcher die Sache von einem anderen *auctor* erworben, wenn man annehmen dürfte, daß der Kläger dessen *exceptio*, er habe auch die Sache *bona fide* erworben, durch die Replik entkräften könne, daß er von dem erworben, welcher nachträglich Eigentümer geworden sei.

Man wird den Schriftstellern, welche meinen, daß dem Besitzer, dessen Besitz durch die *exceptio rei venditae et traditae* geschützt war, von den römischen Juristen ein *in bonis meum esse*, bonitarisches Eigentum zugeschrieben sei,[1] jedenfalls einräumen müssen, daß die Entwickelung des prätorischen Rechts auf eine solche Annahme hindrängte. Aber volle Übereinstimmung und Entschiedenheit dürfte doch nicht stattgefunden haben. Bei einer ganz analogen Frage finden wir keine volle Übereinstimmung, nämlich für den Fall, daß ein Nichteigentümer einem Gläubiger eine Sache verpfändet hat und nachträglich das Eigentum erwirbt, und der verwandten, daß der Eigentümer Erbe des Nichteigentümers wird, der seine Sache verpfändet hat. Im ersten Falle sprach man übereinstimmend dem Gläubiger, der im Moment der Verpfändung in gutem Glauben war, eine *utilis pignoraticia* zu; im zweiten Falle aber verweigert Paulus dem Gläubiger die *utilis pignoraticia*, während Modestin sie zuläßt. Wenn die Meinung der Juristen übereinstimmend und entschieden ausgesprochen

[1] Vgl. Cujac. Op. tom. VII, p. 801 in tit. Dig. de act. empt. sub § uterque 1. Namentlich Michelsen, Diss. inaug. de exc. rei vend. et trad. p. 48. Andere noch findet man citiert bei Leonhard in Ihering's Jahrbüchern XVII, S. 207 A. 1. Leonhard selbst neigt sich der Ansicht zu, welche dem durch *exceptio rei venditae et traditae* geschützten *bonae fidei possessor* bonitarisches Eigentum zuschreibt.

gewesen wäre, daß dem durch *exceptio rei venditae et traditae* geschützten Besitzer das *in bonis meum esse* zukomme, so hätte Justinian nach Aufhebung der Scheidung des *nudum ius Quiritium* und des *in bonis* die *exceptio rei venditae et traditae* nicht mehr unter einem eigenen Titel, also offenbar als noch praktisch, in seine Digesten aufnehmen können.

Auch in den Befugnissen, welche dem sogenannten bonitarischen Eigentümer zugeschrieben werden, zeigt es sich, daß er praktisch als Eigentümer behandelt wurde. So fallen ihm namentlich alle Früchte der Sache zu, und da ihm von dem Inhaber des *nudum ius Quiritium* die Sache nicht mit der *rei vindicatio* abgestritten werden kann, so braucht er auch nicht bei Gelegenheit dieser Klage dem letzteren Früchte herauszugeben. Insbesondere von dem bonitarischen Eigentümer eines Sklaven wird gesagt, daß dieser ihm *ex omnibus causis* erwerbe, während er dem Inhaber des *nudum ius Quiritium ex nulla causa* erwirbt.[1] Solche Akte, durch welche nur quiritisches Eigentum übertragen werden kann, kann natürlich der bonitarische Eigentümer nicht wirksam vornehmen, er kann also nicht wirksam manzipieren oder *in iure* cedieren, er kann auch nicht *per vindicationem* legieren und den Sklaven durch seine Freilassung nicht zum *civis Romanus* machen. Fehlte dem bonitarischen Eigentümer nur so wenig am *plenum ius*, am vollen quiritischen Eigentum, und blieb dem Inhaber des *nudum ius Quiritium* so wenig, daß er in Ansehung der Früchte weniger Recht hatte, als der Usufruktuar und *bonae fidei possessor*, so war es gewiß nicht bloß eine theoretische Schulmeinung, sondern die Auffassung des praktischen Rechtslebens, daß er der *dominus* sei, wenn er es auch der offiziell-formularen Bezeichnung nach nicht war.

Es ist jetzt zu fragen, wann etwa die *exceptio rei venditae et traditae* und die *Publiciana* aufgekommen sind. Die gewöhnliche Ansicht geht wohl dahin, daß die *exceptio rei venditae et traditae* schon vor der *Publiciana* bestanden habe. Nach Leonhard[2] ist diese Vermutung nicht unbedenklich Eine größere Abweichung vom Civilrecht liege doch in der Anfechtung des civilrechtlichen Eigentums durch diese *exceptio*, als in dem Schutz gegen Dritte, civilrechtlich nicht Berechtigte. Sollte nun wirklich das prätorische Recht jenen bedeutenderen Schritt zuerst gethan haben? Der Einwand ist nicht ohne Schein, aber er ignoriert, daß die *Publiciana* nach anderen Seiten einen bedeutenderen Fortschritt enthält. Die *exceptio rei venditae et traditae* gewährt doch nur Schutz gegen den Veräußerer bezw. dessen Universal- und Singularsuccessoren; die *Publiciana* ermöglicht die Verfolgung gegen jeden schlechter berechtigten Besitzer. Dieser weitergehende Klagschutz dürfte doch erst nach jenem Exceptionsschutz aufgekommen sein. Der einzige Anhaltspunkt, welchen wir sonst für die Bestimmung des Alters der *Publiciana* besitzen, ist der, daß sie erst nach der *formula petitoria*, ihrem Muster, aufgestellt sein kann. Die *formula petitoria* war Cicero bekannt (im Jahre 684), und die Art der Erwähnung bei ihm enthält nichts, was diese *formula* als etwas damals noch ganz Neues erscheinen ließe. Andererseits liegt gar keine Nötigung vor, die Aufstellung dieser Formel sehr rasch auf die *lex Aebutia* folgen zu lassen, denn auch nach derselben konnte man sich, abgesehen von den Vindikationen, welche zur Kompetenz des Centumviralgerichts gehörten, zunächst noch mit dem Verfahren *per*

[1] Gaius II, 88; III, 166. Ulp. XIX, 20.
[2] A. a. O. S. 201 A. 3.

sponsionem praeiudicialem begnügen. Eine noch nähere Bestimmung des Alters der *Publiciana* zu versuchen, wollen wir unterlassen.

Endlich ist hier der Frage zu gedenken, ob, wenn seit des Klägers Erwerb ein civilrechtlicher Eigentumsverlustgrund eingetreten ist, etwa Veräußerung von seiten des Klägers oder Usukapion von seiten eines Dritten, das klägerische Recht als *ipso iure* untergegangen, also der Untergang des klägerischen Rechts *officio iudicis* anzunehmen sei, oder ob die *Publiciana* des früheren Erwerbers nur durch *exceptio* zurückgeschlagen werden könne. Schon früher habe ich darauf hingewiesen,[1] daß nach der Fassung der Formel der *Publiciana: tum si eum hominem d. q. a. ex iure Quiritium eius esse oportere*t der *iudex* beauftragt ist, zu untersuchen, ob (unter Voraussetzung der bezeichneten Umstände) der fragliche Sklave jetzt (im Moment der Erteilung der Formel) im quiritischen Eigentum des Klägers stehen müßte, der *iudex* aber unmöglich bejahen könne, daß die Sache jetzt noch im Eigentum des Klägers stehen müsse, wenn ihm nachgewiesen werde, daß der Kläger den Sklaven schon vorher wieder veräußert habe. Dafür, daß der civilrechtliche Eigentumserwerbsgrund der *Publiciana* gegenüber nur *ope exceptionis* wirke, ist l. 57 D. mand. 17, 1 angeführt. In dieser Stelle handelt es sich aber nicht etwa bloß um die das bisherige Recht an der Sache tilgende Wirkung der *usucapio*, sondern um ihre Eigentum begründende Kraft, um die *exceptio dominii*. Die Beklagten wollen sich auf ihr Eigentum berufen, und diese *exceptio dominii* soll ihnen, da für den Kläger ein Restitutionsgrund vorliegt, nicht gewährt werden. Die *Publiciana* würde gewöhnlich im Falle einer späteren Usukapion eines anderen dem Kläger nicht zum Siege verhelfen, wenn der Beklagte einfach vor dem *iudex* geltend machte, jener habe sein Recht durch *usucapio* verloren. In Wahrheit handelt es sich in dem Fall der Stelle um die Frage, ob der Kläger gegen den durch die Usukapion erfolgten Eigentumsverlust zu restituieren sei, und diese Frage wird in der Form entschieden, daß dem Beklagten die *exceptio dominii* gegen die *Publiciana* versagt, also auch die rechtstilgende Kraft der *usucapio* rescindiert wird. Wenn Huschke[2] sagt, der *iudex* sei an die Formel gebunden und damit an die bloße logische Folgerung derselben, zu der er nicht andere Momente von außen her hinzubringen dürfe, so ignoriert er hier, daß die *Publiciana* eine *actio ficticia*, keine reine *actio in factum* ist, eine *actio* also, die bis zu einem gewissen Grade das Wesen der *actiones in ius conceptae* teilt. Soll der *iudex* prüfen, ob, unter Voraussetzung der bezeichneten Umstände und der Vollendung der Usukapion, der Kläger jetzt (zur Zeit der Formelerteilung) quiritischer Eigentümer sein müßte, so ist er damit auch in den Stand gesetzt, etwaige, bis zur Formelerteilung eingetretene Eigentumsaufhebungsgründe zu berücksichtigen.

Noch eine andere Auslegung der *Publiciana* muß hier als völlig verkehrt zurückgewiesen werden. Nach Appleton[3] soll das „*si anno possedisset*" bedeuten: wenn er (der Kläger) seit einem Jahre (von der L. C. an rückwärts gerechnet) besessen hätte. Dieses „*si anno possedisset*", die Annahme, daß er ein Jahr besessen, bildet ja aber die Grundlage der Eigentumsfiktion: während der Titel, der in der Formel bezeichnet werden muß, bewiesen werden muß

[1] Rechtsgeschäft S. 104 A. 1.
[2] Das Recht der Publicianischen Klage S. 37 A. 58.
[3] A. a. O. II, p. 78 und a. a. St.

Soll die Besitzdauer während der Usukapionszeit fingiert werden, es soll fingiert werden, daß der Kläger die Sache usukapiert habe *(fingitur rem usucepisse)*. Man muß eben die Worte der Formel in ihrem Zusammenhange auffassen, nach diesem kann aber die fingierte *possessio* nur von Kauf und Tradition an gerechnet werden.

2. *Actio communi dividundo utilis.*

§ 140. Schon bei der Darstellung der civilrechtlichen *actio communi dividundo* ist hervorgehoben, daß während der Dauer der *communio* entstandene Ansprüche auf *personales praestationes* auch nach Aufhebung der *communio* etwa durch Untergang der gemeinschaftlichen Sache vermittelst eines vom Prätor gewährten *iudicium communi dividundo utile* geltend gemacht werden konnten. Ebenso ist dort schon darauf hingewiesen, daß bei Fortdauer der *communio* der Anspruch auf solche *personales praestationes* nur vermittelst eines *iudicium utile* geltend gemacht werden konnte.[1] Einen anderen Fall eines solchen *iudicium utile* zeigt l. 6 pr. D. communi dividundo 10, 3: *Si quis putans sibi cum Titio fundum commune esse fructus perceperit vel sumptum fecerit, cum esset cum alio communis, agi poterit utili communi dividundo iudicio.* In solchen Fällen konnte wohl durch geringfügige Abänderung der im Edikt aufgestellten Formel der *actio communi dividundo* im einzelnen Fall geholfen werden. Für gewisse Fälle aber scheint, wie Lenel[2] mit Recht geltend gemacht hat, im Edikt eine besondere Formel eines *iudicium communi dividundo* aufgestellt gewesen zu sein. Diese Annahme gründet sich namentlich auf l. 7 § 3—10 D. h. t. Schon Cujaz und Glück[3] hatten auf Grund dieser Stelle angenommen, daß allen Mitberechtigten, welche die *vindicatio civilis* oder *praetoria* haben, die *actio communi dividundo* als *directa*, denen aber, welche nur *iusta causa possidendi* haben, als *utilis* zustehe. Dahin gehören also mehrere, denen zusammen eine Sache zum Pfand gegeben, denen zusammen ein Nießbrauch zusteht, welche zusammen eine *missio in possessionem* oder *in bona* erhalten haben. Nach der Art, wie diese Fälle Julian in einem besonderen Buch seines Kommentars behandelt, läßt sich nicht wohl bezweifeln, daß für sie im Edikt eine besondere Formel eines *iudicium communi dividundo utile* aufgestellt war.

II. Rechtsmittel zum Schutz namentlich gegen noch bevorstehende Verletzungen und Eingriffe.

a) *Operis novi nuntiatio.*

§ 141. Die *operis novi nuntiatio*, wenn sie gleich ein schon dem Civilrecht gehöriger Akt prozessualischer Rechtsverfolgung war, ist doch in das prätorische Edikt aufgenommen und ein durch dieses weiter ausgebildetes *remedium* geworden. Das Edikt darüber ist nicht seinem Wortlaut, aber seinem Inhalt nach in l. 1 pr. D. de operis n. n. 39, 1 (Ulpianus libro LII ad edictum) mitgeteilt: *Hoc edicto promittitur, ut, sive iure sive iniuria opus fieret, per nuntiationem*

[1] Vgl. II, S. 459 und die dort A. 2 u. 3 citierten Stellen.
[2] Edictum S. 166 f.
[3] Vgl. Geib, Die rechtl. Natur der actio communi dividundo S. 66, der mit Unrecht gegen Cujaz erklärt.

inhiberetur, deinde remitteretur prohibitio hactenus, quatenus prohibendi ius is qui nuntiasset non haberet. Wie schon die alte civilrechtliche *nuntiatio*, ist auch in Zeit des Edikts dieselbe gegen noch nicht hergestellte, sondern erst beabsichtigte Bauwerke gerichtet,[1] und es kann daher jemand wirksam nuntiieren, ohne zu wissen, was für ein *opus* herzustellen vom Nuntiaten beabsichtigt wird. Der Prätor verlangte nicht, daß die *nuntiatio* erst nach Einholung seiner Genehmigung vorgenommen werde. Es kann aber der Prätor von vornherein von demjenigen, der zu nuntiieren beabsichtigt, angegangen bezw. um seine Genehmigung ersucht werden, und der Prätor kann dann *iubere opus novum nuntiari*, die Nuntiation gutheißen, oder er kann *prohibere nuntiare, ab initio operis novi nuntiationem denegare.* Hat der Prätor zuerst gutgeheißen, dann aber verboten, zu nuntiieren, so ist durch das spätere Dekret das frühere aufgehoben.[2] In der Regel scheint auch zur Zeit des Edikts die *nuntiatio* eingelegt zu sein, ohne vorher den Prätor anzugehen, die Parteien pflegten erst nach eingelegter *nuntiatio* sich an die prätorische Jurisdiktion zu wenden *(Et post operis novi nuntiationem committere se litigatores praetoriae iurisdictioni).*[3] Möglicherweise kann der Prätor eine *nuntiatio*, welche nach Civilrecht keinen Bestand hat, gelten lassen. So kann wohl nur nach prätorischem Recht jemand *alieno* oder *procuratorio nomine* nuntiare.[4] Das Civilrecht wird nur *nuntiatio suo nomine* zugelassen haben. Doch mußte jedoch derjenige, welcher *alieno nomine* nuntiierte, *satisdare rem ratam dominum habiturum.* Auch der *tutor* oder *curator* jemandes kann im Namen desselben gültig nuntiieren. Andererseits kann der Prätor einer civilrechtlich gültigen *nuntiatio* seine Anerkennung und seinen Schutz versagen. Gewisse Fälle, in denen eine *nuntiatio* nach Civilrecht gültig sein würde, sind durch eine besondere Bestimmung des prätorischen Edikts als solche bezeichnet, in welchen *operis novi nuntiatio* nicht geschehen solle: sie sind von der allgemeinen Anerkennung, welche das Edikt der *operis novi nuntiatio* zu teil werden läßt, ausgenommen. Es gehörten dahin Ausbesserung und Reinigung von Kloaken und Wasserleitungen, so wie jedes Bauwerk, dessen Aufschub Gefahr bringen würde. Da diese Fälle nicht vom Civilrecht, sondern erst durchs Edikt als solche bezeichnet sind, in welchen *nnntiatio* nicht zulässig sei, so ist die *nuntiatio* zwar *ipso iure* rechtsbeständig, aber der Prätor versagt entweder die *executio operis novi nuntiationis* oder er will gegen das *interdictum* des Nuntiaten eine *exceptio* gewähren.[5] Auf Verlangen des Prätors muß der Nuntiant schwören, daß er *non calumniae causa* nuntiiere;[6] die Weigerung, diesen Eid zu schwören, hatte ohne Zweifel das *denegare* der *executio operis novi nuntiationis* von seiten des Prätors zur Folge. Rudorff[7] und Lenel[8] nehmen wohl mit Recht an, daß darüber im Edikt selbst etwas bestimmt gewesen sei. Wenigstens wird in ganz analogem Fall der Prätor nach ausdrücklicher Anordnung im Edikt die Bestellung der *cautio damni infecti* nicht eher anordnen, als

[1] L. 1 § 1 D. h. t.
[2] L. 16 u. 19 D. h. t.
[3] L. 1 § 9 D. h. t.
[4] L. 1 §§ 3 u. 20 D. h. t.; l. 5 §§ 18 u. 20 D. eod.
[5] Nicht Zutreffendes ist darüber früher von mir gesagt in den Beiträgen z. Gesch. des röm. Civilproz. S. 60.
[6] L. 5 § 14 D. h. t.
[7] De iurisd. ed. § 176.
[8] Edictum S. 298.

bis der Antragsteller den Kalumnieneid geleistet habe.[1] Nach vorgenommener Nuntiation kann der Prätor auch durch Dekret bestimmen, daß der Nuntiant durch Messung genau konstatiere, wie weit bis zur Nuntiation das Bauwerk geführt sei, um demnächst beweisen zu können, was erst nach der *nuntiatio* vorgenommen ist. In dem Edikt muß auch bestimmt gewesen sein, aus welchen Gründen, *causae,* die Nuntiation geschehen könne. Es geht das geradezu hervor aus l. 20 § 1 D. h. t.: *Interdictum hoc proponitur ex huiusmodi causis (in quibus) edicto expressum est, ne post operis novi nuntiationem quicquam operis fiat* u. s. w. Der Effekt, welchen die vom Prätor anerkannte *nuntiatio* nach dem Edikt haben soll, ist verschieden bestimmt für das Stadium, in welchem noch kein Remissionsdekret durch den Prätor erfolgt ist, und für das Stadium nach erlassenem Remissionsdekret. In dem ersten Stadium soll das beabsichtigte *opus, sive iure sive iniuria fieret,* mag der Nuntiat bezw. der, gegen welchen die *nuntiatio* wirkt, ein Recht zu dem *opus* haben oder nicht, unterlassen werden. Wird nach der Nuntiation der Bau fortgesetzt, ist also *contra edictum factum,* so hat der Nuntiant gegen den dem Edikt Zuwiderhandelnden ein *interdictum de opere restituendo.* Durchdringen mit diesem Interdikt kann natürlich nur ein Nuntiant, welcher zur Nuntiation legitimiert war (*is ad quem res pertinet,* l. 1 § 19 D. h. t.). Es muß also der Kläger nachweisen, daß er Eigentümer oder Emphyteuta u. s. w. des Grundstücks sei, für welches das Verbot eingelegt wurde.[2] Nach der in l. 20 pr. D. h. t. erhaltenen Formel dieses Interdikts bezieht sich der Restitutionsbefehl nur auf das „*quod in eo loco, antequam nuntiatio missa fieret aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est,* also nur auf das vor erlassenem Remissionsdekret geschehene, wobei zunächst hier von den Worten: *aut in ea causa esset, ut remitti deberet* abgesehen werden mag. Die Remission des durch die *nuntiatio* auf das betreffende Grundstück oder den betreffenden Platz gelegten Bannes ist etwas erst durch die prätorische Jurisdiktion in das Verfahren neu eingeführtes. Diese Remission nachzusuchen, ist Sache des Gegners des Nuntianten. Sie kann auch von einem Vertreter desselben nachgesucht werden. Da dieser immer die Stelle eines *defensor* einnimmt, so muß er stets die später zu besprechende *satisdatio ex operis novi nuntiatione* leisten.

Bevor wir auf das Wesen und den Inhalt des magistratischen Remissionsdekrets eingehen, ist zunächst auf ein anderes Mittel hinzuweisen, um den durch die *nuntiatio* auf die Sache gelegten Bann aufzuheben. Der Nuntiat kann dem Nuntianten *satisdatio* leisten, falls sein Unrecht sich herausstellen sollte, den vor der *nuntiatio* bestehenden Zustand wiederherzustellen. Als Folge dieser *satisdatio* wird es bezeichnet, daß es *perinde* sei, *ac si operis novi nuntiatio (o)missa esset.* Erläuternd wird hinzugefügt, es habe dieses *remedium* den Nutzen, daß es dem Nuntiaten die Belästigung erspare, erst zu dem Prätor zu gehen und eine Remission der Nuntiation durch den Prätor nachzusuchen. Noch mehrere Stellen geben es, welche darauf hinweisen, daß der Nuntiat die Wahl hatte, durch dem Nuntianten geleistete *satisdatio* den Nuntiationsbann schlechtweg aufzuheben, oder eine prätorische Remission nachzusuchen. So heißt es in l. 8 § 4 D. h. t.: *Sciendum est facta operis novi nuntiatione cui nuntiatum est abstinere oportere, donec caveat aut donec remissio nuntiationis fiat: tunc enim, si ius aedificandi habet, recte aedificabit.* Das Gleiche wird ausgesprochen in l. 20 § 1 D. h. t.: *Interdictum*

[1] L. 7 pr. D. de damno infecto 9, 2.

[2] Vgl. meine Beiträge z. Gesch. d. röm. Civilpr. S. 62 ff.

hoc proponitur ex huiusmodi causis, (in quibus) edicto expressum est, ne post opus novi nuntiationem quicquam operis fiat, antequam vel nuntiatio missa fiat vel de nuntiationis missae satisdatio de opere restituendo fuerit interposita. Danach ist die ohne Angehung des Prätors geleistete *satisdatio de opere restituendo* der *nuntiationis missae*, d. h. sie vertritt die Stelle des prätorischen Remissionsdekrets: entweder, wie die frühere Stelle sagt, Kaution oder prätorisches Remissionsdekret. Damit übereinstimmend sagt § 4 eod.: *Quidquid autem ante remissionem* (d. h. prätorischem Remissionsdekret) *fit vel illud quod loco remissionis habetur* (d. h. Satisdation), *pro eo habendum est, atque si nullo modo factum esset.* Endlich ist noch auf l. 5 § 19 D. h. t. zu verweisen, wonach der, welcher *remissionem absentis nomine* beantragt, *sive ad privatum sive ad publicum ius ea remissio pertinet,* immer *satisdatio de opere restituendo* zu leisten gezwungen wird, weil er *defensoris partes sustinet.* Damit ist gesagt, daß er, wenn er *eo nomine* Remission begehrt, keine Satisdation zu leisten braucht. Burckhard bestreitet die Zulässigkeit dieses Schlusses, denn es werde auch in l. 5 § 5 D. h. t. lediglich von dem die *cautio ex operis novi nuntiatione* erlangenden Procurator des Nuntianten gesagt, daß er, falls der Kavent das *interd. ne vis aedificanti* gegen ihn anstelle, die *cautio iudicatum solvi* leisten müsse, *quia partes sustinet defensoris,* und doch unterliege es keinem Zweifel, daß, wenn der Nuntiant selbst mit diesem Interdikt belangt werde, er gleichfalls die *cautio iudicatum solvi* zu leisten habe. Mir ist es, im Gegensatz dazu, außer Zweifel, daß der selbst mit dem *interdictum ne vis fiat aedificanti* belangte Nuntiant keine *cautio iudicatum solvi* zu leisten hat, denn der mit einem Rechtsmittel *in personam* Beklagte hat nur aus besonderem Grunde die *cautio iudicatum solvi* zu leisten. Ist die Nuntiation zum Schutz des *ius publicum* eingelegt *(ne quid contra leges in loco publico facias),* so kann der Nuntiat ohne Angehung des Prätors schon durch einfache *repromissio* den Bann beseitigen (l. 6 § 17, l. 8 § 3 D. h. t.), wenn aber ein *procurator* für den abwesenden Nuntiaten prätorische Remission begehrt, so muß er auch in diesem Falle *satisdatio* leisten, ohne daß daraus folgte, daß der selbst die prätorische Remission begehrende Nuntiat auch nur *repromissio* zu leisten hätte.

Gehen wir nun jetzt zunächst auf das prätorische Remissionsdekret selbst ein, so versprach nach l. 1 pr. D. h. t. das Edikt über die *operis novi nuntiatio* selbst nur, daß die durch die *nuntiatio* bewirkte *prohibitio hactenus remitteretur, quatenus prohibendi ius is qui nuntiasset non haberet.* Danach soll also für den Fall, daß der Nuntiant ein *ius prohibendi* habe, die durch die *nuntiatio* bewirkte *prohibitio* nicht remittiert werden. Damit stimmt nun das in l. 1 pr. D. de remiss. 43, 25 überlieferte Formular des Remissionsdekrets vollständig überein. Es lautet: *Quod ius sit illi prohibere, ne se invito fiat, in eo nuntiatio teneat: ceterum nuntiationem missam facio.* Zunächst wird hier für den Fall der Existenz eines *ius prohibendi* des Nuntianten die Nuntiation noch einmal bestätigt *(in eo nuntiatio teneat).* Übrigens aber, also so weit kein *ius prohibendi* existiert, hebt der Prätor die *nuntiatio* auf. Auch die von Ulpian gegebene Erläuterung ergiebt keinen anderen Sinn des Dekrets. Danach will der Prätor daß die *nuntiatio* nur gelte, soweit der Nuntiant eine *ius prohibendi* habe, und daß die *remissio* nur soweit, als danach die *nuntiatio* nicht verbindliche Kraft habe, geschehen sei. Für die richtige Auffassung der dann folgenden Worte

[1] D. operis novi nuntiatio S. 340.

Ulpian's muß man sich vor Augen halten, daß *remissio* in dieser Lehre eine doppelte Bedeutung hat: einmal die Aufhebung des durch die *nuntiatio* bewirkten Bannes, welche auch durch nicht vor dem Prätor geschehene *satisdatio* geschehen kann, sodann prätorisehe Aufhebung des Bannes. Ulpian sagt, möge *satisdatio* hinzukommen oder nicht, das prätorische Remissionsdekret hebe die *nuntiatio* nur auf, soweit sie nach dem Willen des Prätors nicht verbindlich sei, also kein *ius prohibendi* vorliege. Allerdings sei aber, wenn *satisdatio* erfolgt und dadurch der Bann aufgehoben sei, prätorische Remission nicht nötig. Diese Erörterung zeigt, daß zwar Satisdation und prätorisches Remissionsdekret zusammen vorkommen können, daß aber prätorisches Remissionsdekret auch ohne *satisdatio* vorkommt, und daß der Inhalt des prätorischen Remissionsdekrets doch nur bedingt ist, auch wenn *satisdatio* hinzukommt. Dies erklärt sich wohl historisch. Das prätorische Remissionsdekret war der ältere *modus* der Aufhebung des Banns. Das *remedium*, durch Satisdation den Bann aufzuheben und dadurch der *vexatio* zu entgehen *ad praetorem veniendi et desiderandi, ut missa fieret nuntiatio*, ist jünger. Der Prätor änderte aber, wenn der Nuntiat um, unter Stellung von *satisdatio*, um *remissio* anging, den Inhalt seines Dekrets nicht: er erteilte dann die *remissio* doch nicht *omnimodo*, sondern unter der früher erwähnten Voraussetzung.

Prüfen wir jetzt die Wirkungen des Remissionsdekrets. Dasselbe konnte als ein nur auf die magistratische Gewalt sich stützender Akt die durch die privatrechtlich bindende *nuntiatio* bewirkte *prohibitio* nicht *ipso iure* aufheben: es konnte nur *ope exceptionis* wirken. Bestätigt wird dies durch die *lex Rubria*, nach welcher in das zu erlassende Interdikt die *exceptio* aufgenommen werden soll: *Q(ua) d(e) r(e) operis novi nuntiationem IIvir IIIIvir praefectusve eius municipei non remeisserit.* Hatte der interdicierende Prätor selbst das Remissionsdekret erlassen, so wird die *exceptio* gelautet haben: *Qua de re operis novi nuntiationem non remeissero.* Aus dem Formular des Interdikts, welches der Prätor in diesem Stadium des Nuntiationsverfahrens dem Nuntianten auf seinen Antrag gewährte, wurde also der Passus: *antequam nuntiatio missa fieret* u. s. w. weggelassen und statt dessen auf Antrag des Nuntiaten jene *exceptio* eingefügt. Der Nuntiat obsiegt mit der *exceptio* durch, wenn der Nuntiant sein behauptetes *ius prohibendi* nicht erweist. Es war aber auch möglich, daß die Nuntiation nicht in dem behaupteten Umfange wirksam war, weil das *ius prohibendi* des Nuntianten nur einen Teil des betreffenden Terrains begründet bezw. das *ius faciendi* des Nuntiaten für einen Teil dieses Terrains begründet war. Es erhielt daher die *exceptio* die schon früher (S. 1002) besprochene Fassung: *qua de re — non remeissero*, nach welcher das Interdikt teilweise durchsetzbar, teilweise ausgeschlossen sein konnte. Daß der vollständige Hergang des Verfahrens bei der *operis novi nuntiatio* zur Zeit der Geltung des klassischen Prozesses in den Digesten nur verdunkelt, in fast verwischten Spuren vorliegt, erkläre ich mir so.[1]

Die bedingten Remissionen sind später weggefallen. Nach Justinian's Verordnung soll nach erfolgter *nuntiatio* 3 Monate lang die Fortsetzung des Baues unterbleiben und in dieser Zeit womöglich der Prozeß über das *ius prohibendi* zu Ende geführt werden; sei dies aber nicht möglich, so soll der Nuntiat nach Ablauf von 3 Monaten gegen Satisdation, daß er im Fall seines Unrechts zunächst den Zustand vor der *nuntiatio* auf seine Kosten wiederherstellen

[1] L. 14 C. da aedif. privatis 8, 10 (11, 1).

werde, das in Frage stehende *opus efficere* können. Von den Kompilatoren ist daher das nach dem Remissionsdekret früher zulässige *interdictum* ausgemerzt und der Titel *de remissionibus* selbst auf das Dürftigste beschränkt worden. Besonders möge noch auf eine Stelle hingewiesen werden, welche höchstwahrscheinlich durch die Hand der Kompilatoren beschnitten ist, nämlich l. 7 § 1 D. quod vi aut clam 43, 24: *Ait Iulianus: qui ante remissionem nuntiationis, cum quam prohibitus fuerit, opus fecerit, duobus interdictis tenebitur, uno, quod ex operis novi nuntiatione competit, altero quod vi aut clam. remissione autem facta intelligendum non erit vi aut clam facere, quamvis prohibeatur: licere enim debet aedificare ei, qui satisdederit, cum possessor hoc ipso constituatur.* Die Kompilatoren können hier nicht die ganze Darlegung Julian's wiedergegeben haben, denn Julian muß gesagt haben, daß bezüglich des nach erfolgtem Remissionsdekret vorgenommenen opus nicht zwei Interdikte möglich waren, sondern nur noch eines, nämlich nicht das *interdictum quod vi*, sondern nur noch das *interdictum ex operis novi nuntiatione* vorausgesetzt, daß ein *ius prohibendi* des Nuntianten vorlag. Auch in diesem letzteren Fall war aber das *interdictum quod vi* nicht zulässig, denn wer um Remission gebeten, handelte nicht eigenmächtig im Sinne dieses Interdikts. Hatte aber der Nuntiat durch *satisdatio ex o. n. n.* den Bann beseitigt, so war wegen des nach erfolgter *satisdatio* Gebauten weder das *interdictum ex o. n. n.* noch das *interdictum quod vi aut clam* zulässig.

Unsere Auffassung der Remission setzt uns in den Stand, einige Aussprüche über die Wirkung der *operis n. n.*, welche sehr rätselhaft lauten, zu erklären. In l. 1 § 6 D. h. t. sagt Ulpian: *In operis autem novi nuntiatione possessorem adversarium facimus;* und in l. 5 § 10 D. eod.: *Meminisse autem oportebit, quotiens quis in nostro aedificare vel in nostrum immittere vel proicere vult, melius esse eum per praetorem vel per manum, id est lapilli iactum prohibere, quam operis novi nuntiatione: ceterum operis novi nuntiatione possessorem eum facimus, cui nuntiaverimus. at si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria. et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit interdicto adversus eum quod vi aut clam aut uti possidetis uti.* Es wird hier also abgeraten, falls jemand auf unserem Grundstück einen Bau vornehmen wolle, ihn dann durch *o. n. n.* zu hindern, vielmehr geraten, in diesem Falle sich des *i. uti possidetis* gegenüber der Besitzstörung zu bedienen oder ein einfaches Verbot gegen ihn einzulegen und dann bei Übertretung des Verbots durch den anderen das *interdictum quod vi* gegen ihn anzustellen. Durch die *operis novi nuntiatio*, wird zur Begründung gesagt, machen wir den Nuntiaten zum Besitzer. Es erklärt sich das so. Nach erfolgter nuntiatio kann der Nuntiat sofort um *remissio* nachsuchen, und durch das bedingte Remissionsdekret wird der Nuntiant genötigt, die *exceptio remissionis*, welche dem Interdikt opponiert wird, durch den Nachweis seines *ius prohibendi* zu entkräften, während er, wenn er sich jener anderen Mittel bedient hat, dem Gegner gegenüber ein *ius prohibendi* nicht nachzuweisen braucht. Bei einem Widerspruch aber gegenüber einem *facere*, welches der Gegner auf eigenem Boden vornehmen will, gewährt die *prohibitio* bezw. das *interdictum quod vi* keinen Vorteil im Vergleich mit der *nuntiatio*. Es wird hier vielleicht gefragt werden, warum denn überhaupt die *operis novi nuntiatio* auch zum Schutz des Grundeigentümers gegenüber Bauten auf seinem Grundstück eingeführt sei, obwohl sie sich für diesen Fall als unpraktisch erweise. Dabei muß man das zeitliche Verhältnis der hier in Frage kommenden Rechtsmittel zu einander berück-

richtigen. Die *operis novi nuntiatio* ist ein sehr altes Rechtsmittel, aufgekommen wahrscheinlich noch vor dem *interdictum uti possidetis*. Recht unpraktisch für den Grundeigentümer wurde die *operis novi nuntiatio* aber erst, seitdem die prätorische *remissio* derselben aufgekommen und dadurch der Nuntiat in den Stand gesetzt war, den Nuntianten in diesem Fall in jene unvorteilhafte Position zu bringen.

Das Remissionsdekret ist dem Dargelegten nach kein Interdikt; es ist, wie die Interdikte, ein bedingter prätorischer Ausspruch, enthaltend regelmäßig eine bedingte prätorische Bestätigung der vorher unbedingt wirkenden *nuntiatio*, enthaltend übrigens, also beim Nichtvorhandensein der Bestätigung eine Aufhebung der civilrechtlich und bis dahin auch prätorisch unbedingt wirkenden *nuntiatio*.[1]

---

[1] Nach Burckhard, Die *operis novi nuntiatio* S. 298 ff., ist das prätorische Remissionsdekret ein prohibitorisches Interdikt, nach ihm wird durch dasselbe das bis dahin bedingungslos wirkende Privatverbot des Nuntianten in ein bedingtes Verbot des Prätors verwandelt. Da der Prätor die Interdizierungsbefugnis dem Nuntiationsberechtigten delegiert habe, dieser aber natürlich sein Verbot nicht, wie das der Prätor gethan haben würde, bedingt, sondern nur unbedingt habe aussprechen können, so sei dem Nuntiaten im Antrag auf Remission die Möglichkeit gegeben, den Zustand herbeizuführen, der beim sofortigen Angehen des Prätors seitens des Nuntianten bestanden haben würde, nämlich das Verbot nachträglich zu einem hypothetischen, von der Existenz der *ius prohibendi* abhängigen machen zu lassen. Schon in diesen Äußerungen liegen Irrtümer vor. Von einer Delegation des Interdizierungsrechts des Prätors an den Nuntiationsberechtigten ist nirgends die Rede. Dieser nuntiiert aus eigenem, durch das Civilrecht ihm zuerkannten und durch das Edikt bestätigten Recht. Der Prätor kann ja schon vor der Nuntiation angegangen werden, genehmigt dann aber bloß die Nuntiation oder untersagt sie, erläßt also nicht sofort ein bedingtes Verbot. Dem Nuntiaten ist nur die Möglichkeit eröffnet, eine bedingte Aufhebung des Banns zu erlangen. Der Prätor sage zwar nicht, setzt Burckhard weiter auseinander, *quod ius sit illi prohibere, opus novum fieri veto*, sondern *quod ius illi prohibere, in eo nuntiatio teneat*. Der Sache nach aber sei beides identisch: denn nenn diese *operis novi nuntiatio* das Verbot enthalte, weiter zu bauen, so sei mit der Erklärung, die *operis novi nuntiatio* solle bestehen bleiben, nichts anderes als das Verbot weiterzubauen ausgesprochen, es sei demnach das Remissionsdekret nichts weiter als ein hypothetisch gefaßtes prohibitorisches Interdikt, welches unter der Bedingung der Existenz eines *ius prohibendi* dem Nuntiaten das Fortbauen verbiete und damit zugleich das bisherige bedingungslose Verbot des Fortbauens aufhebe. In der That aber wirkt auch nach erfolgtem Remissionsdekret die *nuntiatio* als Privatverbot, welches bis dahin bedingungslos anerkannt und geschützt war, von jetzt an nur unter der Voraussetzung des *ius prohibendi* anerkannt und geschützt ist. Was für ein Monstrum von prohibitorischem Interdikt wäre es auch, welches, wie Burckhard selbst sagt, nicht an den Impetraten gerichtet ist, indem diesem, dem Nuntianten, darin gar nichts befohlen wird, sondern der Befehl vielmehr an den Impetranten ergeht und diesem einerseits die Befolgung der Nuntiation aufträgt, andererseits die Vernachlässigung derselben gestattet. Burckhard sagt weiter: bei einem gewöhnlichen prohibitorischen Interdikt mit der Fassung ‚*opus novum fieri veto*' würde das Verbot vom Augenblick der Erlassung gelten und nur das *post interdictum redditum* Gemachte als *contra edictum factum* gelten; durch die Fassung ‚*in eo nuntio teneat*' werde aber bei diesem prätorischen Verbot auf das frühere Privatverbot Bezug genommen und das Interdikt damit auf den Zeitpunkt des eingelegten Privateinspruchs rückdatiert. Wenn dann die Bedingung des Interdikts, die Existenz des *ius prohibendi*, vorhanden nachgewiesen werde, so sei nicht nur das *post interdictum redditum*, sondern auch das vom Augenblick der *o. n. n.* an Gemachte als *contra edictum factum* zu behalten. Einmal kommt bei dieser Deduktion das schöne Resultat heraus, daß ein prätorisches Verbot nicht bloß für die Zukunft, sondern auch für eine bestimmte Vergangenheit wirken soll. Sodann ist ja das nach der Nuntiation vor erfolgtem Remissionsdekret Gemachte *contra edictum factum*, einerlei ob das *opus iure* oder *iniuria* geschah, einerlei ob ein *ius*

An die vom Nuntiaten dem Nuntianten geleistete *satisdatio ex o. n. n.* knüpft das Edikt nicht bloß die unbedingte Aufhebung des durch die *nuntiatio* bewirkten Bannes, sondern noch eine weitere Wirkung geknüpft: der Nuntiat wird jetzt in dem Fortbauendürfen gegen Störungen von seiten des Nuntianten seinerseits durch ein Interdikt geschützt, dessen Formel uns in l. 20 § 9 D. de o. n. n. 39, 1 erhalten ist: *Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis aut fieret, qua de re agitur, si de ea re satisdatum est, quod eius cautum sit aut per te stat, quominus satisdetur: quominus illi in eo loco opus facere liceat, vim fieri veto.* Der von Ulpian beigefügte Grund für die Aufstellung des Interdikts: *id enim pertinet ad decus urbium aedificia non derelinqui* ist gewiß nicht der richtige, denn die *nuntiatio* ist bekanntlich zulässig und möglich, *sive intra oppida sive extra oppida in villis vel agris opus novum fiat.* Das Interdikt ist vielmehr mit Rücksicht auf das Interesse des Nuntiaten aufgestellt, da das des Nuntianten vollständig durch die *satisdatio* befriedigt ist, also in einer Hinderung des Nuntiaten am Forbauen nach erfolgter *satisdatio* eine reine Chikane liegen würde. Es ist daher das Interdikt auch davon ganz unabhängig, ob dem Nuntiaten ein Recht zum Bauen zusteht oder nicht. Bloße *repromissio* aber genügt für das Interdikt nicht, auch nicht, wenn es sich um einen Bau auf öffentlichem Grund und Boden handelt. Die Wirkung der Kaution, das Interdikt, kann natürlich nur eintreten, soweit der Inhalt und die Zeit der Kaution reicht *(quod eius cautum sit).* Ist also die Zeitdauer, für welche die Kaution geleistet war, verstrichen, so kann das Interdikt nicht mehr platzgreifen (l. 20 § 14 D. h. t.).

Kurz können wir uns hier über die *stipulatio ex operis novi nuntiatione* fassen. Daß der Nuntiat sich durch *satisdatio* oder *repromissio* (je nach Verschiedenheit der Fälle) von dem durch die *nuntiatio* bewirkten Banne völlig freimachen könne, war ohne Zweifel durch besondere Ediktsbestimmung ausgesprochen. Die Worte der l. 5 § 17 D. h. t.: *Si is, cui nuntiatum erit, ex operis novi nuntiatione satisdederit repromisserit ve aut per eum non fiet, quo minus boni viri arbitratu satisdet repromittatur, perinde est, ac si operis novi nuntiatio omissa esset,* sind wohl im wesentlichen dem Edikt entnommen; und die in l. 1 § 6 D. de stip. praet. 46, 5 (Ulp. lib. 70 ad Edictum) vorkommenden indirekten Sätze: *ex qua operis novi nuntiatione satisdari oporteat (et) quemadmodum satisdetur,* welche Mommsen mit Unrecht tilgen will, lauten wie in den Ulpianischen Kommentar übergegangene Ediktsrubriken. Die Sätze, daß wegen des auf einem Privatgrundstück vorzunehmenden *opus* satisdatio, wegen des *in publico* zu bewerkstelligenden *repromissio*, von einem procurator des Nuntiaten, also *alieno nomine*, immer *satisdatio* zu leisten sei, können nur auf Anordnung des Edikts beruhen. Die *stipulatio ex o. n. n.* gehörte also zu den *praetoriae stipulationes*, deren Formular im Edikt selbst vom Prätor proponiert war, sie wird daher geradezu als ein *remedium* bezeichnet. Näher angegeben, gehörte sie zu den *iudiciales stipulationes, quae propter iudicium interponuntur ut ratum fiat.* Sie ist also der *stipulatio iudicatum solvi* verwandt. Keineswegs war sie aber eine verfrühte *cautio iudicatum solvi*,[1] welche eine

prohibendi existierte oder nicht, und es bleibt *contra edictum factum*, auch wenn das Remissionsdekret erfolgt ist. Ist aber das Remissionsdekret kein prohibitorisches Interdikt, so kann an dasselbe auch nicht das an ein solches sich anschließende *agere ex interdicto* sich anschließen. Enthält es vielmehr eine bedingte Anerkennung der privaten *nuntiatio*, so kann nur das zum Schutz der *nuntiatio* bestimmte *i. de opere restituendo*, versehen mit der *exceptio remissionis*, eventuell folgen.

[1] Vgl. meine Beiträge S. 88 ff.

besondere *stipulatio iudicatum solvi* in dem nachfolgenden Prozeß über das Verbietungsrecht deshalb, weil sie den Gesamtinhalt dieser in sich geschlossen, überflüssig gemacht hätte: sie bezieht sich nur auf die nach der Nuntiation vorgenommenen *opera* (im Sinne des Edikts *de o. n. n.*). Was nun den Inhalt der Stipulation angeht, so ist zunächst zu bemerken, daß es sich der Stipulator, also der Nuntiant, vor der Erhebung der Klage aus der Stipulation gefallen lassen muß, wenn der andere die Restitution des *opus* vornehmen will (l. 21 § 4 D. h. t.). Läßt es aber der Nuntiat auf die Klage aus der Stipulation ankommen, so ist der Inhalt der letzteren ein alternativer, d. h. der zunächst liegende und vorwiegende Inhalt der Obligation ist die *restitutio operis*, an dessen Stelle tritt aber, wenn der Gläubiger sich dafür entscheidet und die Klage darauf richtet, das *quanti ea res erit.*[1] Dem Nuntianten kann es nämlich, wenn der seinem Recht widersprechende Bau doch einmal geschehen ist, möglicherweise nicht erwünscht sein, daß die immerhin vielleicht lästige Wiederherstellung des früheren Zustandes stattfinde; er kann wünschen, daß ihm statt dessen das Interesse geleistet werde.[2] Dazwischen zu wählen, ist ihm nach dem Inhalt der Stipulation gestattet.

Die *nuntiatio* kann auch *publici iuris tuendi causa* geschehen, nämlich[3] *si quid contra leges edictave principum, quae ad modum aedificiorum facta sunt, fiet, vel in sacro vel in loco religioso, vel in flumine publico ripave fluminis.* Eine *nuntiatio* zu den genannten Zwecken vorzunehmen, ist jeder Bürger berechtigt. Es handelt sich also hier zunächst um die im öffentlichen Interesse aufgestellten Bestimmungen über die Höhe der Häuser, sodann um den Schutz der zum Gemeingebrauch bestimmten *res publicae* gegen widerrechtliche Bauten, endlich um Schutz der *res divini iuris* gegen Beeinträchtigung dieser ihrer Bestimmung durch Bauten. Man kann fragen, ob die *operis novi nuntiatio publici iuris tuendi causa* oder die gleichem Zweck dienenden *interdicta* älter seien. Mir scheint, daß der zunächst unter dem Schutz des Civilrechts stehende solenne Privatakt noch älter sei, als das auf Antrag des einzelnen erfolgende obrigkeitliche Einschreiten. Römischer Weise entspricht es aber, das ältere Rechtsmittel neben dem jüngeren bestehen zu lassen. Auch der durch die *nuntiatio publici iuris tuendi causa* aufgelegte Bann konnte durch eine prätorische Remission gehoben werden, er konnte aber auch durch eine einfache *repromissio* gehoben werden. Fortsetzung des Baues der *nuntiatio* zuwider wird auch hier den Nuntianten ein *i. demolitorium* berechtigt haben, und zwar bezüglich des vor erteilter *remissio* Gebauten ohne Unterschied, ob der Nuntiant ein Recht zum Bauen hatte oder nicht, bezüglich des nach erteilter *remissio* Gebauten aber nur, falls der Nuntiat kein Recht zum Bauen hatte. Bloße *repromissio* von seiten des Nuntiaten befreite zwar, wie bereits bemerkt, von dem Bann, gewährte aber dem Nuntiaten nicht das *interdictum ne vis fiat aedificanti* (l. 20 § 13 D. h. t.).

Endlich konnte *operis novi nuntiatio* auch *damni depellendi causa* geschehen. Darauf wird bei Erörterung der *cautio damni infecti* Rücksicht zu nehmen sein.

b) Das *interdictum quod vi aut clam.*

§ 142. Das *interdictum quod vi aut clam* bietet manche Vergleichungspunkte mit der *operis novi nuntiatio*, ist auch in den Digesten und wohl schon im Edikt

[1] Vgl. meine Beiträge S. 85 ff. [2] Lenel, D. ed. perp. S. 431 f.
[3] L. 1 § 17 D. de o. n. n. 39, 1.

mit dem auf die letztere sich stützenden *interdictum demolitorium* zusammengestellt, ist aber doch, wie sich zeigen wird, von jener in dem zu Grunde liegenden Gedanken und folgeweise in vielen Einzelnheiten verschieden. Es tritt das gleich zu Tage, wenn man den in der *operis novi nuntiatio* liegenden Verbotsakt mit dem dem *interdictum quod vi* vorausgehenden Verbot vergleicht. Die *nuntiatio* war ohne Zweifel ein solenner, unter Beobachtung bestimmter Wortformeln vorzunehmender Akt; die *prohibitio* ist an keine bestimmte Form gebunden, das Verbot kann bei ihr durch Worte, eine Handbewegung, einen symbolischen Steinwurf u. s. w. ausgedrückt werden.[1] Die *nuntiatio* ist ein Akt prozessualischer, wenn auch außergerichtlicher Rechtsverfolgung. Sie kann zwar von einem *procurator* vorgenommen werden, dieser hat dann aber auch vorausgesetzt, daß er die *cautio de rato* leistet, die *executio operis novi nuntiationis* d. h. er kann das *interdictum demolitorium* gegen den durch den Bann Gebundenen, dennoch Fortbauenden anstellen. Die *prohibitio* ist selbst noch kein Akt der Rechtsverfolgung, sie soll nur kundgeben, daß das beabsichtigte opus gegen den Willen des an der Unterlassung desselben Interessierten geschehen würde;[2] sie kann daher nicht bloß durch den Interessierten selbst, sondern durch seinen Sklaven, Prokurator, Arbeiter geschehen, und es hat das dieselbe Wirkung, als wenn er sie selbst vorgenommen hätte, d. h. ihm selbst steht das *interdictum quod vi* gegen den zu, der dem in seinem Namen eingelegten Verbot zuwider handelt (l. 17 D. de o. n. n. 39, 1: *Si procurator operi novum facientem prohibuerit, domino competit quod vi aut clam interdictum*). Die *nuntiatio* muß ferner an Ort und Stelle geschehen, da, wo sie ihre Wirkung hervorbringen soll, und diese Wirkung ist, da sie zum Schutz eines dinglichen *ius prohibendi* eintreten soll, dinglicher Natur. Die *prohibitio* dagegen geht nicht *in rem*, sie geschieht *in personam*, muß aber zur Kenntnis dessen, der das *opus* nicht vornehmen soll, gekommen sein. Der, zu dessen Kenntnis das Verbot nicht gekommen ist, kann wohl als Besitzer des *opus*, nicht aber wegen Eigenmacht mit dem Interdikt belangt werden.[3] Ist doch auch das Interdikt ohne vorherige Prohibition gegen den, welcher ohne dieselbe wissen konnte, daß die Absicht der Vornahme des *opus* von seiten des anderen, wenn er um diese Absicht wüßte, ein Verbot desselben hervorrufen würde, als *interdictum quod clam* zulässig. So wie diese gegen die Person kundgegebene Willensäußerung keine besondere Bestätigung durch das Civilrecht oder das Edikt erfährt, ebensowenig wird es durch eine prätorische *remissio* aufgehoben. Nur kann es durch dieselbe aufgehoben werden. Wohl aber kann der, welcher das Verbot eingelegt hat, bezw. der ihn völlig vertretende Tutor, Kurator oder Prokurator, durch eine spätere Erlaubnis die Wirksamkeit des Verbots beseitigen, so daß, wenn bezüglich des nach erfolgter Erlaubnis vorgenommenen *opus* doch das Interdikt angestellt wird, eine *exceptio* gegen dasselbe gegeben wird. Da die *prohibitio* für das *interd. quod vi* nicht dieselbe begründende Bedeutung hat, wie die *op. n. n.* für das *interd. demolitorium*, so wird sie in der Formel jenes Interdikts auch gar nicht besonders angeführt, überhaupt nicht neben dem *interd. quod vi* als etwas Selbständiges aufgeführt. Der Grund des *interd. quod vi* ist ein deliktisches Handeln des Interdiktsbeklagten *(facto suo*

[1] L. 1 §§ 5, 6, 7 D. quod vi aut clam 43, 24.
[2] L. 3 pr. D. h. t.
[3] L. 20 § 3, l. 15 pr. D. h. t.

tuo deliquentis quam alieno mihi adquiritur actio, das *vi facere*).[1] Dieses *vi facere* setzt aber durchaus nicht bloß ein Verbot des Interdiktsklägers, sondern ein rechtliches Interesse an dem Grundstück, an welchem das *opus* vorgenommen werden soll, voraus. Dieses rechtliche Interesse kann im Eigentum an dem Grundstück liegen. Auch ein Miteigentümer kann gegen den anderen das *interd. quod vi aut clam* haben, während kein Miteigentümer eines Grundstücks gegenüber dem anderen die *operis n. n.* hat. Die *op. n. n.* hat dingliche Wirkung, und kein Miteigentümer kann, abgesehen von der *vindicatio partis*, gegenüber dem anderen ein Rechtsmittel dinglicher Wirkung haben, da auch der andere an der ganzen Sache dinglich berechtigt ist. Nur vermöge eines Rechtsmittels *in personam*, wie *actio communi dividundo*, oder durch die ebenfalls nur gegen die Person gehende *prohibitio* kann der eine den anderen an einem beabsichtigten *opus* hindern. — Das rechtliche Interesse kann aber auch in einem *ius in re aliena* liegen, wie in einem Nießbrauch an dem Grundstück, nur muß dann durch das beabsichtigte *opus* gerade das Interesse des Usufruktuars an dem Grundsück verletzt werden, denn es giebt natürlich *opera* in Bezug auf Grundstücke, durch welche wohl das Interesse des Eigentümers verletzt, das des Usufruktuars aber gar nicht berührt wird. Das *opus* kann auch derart sein, daß dadurch beider Interesse verletzt wird, also beide nebeneinander das Interdikt haben. Auch in einem Prädialservitutrecht kann das rechtliche Interesse an der Unterlassung des *opus* beruhen. Es braucht aber das rechtliche Interesse nicht einmal auf einem dinglichen Recht zu beruhen; auch ein auf einer rechtlichen *causa* beruhendes Besitz- oder Detentionsverhältnis oder Quasibesitzverhältnis ist ein ausreichendes Interesse, um demselben schädliche *opera* zu untersagen, so Detention des Pächters, Gestattung, Bäume eines Grundstücks für sich abzuhauen auf Grund eines Kaufs oder einer sonstigen *causa*, prekäres Besitzen eines Grundstücks. Dagegen gewährt die Forderung des Käufers des Grundstücks oder eines sonstigen bloßen Forderungsberechtigten auf Übergabe des Grundstücks vor erfolgter Tradition kein Interesse, dessentwegen ein *opus* verboten werden könnte. Vor der Tradition ist der Verkäufer noch der Interessierte, welcher verbieten bezw. das *interd. quod vi aut clam* erwerben kann. Auch das Recht an einem *sepulchrum* bietet ein rechtliches Interesse, auf Grund dessen das *sepulchrum* beeinträchtigende *opera* verboten werden können.[2] Endlich kann auch ein anerkanntes Affektionsinteresse an dem auf einem Grundstück bestehenden Zustande das *interd. quod vi aut clam* begründen (l. 11 § 1 D. h. t.). Ein solches rechtliches Interesse muß von dem Interdiktskläger behauptet bezw. nachgewiesen werden; nur das gegen das Verbot eines solchen rechtlich Interessierten vorgenommene, dessen Interesse verletzende *opus* ist deliktisches Handeln, *vi factum*, und zwar einerlei, ob der Handelnde ein Recht zum Handeln hat oder nicht. Behauptet also jemand gegenüber dem Verbot des Eigentümers oder Usufruktuars, daß er vermöge eines Prädialservitutrechts zu dem betreffenden *opus* befugt sei, so berechtigt ihn das nicht, ohne weiteres dem Verbot zuwider zu handeln. Wessen rechtliches Interesse aber gerade in einem Prädialservitutrecht an dem Grundstück besteht, der muß, um mit dem *interdictum quod vi* gegenüber einem seinem Prädialservitutrecht widerstreitenden *opus* durchzudringen, dieses Prädialservitut-

[1] Die deliktische Grundlage des *i. quod vi aut clam* hebt am energischsten Dernburg, Pandekten I, 5. Aufl. § 234 S. 168 hervor. [2] L. 13 § 5, l. 22 § 4 D. h. t.

recht beweisen. Das zeigt zunächst l. 15 D. de s. pr. u. 8, 2: — *quodcumque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi potest, si servitus debeatur, opusque ei novum nuntiari potest, si modo sic faciat, ut lumini noceat.* Das *prohibere* bezw. das sich daran anschließende *interd. quod vi aut clam* ist nur möglich und wirksam *si servitus debeatur.* Nicht derselbe Zusatz wird zum *opus novum nuntiari potest* gemacht. Die *op. n. n.* bezw. das *interd. demolitorium* setzen nur den Nachweis des Eigentums an dem angeblich servitutberechtigten Grundstück, nicht den Nachweis des Servitutrechts voraus. Danach wird auch verständlich l. 5 § 10 D. de op. n. n. 39, 1: — — *at si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi nuntiatio erit necessaria,* denn das *interdictum quod vi aut clam* setzt den Nachweis des Servitutrechts voraus, die *op. n. n.* und das *interd. demolitorium* aber nicht. Damit stimmt überein l. 21 D. de aqua et aqua pl. 39, 3: *Si in meo aqua erumpat, quae ex tuo fundo venas habeat, si eas venas incideris et ob id aqua desierit ad me pervenire, tu non videris vi fecisse, si modo servitus mihi eo nomine debita fuerit, nec interdicto quod vi aut clam teneris.* Auch hier ist für das *interd. quod vi* gegen das *venas incidere* der Nachweis des negativen Servitutrechts, daß dem betreffenden Grundeigentümer das ihm zufließende Wasser nicht entzogen werde, vorausgesetzt (vgl. auch l. 6 § 1 D. si serv. vind. 8, 5).

Keineswegs ist aber der von einigen, neuerlich namentlich von Dernburg, verteidigte Satz richtig, daß Prohibition gegenüber einem Besitzstande nicht zu beachten sei. Auf Grund von l. 5 § 10 D. de. o n. n. 39, 1 und von l. 6 § 1 D. si serv. vind. 8, 5 kann nur behauptet werden, daß, wo das rechtliche Interesse an der Unterlassung des *opus*, welches jemand auf dem von ihm besessenen Grund und Boden vornehmen will, in einem Prädialservitutrecht an diesem Grundstück besteht, zur Durchsetzung des *interd. quod vi* dieses Servitutrecht bewiesen werden muß.

Auch in dem vor dem Interessierten verheimlichten Vornehmen des *opus*, in dem *clam facere*, liegt deliktisches Handeln, welches das Interdikt begründet. Wer wußte oder wissen konnte, daß ein bestimmter anderer der Vornahme des von ihm beabsichtigten *opus* widersprechen, dieselbe untersagen werde, und doch ohne eine gehörige Anzeige an denselben, welches *opus* er vornehmen wolle, oder abweichend von solcher Anzeige das betreffende *opus* vornimmt, der handelt *clam.* Auch wenn er erst längere Zeit nach der Anzeige das *opus* vornimmt, handelt er *clam.* Ob das Interdikt gleich von vornherein in dem späteren Umfange aufgestellt wurde, steht dahin. Möglich wäre, daß das *interdictum quod vi* älter wäre, als das *quod clam.* Wenn das aber auch der Fall wäre, würde man doch bald durch die Praxis auf eine Erweiterung hingedrängt sein.

Die Veranlassung des *interdictum quod vi aut clam* ist auch ein dem Interessierten nachteiliges *opus in solo*, aber der Begriff des *opus* ist hier ein viel weiterer als bei der *operis novi nuntiatio.* Die letztere setzt *opera solo coniuncta, quae in solo fiunt* voraus, d. h. einen Bau, der im Boden künstlich fundamentiert ist oder das Abreißen oder wesentliche Verändern des Baus. Doch muß es eine unmittelbar auf den Boden bezw. das darauf stehende Gebäude bezügliche Thätigkeit sein, ein *opus factum, quod cohaeret solo* (l. 22 § 1 D. h. t.). Das bloße Abpflücken von Baumfrüchten begründet das Interdikt nicht. Die Thätigkeit muß ein *solo vitium adhibere,* ein *terrae et quodammodo solo ipso corrumpendo manus inferre* enthalten. Wer über ein Grundstück geht oder darauf jagt, ohne es zu beschädigen, dem gegenüber ist das *interdictum quod vi*

nicht das geeignete Rechtsmittel; ebenso nicht gegen den, welcher den auf einem Grundstück liegenden Getreide- oder Streuhaufen verbrennt, denn derselbe bildet keinen Teil des Grundstücks, auch nicht gegen den, welcher Schlösser, Schlüssel u. dgl. zu einem Gebäude, welche nur Pertinenzen, aber keine Teile desselben bilden, wegnimmt. Wohl aber ist das Interdikt zulässig wegen Errichtung oder Zerstörung eines Gebäudes, auch wegen Wegnahme von Dachziegeln, welche einen Teil eines Gebäudes bilden, oder von Statuen, die an einem Gebäude befestigt sind, weil auch diese einen Teil des letzteren bilden, wegen Bepflügens eines Grundstücks oder Anlegung von Gräben, wegen Schüttens von Steinen auf ein Grundstück, wodurch demselben ein Schaden zugefügt wird, wegen Düngens von Land, das nicht gedüngt werden darf; wegen Gießens von Substanzen in den Brunnen des Nachbars, wodurch das Wasser, das eine *portio* des Grundstücks bildet, verdorben wird, wegen Abschneidens von Zweigen, Weinreben, Schilfrohr, Weidengebüsch u. s. w. Durch eine Thätigkeit, welche *agri colendi causa* geschieht und das Grundstück verbessert, wird das Interdikt nicht veranlaßt (l. 7 § 7 D. h. t.).

Eine bestimmte Frist, binnen welcher die Kraft des Verbots erlösche, giebt es nicht.[1] Behauptet der, gegen welchen es gerichtet wurde, ein Recht zur Vornahme des betreffenden *opus* zu haben, so ist es seine Sache, dieses sein Recht im Wege der Klage gegen den Verbieter geltend zu machen, und würde durch richterliche Anerkennung dieses Rechts das Verbot natürlich seine Kraft verlieren. Ist der, an den das Verbot gerichtet ist, bereit, Satisdation zu leisten und zum *iudicio se defendere*, so ist er durch die Vornahme des *opus* nicht mehr dem *interdictum quod vi* ausgesetzt, denn der Verbietende ist durch die *satisdatio* gesichert.[2]

Über die Frage, inwieweit Notstand, *magna vis, iustus metus* gegen das *interdictum quod vi* wegen des einen Anderen beschädigenden *opus* eine *exceptio* gewähren könne, waren die römischen Jusisten nicht einerlei Meinung. Servius Sulpicius war der Ansicht, nur einem Magistrat, der (weil er kein *imperium* hatte, wie die Municipalmagistrate), an sich mit dem *interdictum quod vi* oder der *actio legis Aquiliae* belangt werden konnte, stehe, wenn er, um bei einem entstandenen Brande andere Häuser zu sichern, ein Haus habe niederreißen lassen, die *exceptio quod incendii defendendi causa factum non sit* unbedingt zu, denn er habe vermöge seiner polizeilichen Befugnisse das Recht zu solcher Sicherungsmaßregel. Der Private aber, der, um sein Haus zu schützen, das Haus des Nachbars niedergerissen habe, könne nur dann freigesprochen werden, wenn das Feuer wirklich bis zu dem niedergerissenen Hause vorgedrungen sei und jedenfalls vernichtet haben würde; wenn es aber nicht bis dahin vorgedrungen sei, die Niederreißung sich also als unnötig erwiesen habe, so sei er auf den einfachen Wert des erwähnten Hauses zu verurteilen. Celsus[3] aber, und im

[1] L. 1 § 9 D. h. t.

[2] Dernburg, Pandekten I[4], S. 567 A. 24, meint, es könne dies keinenfalls schlechthin gelten. Denn das hieße jedem die Möglichkeit geben, sich fremden Besitz interimistisch gegen Kaution beliebig anzueignen. Dernburg berücksichtigt dabei nicht l. 7 § 2 D. h. t.: *licere enim debet aedificare ei, qui satisdederit, cum possessor hoc ipso constituatur.*

[3] In l. 7 § 4 D. h. t. ist neben Celsus genannt Gallus. Mommsen zu der Stelle zweifelt, etwa statt Celsus zu lesen sei Gallus. Indessen, da es nach l. 49 § 1 D ad leg. Aq. 9, 2 sicher ist, daß Celsus sich über die Frage ausgesprochen hat, so möchte eher das spätere Gallus in Celsus umzuändern sein. Unmöglich wäre es allerdings nicht, daß sich auch Gallus Aquilius über die Frage geäußert habe.

Anschluß an ihn Ulpian, waren anderer Meinung: sie ließen den *iustus metus* genügen und gewährten, falls dieser vorhanden war, die *exceptio, sive pervenit ipse sive ante extinctus est,* und das ist auch wohl das Richtige, der Erfolg kann nicht entscheiden.

Eine andere, dem Interdikt gegenüber in Frage kommende *exceptio* ist die *quod non tu vi aut clam fecisti.* Wenn jemand den von einem Anderen *vi* hergestellten Bau seinerseits *vi* wieder abreißt, kann er dann das Interdikt diesen Anderen durch jene *exceptio* zurückschlagen? Julian wollte sie gewähren. Ulpian aber sagt beschränkend: *quod non aliter procedere debet, nisi ex magna et satis necessaria causa: alioquin haec omnia officio iudicis celebrari oportet.*[1] Die Eigenmacht gegenüber vorhergehender Eigenmacht will Ulpian nur aus besonders gewichtigem und dringendem Grunde zulassen. Stellen nun beide das Interdikt gegeneinander an, so kommt es zu dem von Venuleius in l. 22 § 2 D. h. t. angegebenen Resultat: wenn der erste *vi* Handelnde zustimmt, daß der zweite *vi* Handelnde freigesprochen werde, so wird er selbst freigesprochen. Thut er das nicht, so kommt es zu einer Kondemnation von beiden. So wird es aber nur sein, wenn keiner ein höheres Interesse geltend machen kann, als der andere. Kann aber der erste ein höheres Interesse geltend machen als der zweite, so wird er nicht zur Absolution des zweiten zustimmen; kann der zweite ein höheres Interesse geltend machen, so braucht er die Zustimmung des ersteren zur Absolution nicht als ein *rem restituisse* gelten zu lassen.

Je nach der Person des zu Belangenden hat das Interdikt ein verschiedenes Ziel. Der Urheber des Werks, der dasselbe auch besitzt, muß den früheren Zustand auf seine Kosten herstellen, und kommt es zur *litis aestimatio*, so ist das volle Interesse, welches der Kläger daran hat, daß das *opus* nicht geschehen sei, in Anschlag zu bringen, es ist also z. B. auch der durch das *opus* bewirkte Untergang von Servitutrechten in Anschlag zu bringen. Gegen den, welcher nicht Urheber des *opus* ist, aber dasselbe besitzt, geht das Interdikt nur auf *patientiam praestare*, daß der Kläger den früheren Zustand herstelle. Solchenfalls kann aber gegen den das *opus* nicht besitzenden Urheber desselben auf die Impensen bezw. das sonstige Interesse geklagt werden.

Der Charakter des *interdictum quod vi* tritt in verschiedenen Konsequenzen hervor. Wenn eine gewaltunterworfene Person ohne Anweisung des Gewalthabers für sich oder seinen Herrn das verbotene *opus* vorgenommen hat, so geht das Interdikt gegen den Gewalthaber als *noxale*. Die Fassung des Interdikts: *quod vi aut clam factum est* war so weit, daß sie auch das *vi factum* des Gewaltunterworfenen des mit dem Interdikt zu Belangenden umfaßte. Die Befugnis zum *noxae dedere* war in der Formel des Interdikts nicht besonders hervorgehoben. Möglich wäre, daß sie in der Formel der *actio ex interdicto* hervorgehoben wäre. Mehr aber spricht dafür, daß es als im *officium* des *iudex* liegend angesehen wurde, je nach Verschiedenheit der Fälle zu verfahren. Für den Fall also, daß der Gewalthaber den früheren Zustand auf seine Kosten herstellt, soll er ihn freisprechen. Für den Fall dagegen, daß er nur *patientiam* für die Herstellung des früheren Zustandes seitens des Klägers prästiert, soll er ihm aufgeben, den Sklaven *noxae* zu dedieren, und, wenn er das thut, ihn freisprechen, wenn er das nicht thut, ihn auf den Betrag der vom Kläger aufgewandten Herstellungskosten kondemnieren (l. 5 D. de interd. 43, 1). In l. 40

[1] L. 7 § 3 D. h. t.

§ 3 D. de hered. pet. 5, 3 scheint auf das *interdictum quod vi aut clam* als ein Rechtsmittel, bei welchem es im *officium* des *iudex* lag, auf die *facultas noxae deditionis* des beklagten Gewalthabers Rücksicht zu nehmen, besonders hingewiesen zu werden. Ist der delinquierende Sklave verkauft, so kann der das *opus* besitzende bisherige *dominus* immer noch auf *patientiam tollendo operi praestare* belangt werden, der mit dem Interdikt belangte Käufer ist vom *iudex* zum *noxae dedere* aufzufordern, und wenn er nicht *noxae* dediert, auf den Betrag der Impensen der Herstellung zu verurteilen (l. 7 § 1 u. l. 14 D. h. t.). Als Deliktsklage geht das Interdikt gegen die Erben des Thäters nur *in id quod ad eos pervenit* (l. 15 § 3 D. h. t.). Besonders zugelassen ist, daß auch ein *filiusfamilias*, gegen dessen (vielleicht als Pächters) eingelegtes Verbot das ihn beeinträchtigende *opus* vorgenommen ist, das *interdictum* im eigenen Namen anstelle.

Das Interdikt verjährt binnen eines *annus utilis*, welcher gerechnet wird von der Vollendung des betreffenden *opus* bezw. von dem Zeitpunkt, von welchem an es nicht weiter fortgesetzt wurde. *Causa cognita* wird das Interdikt aber auch *post annum* gewährt, nämlich dann, wenn sehr entschuldbarer Weise der Interdiktsklagberechtigte keine Kenntnis von dem *opus* erhalten (*magna et iusta causa ignorantiae interveniente*). Gegen den, welcher *rei publicae causa* abwesend gewesen, läuft der *annus* erst vom Zeitpunkt der Rückkehr an.

Was die Zeit des Aufkommens des *interdictum quod vi aut clam* anlangt, so wissen wir, daß Trebatius, Servius, Q. Mucius Scaevola es kannten. Auch bei Cic. pro Tullio c. 23 § 53 wird es erwähnt: — *si hodie postulem, quod vi aut clam factum sit, tu aut per arbitrum restituas aut sponsione condemneris necesse est.* Dennoch ist es wohl eins der jüngsten Interdikte, denn es scheint von vornherein so weit gefaßt zu sein, daß die Interpretation nur die Worte gehörig zu erklären, nicht das Interdikt über den Wortsinn hinaus auszudehnen brauchte. Hier scheint hier eine einschränkende Deutung stattgefunden zu haben; denn daß das *vi factum in solo* geschehen sein müsse, ist wohl nie in der Interdiktionsformel selbst hervorgehoben gewesen (l. 7 § 5 D. h. t.: *Notavimus supra, quod, quamvis verba interdicti late pateant, tamen ad ea sola opera pertinere interdictum placere, quaecumque fiant in solo).* Auch daß das *officium iudicis* bei der Klage aus diesem Interdikt als so weit umfassend angesehen wurde, daß es den *iudex* in Stand setzte, auf die *facultas noxae deditionis* des beklagten Gewalthabers Rücksicht zu nehmen, weist wohl auf verhältnismäßig jüngere Entstehung dieses Interdikts hin. Die Äußerung Windscheid's[1] aber, das *interdictum quod vi aut clam* gehöre dem Edikt des *praetor peregrinus* an, beruht auf einer meines Erachtens nicht glücklichen Hypothese: dieselbe entbehrt jedes Anhaltes.

c) Die *cautio damni infecti.*

§ 143. Um dem Alter der Bestimmungen des prätorischen Rechts über die *cautio damni infecti* näher zu kommen, soll hier von den Bestimmungen der *lex Aebutia* c. 20 über dieselbe ausgegangen werden. Hier wird schon unterschieden zwischen dem *damni infecti cavere* durch *repromissio* und durch *satisdatio*, und zur Voraussetzung des die Kaution auferlegenden Dekrets das *iusiurandum calumniae* des die Kaution Begehrenden erwähnt. Aber für den Fall, daß die Kaution dem Dekret des betreffenden Munizipalmagistrats gemäß nicht geleistet werde, wird keine *missio in p.* angeordnet, sondern das Gewähren von *actiones*,

[1] Pandekten II, § 466 A. 1.

deren Formelnschemata in dem Gesetz angegeben sind: einer für den Fall, daß keine *repromissio*, einer anderen sonst gleichlautenden für den Fall, daß keine *satisdatio* geleistet sei, und zwar auf das, was dem Kläger hätte geleistet werden müssen, wenn ihm nach dem im Album des *praetor peregrinus* aufgestellten Formular kaviert worden wäre. Danach ist also anzunehmen, daß auch der Peregrinenprätor wegen Nichtleistung der *repromissio* bezw. *satisdatio* keine Missionen erteilte, sondern sofort eine *actio* auf das versprach, was der Beklagte, wenn er *damni infecti* kaviert hätte, leisten müßte. Der Grund, aus welchem der *praetor peregrinus* und auch die Munizipalmagistrate im Fall der Nichtleistung der auferlegten *cautio damni infecti* keine Missionen erteilten, sondern gleich eine Klage gewährten, ist an anderer Stelle bereits genügend dargelegt.[1] Dabei wurde früher von mir geäußert, es erscheine darnach ganz selbstverständlich, daß in Bezug auf die Fassung der *stipulatio damni infecti* auf das in *album* jenes Prätors proponierte Formular verwiesen werde. Andere nehmen an, zur Zeit der *lex Rubria* könne vom *praetor urbanus* das spätere Edikt über die *cautio damni infecti* noch nicht aufgestellt gewesen sein; denn nur bei dieser Annahme erkläre es sich, daß die *lex Rubria* auf das Edikt des *praetor peregrinus* Bezug nehme. Und in der That, warum hätte diese *lex* nicht auf die *stipulatio damni infecti* des Edikts des *praetor urbanus* verweisen sollen, wenn eine solche in demselben schon aufgestellt und mit der des Peregrinenedikts gleichlautend gewesen wäre? Es muß doch noch ein anderer Grund für die Bezugnahme auf die *stipulatio* des Peregrinenedikts vorhanden gewesen sein. Nur wenn ein solcher angeführt werden kann, wird der Meinung, das Edikt des *praetor urbanus* habe damals noch gar keine *stipulatio damni infecti* gekannt, der Boden entzogen. Und ein solcher liegt vor: die *stipulatio damni infecti* des Edikts des *praetor urbanus* hatte eine andere Fassung, als die des Peregrinenedikts. Auf die Fassung der letzteren können wir aus der Klagformel der *lex Rubria* einen Schluß machen: *s(ei) — — eam stipulationem — — — repromeisisset: tum quidquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio d(are) f(acere) oporteret ex fide b(ona)* u. s. w. In Gemäßheit des Satzes, daß die Fassung der Stipulation der Fassung der Klagformel entspricht, dürfen wir annehmen, daß die *stipulatio damni infecti* des Peregrinenedikts auf: *Quidquid (ob eam rem) te mihi dare facere oportet oportebitve ex f. b.* u. s. w. gelautet habe (vgl. l. 89 D. de verb. o. 45. 1: *Si a colono, cui fundum in quinquennium locaveram, post tres annos ita stipulatus fuero: quidquid te dare facere oportet* u. s. w.). Aus den betreffenden Digestenstellen aber wissen wir, daß die *cautio damni infecti* des Edikts des *praetor urbanus* auf *quanti ea res erit* lautete, und daß in derselben die verschiedenen Ereignisse, durch welche der befürchtete Schaden eintreten konnte, speziell hervorgehoben waren, vielleicht auch nach Verschiedenheit der Fälle, derentwegen Kaution begehrt werden konnte, verschiedene Kautionsformulare in diesem Edikt proponiert waren. So zeigen l. 43 pr. D. h. t. und l. 18 rat. rem 46, 8, daß in der *stipulatio damni infecti* die Worte „*sive quid ibi ruet scindetur fodietur effodietur aut aliter quid deficabitur*“ vorkamen, woraus in der letzten Stelle der Schluß gezogen wird, daß aus derselben Kaution öfter nacheinander geklagt werden könne, wenn nämlich durch verschiedene der bezeichneten Ereignisse nacheinander ein Schaden zugefügt werde. Wichen also die Formulare der *stipulatio damni infecti* im Edikt des *praetor urbanus* und *peregrinus* nicht unwesentlich voneinander ab, so enthält

[1] Bd. I, S. 471 f.

ben die besondere Verweisung der *lex Rubria* auf das Formular des Peregrinen-dikts einen Fingerzeig, daß schon damals das Edikt des *praetor urbanus* ein abweichendes Formular enthielt, welches jene *lex* im cisalpinischen Gallien nicht angewandt wissen wollte, da ja auch sonst hier das Verfahren wegen *damnum infectum* dem des Peregrinenedikts nachgebildet war. Jene Worte in der *stipulatio damni infecti* des Edikts des *praetor urbanus: sive quid ibi ruet* u. s. w. bezeugen aber auch, wie LENEL[1] mit Recht sagt, das hohe Alter der Kaution, für welches sich nun noch andere Zeugnisse beibringen lassen.

Nach einer bei Plin. nat. hist. 36, 2 sect. 2 erhaltenen Nachricht zwang ein *redemtor cloacarum (publicarum)* den M. Scaurus, als dieser zur Zeit seiner Ädilität im Jahre 631 a. u. gewaltige Marmorsäulen über die Kloakenwölbungen transportieren ließ, ihm deswegen *satisdatio damni infecti* zu leisten. Der Zwang zur Leistung der Kaution *(satisdare — coegit)* kann nur von dem zuständigen Magistrat, dem *praetor urbanus*, ausgegangen sein. Hier handelt es sich allerdings nur um eine Kaution wegen eines schadendrohenden *facere*. Es wird aber demnächst zu zeigen sein, daß die Kaution wegen solches *facere* nicht der älteste, sondern der jüngste Fall der Kaution gewesen sein kann. Nach l. 9 § 1 D. h. t. berichtete auch Trebatius über einen Fall einer solchen Kaution wegen schadendrohenden *facere*. Etwas anders steht es mit der Bestimmung, welche Cicero in seiner Erörterung der *causa Juniana* aus der *lex operi faciundo* für die Instandhaltung des Castortempels mitteilt in Verr. 2, 1 c. 56 § 146: — *Qui redemerit, satisdet damni infecti ei qui a vetere redemptore acceperit.* Fälschlich hält BURCKHARD,[2] wahrscheinlich verleitet durch Cicero's Bemerkung zu der Stelle, das hier erwähnte *damni infecti satisdare* für die bei den censorischen Lokationen durch *praedes* und *praedia* zu leistende Sicherheit für die gehörige Ausführung eines von Staatsbeamten verdungenen Baus. Aber wie sollte Verres dazu kommen, eine solche Kaution als *damni infecti satisdare* zu bezeichnen? Der Sinn der Stelle ist sehr einfach. Durch die Ausführung der Reparaturarbeiten von seiten des *redemtor* wurden wohl häufig die Eigentümer benachbarter Privatgrundstücke mit Schaden bedroht, sie konnten von dem, welchem die Instandhaltung oblag, *cautio damni infecti* begehren. Wurde nun bei nicht ergender *probatio* der Reparaturarbeiten die Ausführung der Reparaturen von diesem an einen anderen verpachtet, so sollte nach der obigen Bestimmung der neue *redemtor* demselben *damni infecti satisdare*, welcher von dem alten *redemtor acceperit*, nämlich *satis damni infecti*, was aus dem Vorhergehenden zu ergänzen ist. Hier handelt es sich also um eine Kaution wegen des von Ausführung eines Baues, wenn auch nur von Reparaturarbeiten den Nachbarn drohenden Schadens: diese setzt das Bestehen des *vitio aedium* drohenden Schadens voraus. Nach l. 24 § 3 bespricht Servius die Haftung aus einer *stipulatio damni infecti* für den Fall, daß *ex aedibus promissoris vento tegulae lapsae* dem Nachbar Schaden zugefügt haben, und bejaht sie, *si aedificii vitio accciderit*, und im § 4 verneint er in einem anderen Fall die Haftung aus der Stipulation, *quia id nec operis nec loci vitio factum sit.* BURCKHARD[3] meint, ein Beweis für die Existenz eines Edikts des *praetor urbanus*, welches sich auf den Fall des von *aedes ruinosae* drohenden Schadens beziehe, schon zur Zeit des Servius liege darin nicht; denn es sei nicht gesagt, auf welche Weise es zur

[1] Edictum S. 433 A. 16. [2] D. cautio damni infecti S. 66 f.
[3] A. a. O. S. 68 f.

Leistung der Kaution gekommen sei, ob infolge freiwilliger Übereinkunft oder ob infolge der Bestimmung eines Gesetzes oder des prätorischen Edikts, ob des städtischen oder des Peregrinenedikts. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß jene Entscheidungen des Servius in einer aus dem 81. Buch des Ulpianischen Ediktskommentars entnommenen Stelle, in welcher von der prätorischen *stipulatio damni infecti* gehandelt wird, angeführt worden, und daß sie selbst durch die Unterscheidung der Fälle *aedificii, operis, loci vitio* genügend zu erkennen geben, daß sie sich auf die prätorische *formula* der *stipulatio damni infecti* beziehen. Das Edikt des *praetor urbanus* war aber natürlich den römischen Juristen immer das vorwiegende. Wird bei der Erörterung eines im Edikt proponierten Rechtmittels nicht ausdrücklich, wie in der *lex Rubria*, gesagt, daß das Edikt des *praetor peregrinus* gemeint sei, so ist an das Edikt für den Rechtsverkehr *inter cives* zu denken. Nach l. 3 § ult. D. de a. v. a. p. 41, 2 handelt Q. Mucius Scaevola von der *possessio* auf Grund magistratischer *missio in possessionem* wegen nicht geleisteter *cautio damni infecti*. Burckhard gestellt dies zu, meint aber, für die Annahme, daß es das Edikt des *praetor urbanus* sei, welches jene Bestimmungen über die Missionen enthalte, fehle es an jedem Anhalt. Nun zeigen aber die Bestimmungen der *lex Rubria* über die Folgen verweigerter *cautio damni infecti*, daß das Peregrinenedikt die Missionen wegen verweigerter *cautio damni infecti* gar nicht kannte. Auch zeigen am Schluß der Stelle die Worte: *etiam possidere nobis et per longam possessionem capere praetor causa cognita permittit*, in welchen das ursprüngliche *usucapere* erst von den Kompilatoren in *per longam possessionem c.* umgewandelt ist, daß an *missio in p. inter cives* gedacht ist, welche allein zur *usucapio* führen kann. Endlich mit Bezug auf Cic. top. 4, 22 bemerkt Burckhard, die hier erwähnte Kaution sei eine, die nicht wegen Baufälligkeit eines Gebäudes, sondern wegen der Vornahme einer Reparatur, wegen *facere in alieno* verlangt werde. Aber die Worte — *sed qui in pariete communi demoliendo damni infecti promiserit, non debet praestare quod fornix vitii fecerit. non enim parietis vitio qui demolitus est, damnum factum est, sed eius operis vitio, quod ita aedificatum est, ut suspendi non posset* zeigen, daß Cicero zwischen dem Schaden, der *parietis vitio*, und dem, der *operis vitio* entstanden, wohl unterscheidet, daß er also auch eine *cautio* wegen des *aedium vitio* drohenden Schadens kannte.

Als Resultat unserer bisherigen Erörterung stellt sich heraus, daß es bereits in republikanischer Zeit nicht bloß ein Edikt des *praetor peregrinus* sondern auch eines des *pr. urbanus* über die *cautio damni infecti* gab. Daß noch bis zu Gaius' Zeit der Unterschied zwischen den beiden Edikten fortbestand, zeigen die aus dessen Schriften entnommenen Fragmente: es finden sich solche aus *Gaius ad edictum praetoris urbani titulo de damno infecto*, daneben auch solche aus *Gaius ad edictum provinciale*, in welchen er ja auch die für den Peregrinenverkehr bestehenden besonderen Einrichtungen berücksichtigen mußte. Gehen wir jetzt ein auf die in den Digesten uns erhaltenen Bestimmungen des Hadrianischen Edikts.

Aus den aus dem ersten Buch des Ulpianischen und Paulinischen Ediktskommentar sowie des Gaianischen Kommentars zum *edictum provinciale* entnommenen Fragmenten ergiebt sich, daß der Prätor, wie in der Provinz der Statthalter, bei den auf die Jurisdiktion sich beziehenden Bestimmungen im Anfang des Edikts auch die *cautio damni infecti* mit Rücksicht auf die zu ihrem Amtsgebiet gehörigen Munizipien berührten. Die Befugnis zur Anordnung

ner *stipulatio praetoria* sowie zur Erteilung einer *missio in possessionem* lag cht in der *iurisdictio* im engeren Sinne, sondern nur im *imperium (mixtum)*, elches den Munizipalmagistraten nicht zustand. Demgemäß mußten ursprüngch auch die römischen Bürger in den Munizipien sich wegen Auferlegung der aution bezw. eventuell wegen der Erteilung der Mission an den *pr. urbanus* Rom, bezw. in der Provinz an den Statthalter derselben wenden. Da aber gelmäßig bei solch drohendem Schaden irgend welcher Aufschub vom Übel ar, so erwies sich jenes Verfahren als unpraktisch. Daher kam es dahin, aß der Prätor sowie der Statthalter in ihren Edikten das Recht der Auferung der Kaution sowie zur Erteilung der ersten *missio* den Munizipalagistraten je für deren Gebiet delegierten, das Weitere aber sich vorbehielten. ach Ablauf des Termins aber, der in der auf Befehl des Munizipalmagistrats eleisteten *cautio damni infecti* gesetzt war, liegt die Anordnung neuer Kaution der die Verlängerung des Termins, die nur *ex causa* erfolgen sollen, nicht in er Befugnis des Munizipalmagistrats, sondern gehört zum *officium* des Prätors der Statthalters, und nur, wenn die Entscheidung der Frage, ob die Kaution ı erneuern oder der Termin zu verlängern sei, eine Lokalinspektion erforderte, urde diese wieder den Munizipalmagistraten überlassen. Zum Schutz der von nen erteilten ersten *missio* sollen die Munizipalmagistrate nicht ihr Pfändungscht gegen den sich der *missio* Widersetzenden gebrauchen, sondern dem *missus* ne *in factum actio* gewähren, wie sie auch der Prätor zum Schutz seiner *missio* währt, obwohl dieser auch, wozu der Munizipalmagistrat nicht fähig ist, dem *issus* ein Interdikt gewähren kann. Falls auch nach erteilter erster *missio* e Kautionsleistung nicht erfolgt, muß sich der Kaution Begehrende mit dem ıtrag auf die zweite *missio* an den Prätor oder Provinzialstatthalter wenden. ı fragt sich sodann, in welchem Zusammenhange das von Ulpian im ersten ıch seines Kommentars (l. 4 § 5 D. h. t.) ewähnte Ediktsstück: ‚*dum ei, qui rit, prius domum (in quam degit) denuntiari iubeam*' gestanden habe, wie es verstehen sei? Der Prätor verordnete wohl, daß, wenn der, von welchem *tio damni infecti* durch Antrag an den betreffenden Munizipalmagistrat behrt werde, abwesend sei und nicht geladen werden könne, ihm also Kaution ht auferlegt werden könne, dann gleich die erste *missio* vom Magistrat zu eilen sei, mit der Maßgabe jedoch, daß zunächst eine *denuntiatio* zu erfolgen be. Diese hatte den Zweck, womöglich den zu Belangenden selbst noch rbeizuschaffen oder anderen Gelegenheit zu geben, für ihn als *defensor* aufreten. Diese *denuntiatio ad domum* kann schließlich in einem *libellus ad ipsas es propositus* bestehen.

Das Edikt des Prätors nahm auch auf den Fall Bedacht, daß der Munialmagistrat die ihm auferlegten wichtigen Funktionen vernachlässige. Darauf ieht sich die Ediktsbestimmung: *In eum qui quid eorum quae supra scripta t non curaverit, quanti ea res est, cuius damni infecti nomine cautum non erit* hl zu lesen: *cuius nomine damni infecti cautum non erit) iudicium dabo.* Diese sprach also dem, welchem infolge der Säumigkeit des Magistrats nicht *cautio ıni infecti* gestellt war, eine Schadensersatzklage gegen denselben, doch te diese nach ausdrücklichem Formelzusatz voraus, daß von seiten des gers ein ordnungsmäßiger Antrag vor dem Magistrat auf Auferlegung der ıtion stattgefunden habe (l. 4 § 8 D. h. t.: *hoc autem iudicium certam conmem habet, si postulatum est).* Die Klage ist eine reipersekutorische, keine alklage, geht also aktiv und passiv auf die Erben über (l. 4 § 16 D. h. t.).

Liegt übrigens das betreffende Munizipium Rom oder der Provinzialhauptstadt (der Residenz des Statthalters) so nahe, daß statt des säumigen Munizipalmagistrats auch der Prätor oder Statthalter leicht angegangen werden konnte, so fällt diese Klage fort.

Das Edikt des *pr. urbanus* über die Delegation seines *imperium* in Bezug auf die Erteilung der ersten *missio* an die Munizipalmagistrate in Italien rührt wohl erst aus der Kaiserzeit her. Hätte es schon zur Zeit der *lex Rubria* bestanden, so würden die Bestimmungen derselben über die Folgen der Nichtleistung der *c. damni infecti* wohl anders ausgefallen sein.[1] Die Hauptbestimmung des Edikts des *pr. urbanus* über die *cautio damni infecti* stand zusammen mit den Bestimmungen desselben über die *operis novi nuntiatio* und die *a. aquae pluviae arcendae.* Der Prätor hat die althergebrachte Zusammenstellung beibehalten. Ob uns diese Bestimmung in l. 7 pr. D. h. t. aus dem 53. Buch von Ulpian's Ediktskommentar ganz oder nur zum größten Teil überliefert sei, muß zunächst gefragt werden. Mit Recht hat Burckhard[2] es als bemerkenswert bezeichnet, daß die in Bezug genommene Ediktsstelle darüber, unter welchen (namentlich objektiven) Voraussetzungen die *cautio damni infecti* zu leisten sei, nichts enthalte, während doch in dem Begriff des *damnum infectum* nicht die geringste Andeutung liege, welches der Schaden sei, gegen den die Kaution sichern solle. Burckhard zieht nun daraus nicht den Schluß, daß uns etwa ein jene Voraussetzungen betreffendes Ediktsstück nicht überliefert sei, sondern daß der Prätor nur über die Art des Schutzes für den Fall des *damnum infectum* Bestimmungen traf, deutet ihm nur darauf hin, daß er diesen Begriff als einen fertigen, technischen, auf einen bestimmten Fall bezüglichen vorgefunden. Dieser Fall aber, auf den sich auch die *legis actio* bezogen, der Hauptfall, an den im Zweifel immer zu denken sei, wenn von *c. d. infecti* gesprochen werde, sei der des durch Einsturz eines Gebäudes drohenden Schadens. Andere Fälle seien im Edikt nicht vorgesehen gewesen: sie könnten und würden sich im Anschluß an den im Edikt betonten Hauptfall und den daneben noch besonders hervorgehobenen Fall des *opus in flumine publico* durch die Praxis unter Vermittelung der Jurisprudenz herausgebildet haben. Jedenfalls hat nicht aber der Prätor in seinem Edikt mindestens ein Formular der *stipulatio damni infecti* aufgestellt, welches nicht bloß auf den Hauptfall des durch Einsturz eines Gebäudes *(aedium vitio),* sondern auch auf die Fälle des *operis* oder *in vitio* drohenden Schadens Rücksicht nahm. Die Erörterungen der Edikkommentatoren über jene verschiedenen Fälle scheinen sich auch hauptsächlich an die Besprechung jenes Formulars angeschlossen zu haben, so daß es nur unerklärlich wäre, wenn die Kompilatoren einen etwaigen im Hauptedikt über *damnum infectum* vorkommenden, auf jene Fälle bezüglichen Passus in die Digesten weggelassen hätten. Daß das Edikt nur jenen Hauptfall vorgesehen habe, ist nicht richtig. Es hatte jedenfalls daneben den *operis vitio,* den durch eine andere Anlage auf dem Grundstück (wahrscheinlich aber auch den *in vitio)* drohenden Schaden mit im Auge; denn in dem uns Erhaltenen wird der Fall des *opus, quod in flumine publico ripave eius fiat* nur mit Rücksicht darauf besonders hervorgehoben, daß die Satisdation hier auf 10 Jahre geleistet werden soll, womit stillschweigend angedeutet ist, daß die Frist der Kaution wegen sonstiger gefahrdrohender *opera (in privato)* in der gewöhnlichen Weise bestimmt

[1] Vgl. Bd. I S. 468 Anmerkung. [2] A. a. O. S. 33 ff., S. 64.

erden solle. Vorher ist aber schon gesagt, daß regelmäßig kaviert werden solle *eam diem, quam causa cognita statuero.* Diese Bestimmung war also nicht oß auf den durch Einsturz eines Gebäudes, sondern jedenfalls auch auf den *eris vitio* drohenden Schaden berechnet. Auch die Bestimmung darüber, wie verfahren sei, wenn Streit darüber bestehe, ob der, von welchem Kaution behrt werde, Eigentümer sei oder nicht, kann nicht bloß auf baufällige Gebäude, ndern auch auf schadendrohende Anlagen *(opera)* bezogen werden. So spricht nn überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, daß die Kompilatoren das Eingsstück des Edikts weggelassen haben. Wie dies etwa gelautet habe, kann an sich nach l. 19 § 1 (Gaius ad edictum praetoris urbani titulo de damno fecto): *Sive aedium vitio sive operis, quod — — fiat, damni aliquid futurum sit, rat praetor, ut timenti damnum caveatur* vorstellen. Es mag hier also gleich auf e verschiedenen Fälle, derentwegen Kaution begehrt werden kann, eingegangen id damit zugleich auf den Inhalt der *stipulatio damni infecti*, soweit derselbe ese Fälle bezeichnet, eingegangen werden. Das gewöhnliche Stipulationsrmular betraf drei Fälle, nämlich den Schaden, *quod aedium loci operisve vitio tum erit.* Der erste und dritte Fall sind leicht verständlich: es ist der haden gemeint, der durch die fehlerhafte Beschaffenheit, Baufälligkeit eines bäudes oder einer sonstigen baulichen Anlage, etwa eines Backofens, droht. ıter dem *loci vitio* bevorstehenden Schaden, der neben dem *aedium* und *operis* o drohenden als ein besonderer Fall, nicht etwa mit einem derselben zunmen nur einen Fall bildend genannt wird, ist der Schaden zu verstehen, lcher von einer fehlerhaften Beschaffenheit des Bodens, die durch ein *idens extrinsecus* eingetreten ist und durch ausbessernde Thätigkeit beseitigt den kann, zu befürchten ist. Ein Beispiel bietet der in l. 9 § 2 D. h. t. rterte Fall. Hier ist zwar von dem durch eine *ex fundo tuo crusta lapsa in um fundum* angerichteten Schaden, von *damnum iam factum* die Rede, aber dem ganzen Zusammenhange von Ulpian's Erörterung der *cautio damni cti*, und es besteht danach kein Zweifel, daß in einem Falle, wo die Abng eines Stücks Erde von einem Grundstück und das Abrutschen des en auf das Nachbargrundstück befürchtet wird, der bedrohte Nachbar *cautio ni infecti* begehren kann; denn um eine dauernde, natürliche Beschaffendes Grundstücks, derentwegen keine Kaution begehrt werden könnte, delt es sich hier nicht. Auch die l. 24 pr. h. t. behandelt den *vitio loci*, nur von der fehlerhaften Beschaffenheit des Bodens zu befürchtenden den als einen selbständigen Fall, der nur nicht, wenn es sich um einen *locus icus*, um einen zum Gemeingebrauch bestimmten Platz handelt, zur Forderung *cautio damni infecti* berechtigt *(quis enim dubitat neminem esse, a quo stipu, cum nemine nihil faciente locus ipse publicus damnum inferat sui natura?)*. zum Gemeingebrauch bestimmte Platz hat keinen Eigentümer, der wegen *loci vitium* kautionspflichtig wäre. Ganz denselben Gedanken spricht § 3 D. h. t. aus: *Notandum, quod non etiam de loci vitio, sed de operis m cavetur, quamvis, si in privato fiat, et de loci et de operis vitio caveatur: um locus publicus sit, non erat necesse ibidem opus facienti de alio vitio quam satisdare damni infecti.* Besonders deutlich geht auch die Selbständigkeit *oli vitium* aus l. 20 D. h. t. hervor. Hier ist gesagt, daß der Usufruktuar Proprietar wegen *soli vitium*, der Proprietar vom Usufruktuar wegen *operis* , falls der Usufruktuar baue, keiner aber vom anderen wegen befürchteter *aedium* Kaution begehren könne. Es kann hier also bei dem *soli vitio* bevor-

fürchteten Schadens, und scheint es für diesen Fall ein besonderes Stipulationsformular gegeben zu haben, in welchem nach l. 24 § 9 D. h. t. die Fälle „*si quid arborum locive vitio acciderit*" zusammengefaßt waren, also bei dem *loci vitio* bevorstehenden Schaden nicht an den durch Gebäudeeinsturz drohenden gedacht sein kann (vgl. auch l. 38 § 1 D. h. t.).

Nur an diese bisher angeführten Fälle, in denen die *cautio* begehrt werden konnte, kann bei dem uns überlieferten Edikt (l. 7 pr. D. h. t.) gedacht sein, denn nur auf sie ist das dort angeordnete Missionsverfahren anwendbar. Doch mögen auch die Fälle, in denen sonst noch jene Kaution begehrt werden konnte, hier angeführt werden. Der Begriff des *opus* ist erweitert worden: nicht nur das auf Herstellung einer Anlage auf dem Grundstück gerichtete *facere*, sondern überhaupt die Vornahme von Handlungen auf einem Grundstück, durch welche ein Schaden droht, ist als *opus* aufgefaßt. Wer vermöge eines Rechts (dinglichen oder persönlichen) auf einem fremden Grundstück etwas vornehmen darf, z. B. einen Weg ausbessern, Früchte auflesen, muß wegen des durch diese Handlungen namentlich dem Eigentümer des Grundstück drohenden Schadens *cautio damni infecti* leisten. Ebenso muß, wer auf seinem eigenen Grundstück Handlungen vornimmt, mit welchen eine Wirkung auf das Nachbargrundstück verbunden ist, welche für den Nachbar einen beträchtlichen Schaden herbeizuführen droht, ebenfalls dem Nachbar *c. damni infecti* leisten. Wenn nun der durch ein solches Handeln drohende Schaden als *vitio operis* drohend bezeichnet wird, so ist dadurch unverkennbar ausgedrückt, daß die Verpflichtung zur Kautionsstellung wegen solchen gefahrdrohenden *facere* erst nach Analogie des *vitio aedium* oder *operis* drohenden Schadens angenommen ist. *Vitium aedium* oder *operis* bedeutet fehlerhafte Beschaffenheit des Gebäudes oder der Anlage. Wenn nun auch der durch Ausbessern eines Weges, Reinigen, Reparatur einer Kloake drohende Schaden als *victio operis* drohend bezeichnet wird, in Fällen also, wo *vitium operis* den Sinn angenommen hat, daß das *opus* die Ursache des Schadens ist, so ist ja klar, daß die Verpflichtung zur Kautionsstellung in denselben erst nach Analogie der Fälle, in denen wirkliche Fehlerhaftigkeit des Gebäudes oder der Anlage der Grund der Verpflichtung zur Kautionsstellung ist, angenommen sein kann. Es wird als eine Fehlerhaftigkeit des Handelns angesehen, wenn durch dasselbe dem Grundstückseigentümer oder Nachbar ein Schaden zugefügt wurde. Es ist das ein Beispiel der inneren Chronologie, der innerlich chronologischen Bestimmung, also der Fälle, in welchen sich das Moment der Zeit entsprechend in der Sache selbst ausgedrückt hat. Dem Gesagten entspricht es, daß keine allgemeine Ediktsbestimmung die Verpflichtung zur *cautio damni infecti* wegen schadendrohenden *facere* auf einem Grundstück auferlegt. In dem Edikt der l. 7 pr. D. h. t. findet sich nur die Bestimmung: *De opere, quod in flumine publico ripave eius fiet, in annos decem satisdari iubet.* Daß hier stets *satisdatio* und zwar auf 10 Jahre geleistet werden sollte, war der Grund der speziellen Festsetzung. An die Erörterung derselben im Kommentar (l. 15 § 2 ff. D. h. t.) schließt sie in §§ 6 u. 7 die Bemerkung: *Si quid in via publica fiat, quia in alieno fit, satisdandum est. Sed praetor causae cognitae tempus pro conditione operis determinabit*, und in § 9: *De ceteris locis publicis nihil*

specialiter cavetur, verum ex generali sermone, quasi in alieno fiat, satisdari debebit damni infecti. Daraus ist zu ersehen, daß neben der Bestimmung über die *satisdatio* wegen eines *opus*, welches *in flumine publico ripave eius fiat*, im Edikt noch eine Bestimmung über ein *opus*, welches *in via publica* geschehe, getroffen war, welche in der Überlieferung der l. 7 pr. cit. ausgelassen ist. Auch wegen solchen *opus* soll immer *satisdatio* geleistet werden müssen, so jedoch, daß der Prätor die Frist der Kautionsleistung im einzelnen Fall *pro condicione operis* festsetzt. Bezüglich der *cetera loca publica* ist dagegen keine spezielle Bestimmung getroffen, sondern auf den *generalis sermo* verwiesen, d. h. auf die im Anfang sich findende allgemeine Bestimmung, wonach der Prätor *suo nomine promitti, alieno satisdari (iubebit)*, also bei einem *opus in loco publico, quasi in alieno fiat, satisdatio* geleistet werden muß. Auch in das Formular des Interdikts *de ripa munienda* (l. 1 pr. D. de ripa munienda 43, 15) ist als Bedingung des *vim fieri veto* die Leistung der *cautio damni infecti* aufgenommen, aber in unserer Überlieferung, wie früher gezeigt wurde, in interpolierter Gestalt. Auch in anderen Interdikten, welche den Kläger in der Vornahme eines Handelns auf einem Grundstück schützen sollen, findet sich der Befehl von der Voraussetzung abhängig gemacht, daß der Kläger *cautio damni infecti* leiste, so in dem überlieferten Formular des *i. itinere reficiendo* (l. 3 § 11 D. de it. actuque pr. 43, 19: *qui hoc interdicto uti volet, is adversario damni infecti, quod per eius (sc. operis) vitium datum sit, caveat.* Daß aber nicht in allen Formularen der Interdikte, bei welchen vom Interdiktskläger *c. damni infecti* verlangt werden kann, ein darauf bezüglicher ausdrücklicher Zusatz vorkam, zeigt das *interdictum de rivis* in l. 1 pr. D. de rivis 43, 20. Aus den Worten von l. 3 § 9 D. eod. tit.: *De damno quoque infecto cavere eum debere minime dubitari oportet* geht klar hervor, daß ein ausdrücklich die Kautionsverpflichtung auferlegender Zusatz sich in dem Formulur nicht fand. Anders steht es nach l. 1 pr. § 14 mit dem *interdictum de cloacis.* Hier findet sich der ausdrückliche Zusatz zum Formular: *damni infecti, quod operis vitio factum sit, caveri iubebo.* Manche andere Fälle sind noch in den Quellen erwähnt, bei welchen ein obrigkeitlicher Schutz in der Vornahme von Handlungen auf fremdem Grundstück von der Leistung der *cautio damni infecti* abhängig gemacht ist. So wird jemandem, dessen Sachen auf das Grundstück eines anderen geraten sind, das Betreten desselben und die Wegnahme derselben nur gestattet, wenn er dem Grundstückseigentümer zuvor bezüglich des demselben dadurch drohenden Schadens *c. damni infecti* geleistet hat (l. 7 § 2 und l. 9 § 1 D. h. t.). Es konkurriert hier die *a. ad exhibendum*, welche auch von der Stellung der *c. damni infecti* abhängig ist, mit Interdikten, so namentlich bei heruntergefallenen Baumfrüchten mit dem *interdictum de glande legenda* (l. 9 § 1 D. ad exhib. 10, 4). Hat ein *thesaurus* jemandes in dem Grundstück eines anderen vergraben, so bewirkt nach l. 15 D. eod. tit. Labeo die Gewährung eines Interdikts oder eines *iudicium: ut, si per me non stetit, quominus damni infecti tibi operis nomine caveatur, ne vim facias mihi, quominus eum thesaurum effodiam tollam exportem.* Die *cautio aquae pluviae arcendae* gegen den Eigentümer des Grundstücks, auf welchem ohne dessen Vorwissen eine dem Nachbar das Regenwasser in schadendrohender Weise zuführende Anlage gemacht ist, auf Duldung der Beseitigung derselben ist davon abhängig, *si ei damni infecti stipulatione caveatur* (l. 5 D. de aqua pl. 39, 3). Der Mieter, welcher Anlagen in dem gemieteten Raum gemacht hat, hat die *a. conducti* auf Duldung der Wegnahme derselben, aber nur gegen

Stellung der *c. damni infecti* wegen etwaiger durch die Wegnahme zu b wirkender Beschädigung (l. 19 § 4 D. locati 19, 2.) Namentlilch gilt das au wenn jemand kraft Servitutrechts die zur Ausübung derselben erforderliche Arbeiten, Anlagen auf dem dienenden Grundstück vornehmen will. Er ist da berechtigt, aber nur unter der Voraussetzung, daß er dem Eigentümer e dienenden Grundstücks wegen des durch die Vornahme der Arbeiten dr drohenden Schadens *c. damni infecti* leistet. Ein besonderes Stipulationsformu scheint im Edikt in Bezug auf die für die Ausübung einer Wasserleitung gerechtigkeit auf dem dienenden Grundstück erforderlichen Anlagen aufgest gewesen zu sein nach l. 30 D. h. t., aber erläuternd wird dazu bemerkt (§ *Quod dictum est (aquae ducendae causa), exempli gratia scriptum est: ceterum s omnia opera stipulatio accommodabitur.*

Wegen *damnum infectum lege agere* konnte wohl nur der quiritische Eigen tümer des mit Schaden bedrohten Grundstücks. Und so ist es möglich, da anfangs im Kreise der *cives* nur der quiritische Eigentümer, im Rechtsverkehr zwischen *cives* und *peregrini* bezw. zwischen *peregrini* nur der Eigentümer nac *ius gentium c. damni infecti* begehren konnte. Jedenfalls hätte es dabei nic lange sein Bewenden gehabt. Nach l. 18 pr. D. h. t. steht die *damni infe stipulatio* zunächst dem zu, *cuius in bonis res est*, also nicht bloß dem quiri schen, sondern auch dem bonitarischen Eigentümer des bedrohten Grundstücks Indessen scheint es nicht an Zweifeln darüber, wie weit die Ausdehnung z erstrecken sei, gefehlt zu haben. In l. 13 § 8 D. h. t. wird von Ulpian g sagt: *Superficiarium et fructuarium damni infecti utiliter stipulari hodie con* früher also war es nicht so ausgemacht. Und noch später bestanden Zweif ob dem Faustpfandgläubiger und dem *bonae fidei possessor* das Recht auf di Kaution zustehe (l. 11 D. h. t.). Immer mehr aber drang es durch, daß dam *infecti stipulatio latius patet.* Es kam dahin, daß das Recht auf dieselbe auc an der Sache nicht dinglich Berechtigten zuerkannt wurde, dem nämlich, *periculo res est*, wie das hier nun nicht näher ausgeführt werden soll (l. 18 pr. l. 21, l. 38 pr., l. 18 §§ 7—10 D. h. t.). Zu den Kautionsberechtigten gehö falls einer Grabstätte von einem Gebäude her Schaden droht, auch *is, ad qu ius monumenti pertinet*, also der, welcher die Disposition über die Grabstätte ha (l. 13 § 7 D. h. t.). Es können auch mehrere nebeneinander stipulieren, z der Proprietar und der Usufruktuar, welchenfalls aber jeder nur auf den B trag seines Interesses klagen kann (l. 5 § 2 D. h. t.), mehrere Miteigentüme wo auch *de suo quisque damno stipulatur* (l. 27 h. t.).

Gefordert werden konnte die Kaution vom Eigentümer des Grundstücks auf welchem sich das schadendrohende Gebäude bezw. die Anlage befan und ursprünglich wohl nur von ihm. Dafür spricht Folgendes. Nach de Edikt soll, wer *suo nomine* die Kaution zu leisten hat, sie nur durch *repromis* wer *alieno nomine*, sie durch *satisdatio* (Stipulation mit Bürgenstellung) zu leist haben. Das Ursprüngliche ist natürlich, daß nur *suo nomine* die Kaution z leisten ist. Allein der Eigentümer aber leistete nach dem Edikt *suo nom* die Kaution. Das geht aus der Bestimmung des Edikts hervor, daß, wenn s streitig sei, ob der, von welchem Kaution gestellt werden sollte, Eigentüm sei oder nicht, *satisdatio sub exceptione (si dominus non esset)* geleistet werde solle, d. h. die Bürgen ihr Versprechen nur unter der Bedingung, daß der Haup promittent nicht Eigentümer sei, abgeben sollten. Natürlich war auch de bonitarische Eigentümer *suo nomine* kautionspflichtig, wie die Entscheidu

zeigt, daß der, welcher *secundo decreto possidere iussus est*, einem anderen Desideranten gegenüber kautionspflichtig ist (l. 15 § 15 u. § 17 D. h. t.).

Bezüglich des *bonae fidei possessor* ging es nicht ohne Zweifel ab. Einige nahmen an, er habe als Nichteigentümer die *cautio damni infecti* durch *satisdatio* zu leisten. Hier schlug aber doch die Meinung durch, daß er dem Eigentümer gleichzustellen sei, *suo nomine* kaviere. Daß gewisse andere Personen *alieno nomine* die Kaution, und zwar durch *satisdatio*, zu leisten verpflichtet waren, kam erst später, wenn auch wohl schon früh, auf (die *lex Rubria* kennt bereits den Unterschied). Wer nur einen *ususfructus* oder ein superficiarisches Recht an der Sache hat, hat *alieno nomine* die Kaution zu leisten. Bezüglich des Pfandgläubigers werden in l. 11 D. h. t. Zweifel geäußert, ohne daß dieselben gelöst würden, indessen nach l. 15 § 25 verb.: *et magis est, ut si neque debitor repromisit neque creditor satisdedit, pignoris persecutio denegetur*, ist als durchgedrungen die Auffassung anzusehen, daß der *creditor pignoraticius* Kaution durch *satisdatio*, also *alieno nomine*, zu leisten habe. Zweifel machen sich auch geltend bezüglich des Inhabers eines *praedium vectigale;* da neben ihm aber auch der *dominus praedii* für kautionspflichtig erklärt wird, der doch jedenfalls als *suo nomine* kavierend anzusehen ist, so muß man auch den Emphyteuta als *alieno nomine* kavierend ansehen. Sind mehrere Miteigentümer eines Grundstücks, für welches Kaution geleistet werden muß, so ist jeder nur zu seiner Eigentumsquote kautionspflichtig. Stehen mehrere Kautionspflichtige nebeneinander, wie der Eigentümer und der Usufruktuar, oder der Eigentümer und der Superfiziar, der Eigentümer und der Pfandgläubiger u. s. w., so sind alle kautionspflichtig. Könnte darüber nach l. 9 § 5 D. h. t.: — *si aedium tuarum ususfructus Titiae est, damni infecti aut dominum repromittere aut Titiam satisdare debere;* und l. 11 D. eod.: — — *utrum repromittere, quia ius suum tuetur, an satisdare, quia dominus non est, debebit* noch ein Zweifel bestehen, so würde dieser völlig ausgeschlossen durch die Ediktsworte selbst in l. 7 pr. D. eod.: *damni infecti suo nomine promitti, alieno satisdari iubebo*, womit *lex Rubria* übereinstimmt: — — *ex formula promittere et, sei satisdarei debebit, satisdare iubeto decernito.* Der zur Kaution *alieno nomine* Verpflichtete erleidet ja nicht etwa bloß, wie der Mieter, der durch den Mitbesitz des *missus* in der Benutzung des gemieteten Hauses gestört wird, eine faktische Beeinträchtigung: vielmehr wird ihm, wenn er nicht *satisdatio* leistet, die *ususfructus* oder *pignoris persecutio* zunächst rechtlich denegiert, es tritt ein rechtlicher Nachteil für ihn ein. Wie wäre das denkbar, wenn von ihm nicht vorher die *satisdatio* verlangt bezw. dieselbe ihm durch den kompetenten Magistrat auferlegt wäre? Gegenüber dem einzelnen Kautionspflichtigen kann im Fall des Nichtkavierens von seiten desselben der Kautionsrächer die Verhängung der diesem gedrohten rechtlichen Nachteile verfolgen, auch wenn er dem anderen Kautionspflichtigen gegenüber die Kaution noch nicht begehrt hat: diesem könnte daraus nur faktische Beeinträchtigung, kein rechtlicher Nachteil erwachsen. Eine weitere Frage aber ist, wie weit dem Kautionsberechtigten von seiten des einzelnen jener mehreren Kautionspflichtigen zu kavieren sei? Darauf ist zu antworten, daß der mit Schaden Bedrohte sich an einen von ihnen ganz halten kann: der Proprietar ist nicht etwa nur verpflichtet, *de soli vitio*, der Superfiziar, *de aedificio* zu kavieren, sondern der vom Bedrohten Angegangene muß *in totum repromittere* bezw. *satisdare.* Wie die Ausgleichung zwischen ihnen bewirkt werden kann, wird demnächst zu zeigen sein.

Gehen wir nun zu dem Verfahren über, so ergiebt sich schon aus d der *lex Rubria*, wie aus dem Edikt der l. 7 pr. D. h. t., daß der, welcher den kompetenten Magistrat den Antrag stellt *(postulat)*, daß dem Gegner wegen des ihm von dem betreffenden Grundstück desselben drohenden Schadens die Kaution (durch *repromissio* oder *satisdatio*) auferlegt werde, sein Recht auf die Kaution jetzt noch nicht darzuthun braucht, sondern nur schwören muß, daß er nicht *calumniae causa* dies Begehren stelle, bezw. daß der, in dessen Name er Kaution begehrt, dies nicht *calumniae causa* gethan haben würde. Nach Leistung des Eids wird dem Anderen die Kaution auferlegt, doch kann gewiß der Magistrat, wenn er das Begehren gleich unbegründet fand, den Antrag zurückweisen. Dem weiteren Verfahren liegt folgender Gedanke zu Grunde. Wie den Gewalthaber bezüglich der in seiner *potestas* befindlichen Personen, also namentlich der Hauskinder und Sklaven, bei Delikten derselben die Defensionspflicht trifft, von welcher er sich aber durch *noxae deditio* derselben an den Verletzten befreien kann, so trifft eine ähnliche Pflicht zum *defendere* auch den Eigentümer von Grundstücken, durch deren fehlerhafte Beschaffenheit die Nachbarn mit Schaden bedroht werden, und zwar auch in der Weise, daß ihn im Fall des Nicht-*defendere* schließlich der Verlust des Rechts an seiner Sache trifft (l. 9 pr. D. h. t.: — — *unusquisque cogitur aut de damno infecto cavere, aut aedibus cave. quas non defendit)*. Zu weit reichen indessen die Konsequenzen dieser Ähnlichkeit nicht. Bei den Noxalklagen insbesondere trifft den Gewalthaber oder Eigentümer die Defensionspflicht bezüglich des durch den schuldigen Gewaltunterworfenen oder das schuldige Thier bereits angerichteten Schadens, bei den vitiösen Gebäuden oder Anlagen bezüglich des durch das *vitium* erst drohenden Schadens; bei jenen wird daher die Defensionspflicht erfüllt durch die Übernahme des *iudicium*, während welches ihm immer noch das Recht der *noxae deditio* verbleibt, bei dem durch baufällige Gebäude erst drohenden Schaden wird sie durch Kaution wegen desselben, *repromissio* oder *satisdatio*, erfüllt. Wie aber dort im Fall mangelnder *defensio* das *iussu praetoris ducere* des schuldigen Sklaven stattfindet, so treten hier im Fall unterbleibender Kaution magistratische *missiones in possessionem* ein. Hier aber zeigt sich wieder ein Unterschied: das Verfahren gegen den die Kaution nicht stellenden Kautionspflichtigen schreitet von milderer Maßregel zu strengerer fort, es findet in zwei Abstufungen statt, die in dem Edikt der l. 7 pr. D. h. t. ausdrücklich hervorgehoben werden. *Eum, qui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire, cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere iubebo.* Die nächste bei Kautionsverweigerung auf Antrag des Kautionsberechtigten erfolgende Maßregel ist also die Einweisung desselben in die Detention des Grundstücks, von welchem aus ihm die Gefahr droht.

Der Zweck dieser ersten *missio* ist, wie in anderen Fällen, wo diese platzgreift (so bei der *cautio legatorum servandorum causa*), einmal, einen indirekten Zwang gegenüber dem Pflichtigen auszuüben, dahin, daß er die Kaution leiste; denn, wenn er auch mit *in possessione* bleibt, so dauert doch der lästige Mitbesitz des *missus* bis zur Kautionsleistung fort (l. 5 pr. D. ut in poss. 36, 4), sodann aber und hauptsächlich, sofort statt der mangelnden Kaution eine Sicherung zu verschaffen: der *missus* ist *vice cautionis in possessione* (l. 15 § 30 D. h. t.). Ihre Wirkung ist also das *in possessione esse* des Eingewiesenen neben dem kautionspflichtigen Eigentümer, Usufruktuar u. s. w. Ausdrücklich wird in l. 3 § 9 D. de a. v. a. p. 41, 2 hervorgehoben, daß dem *missus* noch nicht die *possessio*

sondern mit der Detention (dem *in possessione esse*) nur *custodia* und *observantia* zugestanden sei. Diese Detention befähigt ihn, den Stand der Dinge genau zu beobachten und sich schon dadurch nach Möglichkeit vor Schaden zu bewahren, sie setzt ihn auch in den Stand, seinerseits auf dem Grundstück, in dessen Besitz er eingewiesen ist, Reparaturarbeiten vorzunehmen und auf diese Weise den Eintritt des Schadens zu verhüten. Die Ansicht einzelner Juristen aber, daß er als *missus* dazu verpflichtet sei und, wie ein Faustpfandgläubiger, *culpa* zu prästieren habe, drang in der Praxis nicht durch (*alio iure utimur*, sagt Ulpian in l. 15 § 30 D. h. t.). Wenn der Kautionspflichtige durch diese erste *missio* sich bewegen läßt, die auferlegte Kaution zu leisten, so erlischt dadurch die Kraft der *missio*. Ist aber nach der ersten *missio* bereits ein Schaden eingetreten, so braucht der *missus* nicht eher aus der Detention zu weichen, als bis ihm nicht bloß wegen des zukünftigen, sondern auch wegen des seit der Zeit der ersten *missio* bereits eingetretenen Schadens, sowie wegen Ersatzes der etwa von ihm aufgewandten Impensen Kaution geleistet wird (l. 15 § 31 D. h. t.).[1] Ist aber die Kaution in vollständig genügender Weise geleistet, so muß der *missus* weichen. Weicht er nicht freiwillig, so konnte er ohne Zweifel durch ein Interdikt dazu genötigt werden. Ich möchte annehmen, daß dieses auch in anderen Fällen nach Außerkrafttreten einer *missio* gegen den bisherigen *missus* zulässige Inderdikt ein prohibitorisches gewesen, wodurch ihm untersagt wurde, den Kautionssteller im alleinigen Besitz der Sache zu stören.

Der Prätor versprach im Edikt, *cum iusta causa esse videbitur*, auch eine schärfere Maßregel gegen den mit der Kaution Säumigen zu erlassen. Ist also seit der ersten *missio* ein Zeitraum verstrichen, ohne daß Kaution angeboten wäre, so kann der Kautionsberechtigte den Antrag auf diese weitere verschärfte Maßregel stellen. Da der Prätor nur, *cum iusta causa esse videbitur*, verfügen will, so muß er natürlich eine *cognitio* darüber anstellen, ob solche *iusta causa* vorhanden sei, und dazu muß selbstverständlich der Kautionspflichtige geladen werden: es muß ihm Gelegenheit gegeben werden, geltend zu machen, aus welchem triftigen Grunde etwa die Kautionsleistung unterblieben ist. Die *iusta causa* besteht also keineswegs in dem fortgesetzten Nichtkavieren, sondern in dem grundlosen, also unentschuldbaren Nichtkavieren. Es kann ja z. B. sein, daß der Kautionspflichtige das baufällige Gebäude nach seiner Meinung ausreichend hat stützen lassen und deshalb keine Kaution leisten will, während der Gegner die Stützen nicht für ausreichend erklärt. Nur die *causae cognitio* des Magistrats kann darüber entscheiden, ob die Kautionsstellung mit Unrecht unterlassen ist oder nicht (vgl. auch l. 19 D. h. t.). Findet aber der Magistrat, daß ohne ausreichenden Entschuldigungsgrund während einer von ihm zu bestimmenden Frist die Kautionsstellung unterlassen ist, so gewährt er dem *missus* durch ein zweites Dekret eine *missio* mit stärkerer Wirkung (sog. *missio ex secundo decreto*). Nach einer Anzahl Digestenstellen macht dieses zweite Dekret den *missus* zum *dominus*,[2] damit kann natürlich nur das *in bonis*, das bonitarische Eigentum gemeint sein, schon deshalb, weil prätorisches Dekret nicht die Wirkung des Civilrechts, das quiritische Eigentum, haben kann, sodann, weil

[1] Zwischen Labeo und Sabinus bestand Meinungsverschiedenheit darüber, ob bezüglich des Schadensersatzes bis auf die Zeit des magistratischen Missionsdekrets oder die der ergriffenen Besitznahme zurückzugehen sei. Ulpian nimmt einen vermittelnden Standpunkt ein (l. 15 § 32 D. eod. tit.).

[2] Vgl. die Stellen bei Buckhard, a. a. O. S. 556 A. 86.

nach dem ausdrücklichen Zeugnis einer Anzahl anderer Stellen,[1] in welchen statt des ursprünglichen *usucapere — per longum tempus capere* oder eine ähnliche Wendung durch Interpolation gesetzt ist, noch *usucapio* zum Erwerb dieses (quiritischen) Eigentums erforderlich ist. In dem Edikt bezeichnet der Prätor den Inhalt des zweiten Dekrets mit den Worten: *possidere iubebo.* Mit diesen Worten kann der Prätor ursprünglich gewiß nicht irgend ein *dominium* gemeint haben, denn zur Zeit des Aufkommens des Missionsverfahrens wegen *damnum infectum* war dieser Gegensatz des quiritischen Eigentums und des *rem ex bonis habere* als einer Art des Eigentums noch nicht ausgebildet. Was verstand denn der Prätor unter dem *possidere?* Zunächst Besitz in eigenem Namen unter Ausschluß des kautionspflichtigen bisherigen Eigentümers, dieser muß aus dem Besitze, und zwar definitiv, weichen (l. 15 § 23 D. h. t., l. 30 § 2 D. de v. a. p. 41, 2). Darin bekundet sich also die Absicht des Prätors, dem bisherigen Eigentümer die Sache, soweit er das kann, zu entziehen, und dem *missus* die Sache zu definitivem Besitz zuzuweisen. Auf Grund dieses Dekrets kann also der *possidere iussus* die Sache wie ein Eigentümer besitzen und sie *usucapere.* Das letztere wird ganz regelmäßig als eine Wirkung des *possidere iubere* genannt, dieses wird zugleich als *permittere usucapere* angesehen. Also Eigentumsbesitz mit der Möglichkeit des *usucapere* war die ursprüngliche Wirkung des *secundum decretum.* Eine Art des Eigentums selbst hat man in diesem Fall, wie in anderen, wohl erst später angenommen, jedenfalls nicht früher, als die *Publiciana* auch auf diesen Fall angewandt war. Die *Publiciana* ist nicht das ursprüngliche Schutzmittel der *missio secundo decreto damni infecti nomine.* Das ursprüngliche Schutzmittel ist wohl das *interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est,* welches auch gegen den gegeben wurde, *qui possidere passus non fuerit.* Jünger als dieses Interdikt, welches die Mission zur Ausführung zu bringen suchte, war die wohl in einem späteren Zusatz zu dem Edikt über die Missionen versprochene *in factum actio.* Dieser Zusatz lautet nach l. 7 pr. D. h. t. so: *in eum, qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oportet, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit quae mea est, cautum fuisset.* — Die auf Grund dieses Edikts zu gewährende *actio* hat mit den in der *lex Rubria* c. 20 versprochenen, deren Formeln dort angegeben werden, den Grundcharakter gemeinsam, wenngleich sie sich in verschiedenen Punkten von ihnen unterscheidet. Sie muß ebenso, wie diese, teils *in factum* konzipiert, teils *ficticia* gewesen sein, wenngleich, da die Stipulation anders als die im Peregrinenedikt aufgestellte lautete, auch die Fiktion dementsprechend anders gelautet haben muß. Sodann setzen die Aktionen der *lex Rubria* sowohl, wie die Klage nach unserem Edikt, voraus, daß bereits ein Schaden eingetreten sei. Das besagen bezüglich der ersteren die Worte des Gesetzes: *Quei eorum ita non repromeisum aut non satisdederit, sei quid interim damni datum factumve ex ea re aut ob eam r(em) eove nomine erit* u. s. w., bezüglich der letzteren namentlich l. 16 D. h. t. *antequam damnum detur, impunitum factum est eius qui neque promisit neque admissus in possessionem.* Aber die Aktionen der *lex Rubria* knüpfen den Kondemnationsbefehl, da in Gallia Cisalpina die Missionen keine Anwendung fanden, schon an die Nichtbefolgung des magistratischen Befehls, die Kaution bezw. Satisdation zu leisten, die *actio* unseres Edikts knüpft denselben an das Nichtkavieren

[1] Burckhard, a. a. O. S. 557 A. 87.

und den Widerstand gegen die erste oder zweite *missio*.[1] Nach unserem Edikt werner kann der Kautionspflichtige noch die Klage dadurch vermeiden, daß er die Kaution stellt oder seinen Widerstand gegen die Zulassung des *missus* aufgiebt, ihn also zuläßt. Die Formeln der *lex Rubria* haben aber den Zusatz: *s(ei), antequam id iudicium q(ua) d(e) r(e) a(gitur) factum est — — — reprobeississet* oder *satisdedisset*. Nach HUSCHKE[2] soll der Ausdruck *iudicium factum* wegen seiner Unbestimmtheit mehr umfassen, als *iudicium constitutum*, nämlich alle Handlungen von Anfang des Prozesses an: die Worte sollen das Erforderniß ausdrücken, daß der Kläger schon zur Zeit des noch nicht geschehenen Schadens um die Kaution nachgesucht habe. Indessen *iudicium factum* und *iudicium constitutum* sind gleichbedeutend, und die Worte können nur die Zeit vor der Niedersetzung dieses *iudicium* bezeichnen; sie zeigen also wieder eine Abweichung der Actionen der *lex Rubria* von der *actio* unseres Edikts. Nach dem Recht der letzteren kann die Klage nur durch Kaution oder Zulassen des *missus ante damnum datum* vermieden werden, nach den Formeln der *lex Rubria* durch Leistung der Kaution oder Satisdation vor der Litiskontestation (sollte auch schon vor dieser ein Schaden eingetreten sein). Der Kautionsberechtigte war dadurch veranlaßt, mit der Klage nicht zu zögern, damit nicht etwa noch vor der Niedersetzung des *iudicium* ein Schaden eintrete. Die *actio* auf Grund unseres Edikts kann Worte, wie jene: *antequam hoc iudicium factum est*, nicht enthalten haben, das zeigt am klarsten l. 16 D. h. t., nach ihr kann nur *cavere vel possessione cedere* vor Eintritt eines Schadens von der Klage befreien.

Unsere *actio in factum ficticia* ist auf Ersatz des nach dem die Kaution auferlegenden Dekret eingetretenen Schadens gerichtet, sie ist *perpetua*, wird auch *heredi* und *in heredem* gegeben. Dennoch hat sie unzweifelhaft einen deliktischen Charakter. Das zeigen schon die Ausdrücke der l. 16 D. h. t.: *antequam damnum detur*, *impunitum est factum eius*, *qui neque promisit* u. s. w., und der l. 18 § 15 D. h. t.: *Non solum autem eum punit praetor, qui in possessione esse, sed etiam eum qui possidere passus non fuerit.* Dann geht es aber auch daraus hervor, daß, wenn der, *qui in possessionem non admiserit*, ein Gewaltunterworfener war, nach der Ansicht der *plerique* eine *noxalis actio* gegen den Gewalthaber zusteht. Wenn in l. 18 § 13 D. h. t. gesagt wird: *Si pupillus prohibuit iri in possessionem damni infecti, placet, in eum non iniuste competere nec in factum actionem*, so dürfte dabei nur an einen *pupillus, qui affectu non erat* gedacht sein.[3] Eine besondere Formel, vielleicht auf Grund einer bezeugten, uns nicht überlieferten Ediktsklausel, war noch proponiert für den Fall, daß zur Zeit, wo der Kautionsberechtigte die *missio in possessionem* betragen wollte, die *potestas praetoris adeundi* fehlte, und dann ein Schaden eintrat.[4] Der Schlußsatz des uns erhaltenen Edikts bezieht sich auf den Fall, wenn, nachdem einer *damni infecti nomine* in die *possessio* der schadendrohenden Sache eingewiesen ist, noch ein anderer, gleichfalls Bedrohter die Kaution begehrt. Wird diesem von dem bereits Eingewiesenen nicht *satisdatio* geleistet, so soll er mit in die *possessio* der Sache eingewiesen werden (*simul in possessione iubebo*).

---

[1] L. 4 § 2 D. ne vis fiat ei 43, 4; l. 15 § ult.; l. 16; l. 17; l. 18 § 15 D. h. t.

[2] Gaius S. 221.

[3] Anderer Meinung BURCHHARD, a. a. O. S. 589.

[4] L. 4 § 3 D. ne vis fiat 43, 4.

Es fragt sich noch, wie für den Fall, daß mehrere dem Bedrohten gegenüber kautionspflichtig sind und einer von ihnen demselben durch *repromissio* oder *satisdatio* kaviert hat, die Ausgleichung unter ihnen bewirkt werde. Hat an dem baufälligen Gebäude jemand einen *ususfructus*, so trifft diesen eine gewisse Reparaturpflicht bezüglich des Gebäudes, er muß *sarta tecta suis sumptibus prostare*, dagegen hat er eine darüber hinausgehende Reparaturpflicht nicht zu tragen; er braucht nicht ein durch Alter baufälliges Gebäude von Grund aus zu reparieren, solche Reparatur liegt vielmehr dem Proprietar ob. Wenn nun infolge der Vernachlässigung der einen oder anderen Reparaturpflicht dem Nachbar ein Schaden droht, und einer der Kautionspflichtigen diesem die Kaution geleistet hat, so ist dem reparaturpflichtigen Usufruktuar, welcher dieser Pflicht nicht nachkommt, auf Antrag des Proprietars, welcher dem Bedrohten Kaution geleistet hat, die Ausübung des Ususfruktus durch den Magistrat zu untersagen bezw. demnächst durch *secundum decretum* das Recht definitiv abzusprechen. Hat umgekehrt der Usufruktuar, während den Proprietar die Reparaturpflicht traf, dem Bedrohten *satisdatio* geleistet, so ist ihm gegenüber dem Proprietar das *solum retinere* zu gestatten bezw. schließlich durch *secundum decretum* das *ius domini* auf ihn zu übertragen. Ebenso würde sich die Sache gestalten, wenn beide nach Lage der Sache ein Teil der Reparaturpflicht träfe, und einer von ihnen dem Bedrohten *in totum* kaviert hätte, der andere aber der ihn treffenden Ersatzpflicht nicht nachkäme.

Das bisher geschilderte Verfahren wegen *damnum infectum*, wie es sich nach dem Edikt des *praetor urbanus* gestaltete, dürfte kaum so in den Provinzen stattgefunden haben. Das ist wohl daraus zu schließen, daß Gaius über *damnum infectum* nicht bloß in seinem Kommentar zum *edictum provinciale*, sondern noch in besonderer Darstellung *ad edictum praetoris urbani titulo de damno infecto* handelte. Worin aber die Abweichung des Verfahrens in den Provinzen von dem nach dem Edikt des *praetor urbanus* bestand, wissen wir nicht. Vermuten kann man, daß in den Provinzen, ebenso wie nach dem Edikt des *praetor peregrinus* in Rom, die Missionen wegfielen, also wegen nicht geleisteter Kaution gleich eine *actio in factum ficticia* gewährt wurde. Dann würden auch die Bestimmungen der *lex Rubria* noch verständlicher werden: nach Einverleibung von Gallia Cisalpina in Italien hätte die *lex* in derselben nur das Verfahren auch für die Bürgergemeinden bestehen lassen, welche bisher in ihr als Provinz gegolten hatte.

Es bleibt noch kurz zu erörtern, wie es gehalten wurde, wenn der Schaden durch Einsturz des baufälligen Gebäudes schon vor dem Kautionsbegehren des Nachbarn bezw. vor der Kautionsleistung eingetreten war. Nach der aus Gaius' Kommentar zum Provinzialedikt entnommenen l. 6 D. h. t. soll der Eigentümer der *aedes ruinosae* unter der Voraussetzung, daß er *omnia, quae iaceant*, also alle hinübergefallenen Trümmer derelinquiere, nicht einmal zum Wegschaffen dieser Trümmer gezwungen werden können, das sei die Ansicht der *plerique*. Das Wegnehmen der Trümmer soll nach der Entscheidung Julian's in l. 7 § 2 D. h. t. dem Eigentümer des eingestürzten Gebäudes auch nur unter der Voraussetzung gestattet sein, daß er nicht nur wegen des zukünftigen dadurch etwa anzurichtenden, sondern auch wegen des bereits eingetretenen Schadens Kaution leiste. Ja, Julian will gegen ihn, der die Trümmer derelinquieren und nichts thun will, dem Eigentümer des Grundstücks, auf welches die Trümmer gefallen sind, ein Interdikt gewähren, wodurch er gezwungen

werden soll, entweder die Trümmer wegzunehmen (natürlich gegen jene Kaution) oder sein ganzes Gebäudegrundstück zu derelinquieren. Dieses Interdikt ist als ein prohibitorisches gedacht, wodurch dem Eigentümer der *aedes, quae deciderunt,* verboten wird, den beschädigten Nachbar an der Besitzergreifung seines (des ersteren) Grundstücks zu hindern, falls er die hinübergefallenen Trümmer nicht gegen Kaution wegnehmen will. Gaius stimmt in l. 8 D. h. t. dieser Ansicht Julian's zu, mit der Modifikation jedoch, daß der beschädigte Nachbar nicht aus Nachlässigkeit, sondern wegen irgend eines Hindernisses es unterlassen hat, zeitig die Kaution zu fordern. Die hier ausgesprochene Ansicht des Gaius stimmt nicht recht zu dem von ihm in l. 6 D. h. t. Geäußerten, aber es ist zu beachten, daß die l. 8 aus dem Kommentar *ad Edictum praetoris urbani titulo de damno infecto,* l. 6 aus dem Kommentar zum *Edictum provinciale* entnommen ist. Wenn das Verfahren wegen *damnum infectum* in den Provinzen, wie wir vermuteten, die Missionen nicht kannte, so mochte Gaius in denselben auch die Anwendung des von Julian befürworteten Interdikts für unzulässig halten. Nach l. 9 pr. D. h. t. geht Julian noch weiter, er will, falls der bedrohte Nachbar durch die Kürze der Zeit oder etwa durch *absentia rei publicae causa* verhindert war, zeitig Kaution zu fordern, den Eigentümer des eingestürzten Gebäudes durch den Prätor zwingen lassen, entweder *de damno praeterito* Kaution zu stellen oder *aedibus carere;* und dem stimmt Ulpian zu. Der Zwang soll hier wohl durch die Missionen *ex primo* und *secundo decreto* geübt werden.

Es kann wohl kaum einem Zweifel unterliegen, daß Julian sowohl in der Befürwortung jenes Interdikts, als auch in der der Erzwingung der *cautio damni praeteriti* für den Fall unverschuldeter Verhinderung an der Forderung der *cautio damni infecti,* vorgeschrittenen Ansichten huldigte, welche in dem Edikt über *damnum infectum* keinen unmittelbaren Anhalt hatten und unter den späteren Juristen wohl kaum schon Vertreter fanden.

Das ganze Verfahren mit den Missionen war unanwendbar, wenn gegenüber einem schadendrohenden *facere (in alieno* oder *in suo)* Kaution begehrt wurde. Schon früher wurde gezeigt, daß in manchen Fällen das betreffende *facere* nur unter der Voraussetzung, daß von seiten dessen, der es vornehmen will, dem dadurch mit Schaden Bedrohten *cautio damni infecti* gestellt wird, Schutz durch ein Interdikt oder ein anderes Rechtsmittel genießt. Soll das *facere* auf dem eigenen Grund und Boden des dadurch mit Schaden Bedrohten vorgenommen werden, so kann er dasselbe nötigenfalls thätlich verhindern, wenn ihm Kaution gestellt wird. Abgesehen hiervon, kann die Hinderung durch das *interd. quod vi* vorbereitende *prohibitio* bezw. wenn die Voraussetzungen des *operis novi nuntiatio* vorliegen, durch diese geschehen,[1] natürlich auch durch magistratisches Verbot.

d) Die *actio aquae pluviae arcendae.*

§ 144. Auch bei der alten *a. aquae pluviae arcendae* hat unter dem Einfluß der Jurisprudenz die prätorische Jurisdiktion Veranlassung zur Erweiterung derselben gefunden. Mit der *actio legitima* konnte nur der Eigentümer des Grundstücks, auf welchem sich das schadendrohende *opus* befand,

[1] L. 1 §§ 16 u. 17 D. de op. n. n. 39, 1.

belangt werden. Gegen den Usufruktuar aber, welcher auf dem Grundstück ein solches *opus* hergestellt hat, soll nach l. 22 § 2 D. de aqua 39, 3 eine *utilis aquae pluviae arcendae actio* angestellt werden. Von größerer Bedeutung ist folgende Ausdehnung: Wenn sich auf einem Grundstück künstlich angelegte Dämme befanden, durch welche der Feldnachbar gegen Regenwasser geschützt wurde, und diese nicht *manu*, sondern durch Verfall oder durch den Einfluß der Elemente beseitigt worden sind, so soll, falls sie sich auf eine *lex agro dicta* oder *vetustas* stützten, dem bedrohten Nachbar eine *utilis actio aquae pluviae arcendae* oder ein Interdikt dahin gegeben werden, daß ihm gestattet werde, selbst die notwendigen Schutzmaßregeln, Befestigungsarbeiten auf dem betreffenden Grundstück vorzunehmen. So ist entschieden in l. 1 § 23 D. h. t. In l. 2 § 5 D. h. t. heißt es nach überliefertem Texte: — *idemque putat (Varus) et si manu factus fuit neque memoria eius exstat: quod si exstet, putat aquae pluviae arcendae actione eum teneri.* Der Text ist hier meines Erachtens korrumpiert. Es muß umgekehrt heißen: *et memoria eius exstat: quodsi non exstet* u. s. w. Varus spricht sich dahin aus, daß, wenn der durch Wassergewalt beseitigte künstliche Deich seit unvordenklicher Zeit bestand, dem Nachbar, welcher den Vorteil vom Deich hatte, die *actio aquae pluviae arcendae* zustehe; wenn er aber nicht seit unvordenklicher Zeit bestand, die Klage nicht zustehe. Im folgenden ist zwar beizubehalten: — *etiamsi memoria eius non exstat*, aber statt *agi posse* ist zu lesen: *agi non posse.* Labeo wollte, ohne zu unterscheiden, ob der künstliche Deich seit unvordenklicher Zeit bestand oder nicht, dem Nachbar, der den Vorteil davon hatte, die *actio aquae pluviae arcendae* nicht geben. Aus der folgenden Motivierung und dem, was Paulus hinzufügt, ist zu entnehmen, daß es sich um einen Deich handelte, dessen Beseitigung durch die Naturgewalt nicht unbedingt Gefahr drohte, sondern dem Nachbar nur Vorteile entzog. Für solche Fälle wollte Labeo die *actio aquae pluviae arcendae* nicht gewähren, einerlei ob der Deich seit unvordenklicher Zeit bestand oder nicht bestand; denn *hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat aut interpellet facientem, quod iure facere possit.* Paulus aber will auf Grund der *aequitas* doch eine *utilis aquae pluviae arcendae actio* oder ein Interdikt dahin gewähren. *Si velim aggerem restituere in agro eius, qui factus milii quidem prodesse potest, ipse vero nihil nociturus est.*

III. Servituten.

§ 145. Abgesehen von den zum Schutz der Ausübung von Servituten angestellten Interdikten, greift das prätorische Recht fortbildend in das Servitutenrecht ein. Zunächst gewährte es, soweit die Anwendung der alten, für die Servituten von der Jurisprudenz aufgestellten Rechtsregeln zu Unbilligkeiten führte, durch verschiedene dem Prätor zu Gebote stehende *remedia* dagegen Schutz. Wenn z. B. der Eigentümer des herrschenden Grundstücks den des dienenden beerbte, so erlosch zwar *confusione* das Servitutrecht, da *nemini res sua servit*, aber wenn er vermöge Legats die ehemals dienende Sache einem Dritten herausgeben sollte und nun der Legatar nicht in die Wiedereinräumung der *confusione* untergegangenen Servitut einwilligte, so gab der Prätor dem Erben gegen die Legatsklage eine *exceptio doli.*[1] Oder wenn dem Servitu-

[1] L. 18 D. de servit. 8, 1; l. 116 § 4 D. de legat. I. Vgl. auch l. 7 § 1 D. de fund. dot. 23, 5.

echtigten ohne seine Schuld, etwa durch Natureignisse, die Ausübung der vitut während der gesetzlichen Zeit unmöglich gewesen ist, so geht sie zwar *utendo* unter, es kann aber gegen diesen Verlust *in integrum restitutio* er-ɣt werden (l. 34 § 1. l. 35 D. serv. pr. r. 8, 3). Nach Civilrecht können dialservituten nicht unter einer Bedingung oder *sub die* bestellt werden (l. 4 le serv. 8, 1). Der Prätor aber gewährte, falls der Bestellung ein Anfangs- r Endtermin, eine Suspensiv- oder Resolutivbedingung hinzugefügt war, gegen- r der wider die Verabredung verstoßenden Servitutklage *exceptio pacti* oder Vgl. noch l. 56 § 4 D. de v. o. 45, 1. Nach Civilrecht konnte keine *servitus ɯ ducendae* in der Art bestellt werden, daß das Wasser aus dem *flumen per ɯ* der Leitung zugeführt werde, auch konnte sie nicht *ex castello* bestellt den. Nach l. 2 D. communia 8, 4 kam man später dahin: *tuendum esse eum, hoc ius possedit.*

Bedeutsamer war, daß durch Hilfe der prätorischen Jurisdiktion Personal-ituten ins Leben traten, welche das Civilrecht nicht kannte: es sind ge-ɑt das Recht der *habitatio* und das Recht an den *operae hominis vel cuius ius animalis.* Es kam vor, daß in römischen Testamenten jemandem eine *tatio*, ein Wohnrecht an einem Gebäude oder einem Teile desselben, hinter-ɐn wurde, ebenso, daß jemandem in einem Testament die Bedienung durch isse Sklaven und Tiere eingeräumt wurde. Der Fall konnte so liegen, daß er an einen *ususfructus* noch an einen *usus* zu denken war. Da kam man ı zu dem Resultat, daß es Fälle gebe, in denen *quasi proprium aliquod ius* ellt sei. Daß dieses *quasi ius* nicht ein *ius* im strengen Sinne, d. h. durch Civilrecht anerkanntes *ius* sei, ist danach klar, folglich kann es auch nicht ıtz durch eine *actio in ius concepta* genossen haben, wie es denn auch keine ın technischen Bezeichnungen für diese Abarten von Personalservituten gab. ıtz kann solches Recht nur *tuitione magistratus* erlangt haben, die Klage muß *actio in factum concepta* gewesen sein, doch hat es ein Edikt darüber schwer-gegeben. Der Inhalt dieser Rechte konnte nur im einzelnen Fall aus dem ellungsakt bezw. durch Auslegung desselben und aus den begleitenden ıtänden festgestellt werden. Insofern hier keine Folgerungen aus dem Be-eines feststehenden *ius* gezogen werden konnten, sagt Modestinus in l. 10 e c. m. 4, 5, daß das Legat einer *habitatio in facto potius quam in iure con-*. Daraus wurde auch wohl hergeleitet, daß diese Rechte weder durch *capitis diminutio magna* oder *media* noch durch *non usus* untergingen.[1] ıgemäß war auch der Peregrine derselben fähig.[2] Auch gehörten sie viel-ıt zu den Befugnissen, welche ein *filiusfamilias* durch Klage geltend machen ıte. Bei der nicht scharf fixierten Natur derselben ist es nicht wunderbar, über den Umfang der Befugnisse des Berechtigten Meinungsverschieden-ın unter den römischen Juristen vorkamen, die Justinian erst entschieden

Bestellt werden konnten diese Rechte keinesfalls durch *in iure cessio*, aber t bloß durch Vermächtnis, wenn auch dieses der häufigste Entstehungs-d geblieben sein wird, sondern auch auf andere Weise.[3]

Aber auch das Anwendungsgebiet der dem Civilrecht schon bekannten

[1] L. 10 D. de c. m. 4, 5. L. 10 pr. D. de usu et hab. 7, 8. L. 2 D. de op. s. 7, 7. D. de usu et usufr. 33, 2.

[2] L. 41 pr. D. de s. p. u. 8, 2 erwähnt das Vermächtnis einer *habitatio* an einen ge-n Olympicus, offenbar einen Peregrinen.

[3] § 5 I. de usu et habit. 2, 5 und dazu Theophilus.

Arten der Servituten wurde durch das magistratische Recht wesentlich erweit
es bildete sich der Gegensatz der *servitus iure* oder *legitime constituta* und
tuitione praetoris constituta. Die erste Veranlassung für die Anerkennung sol
magistratisch geschützten Servituten scheinen die Bedürfnisse der Provin
grundstücke gegeben zu haben. Wie an diesen kein quiritisches Eigent
möglich war, so auch keine civilrechtliche Servitut, keine Bestellung derse
durch *mancipatio* oder *in iure cessio*. Gaius II, 31. 32 berichtet, wer an ein
Provinzialgrundstück einen *ususfructus* oder ein *ius eundi agendi* u. s. w. bestel
wolle, müsse dies *pactionibus et stipulationibus* bewerkstelligen. Die *pactiones* wa
formlose Verträge, aber nicht solche, durch welche das *dare*, die demnächst
Bestellung der Servitut versprochen wurde, sondern welche unmittelbar auf
dingliche Wirkung, die Einräumung des Servitutverhältnisses gerichtet waren.
Das geht klar hervor aus der Auseinandersetzung des Theophilus zu § 1 I. de
servitutibus. Nachdem er gesagt hat: *συμφώνου γὰρ γενομένου περὶ τοῦ παραχωρηθῆναι τὴν δουλείαν*, giebt er als Inhalt der Stipulation an: *Ὁμοίως ἐμμένειν τῇ παραχωρηθείσῃ δουλείᾳ*; unter der Übereinkunft über die *παραχώρησις* versteht er also die Übereinkunft über die unmittelbare Einräumung der Servitut (man beachte auch den Aoristus: *περὶ τοῦ παραχωρηθῆναι*). Die Stipulation ist also nach ihm auch nicht auf das *dare* der Servitut, sondern auf das Verbleiben bei der eingeräumten Servitut, der faktischen Zulassung der Ausübung des Servitutinhalts gerichtet. Auch nach den Digestenstellen über die hinzugefügte Pönalstipulation ist dieselbe darauf gerichtet, daß der Besteller bezw. sein Erbe den Stipulator am *ire agere*, an der Ausübung der Servitut nicht hindern würden. Die Pönalstipulation soll also die Ausübung der Servitut sichern; nicht schon durch die formlose Übereinkunft, wenn sie auch unmittelbar auf Einräumung der Servitut gerichtet war, sondern durch sie in Verbindung mit der die Ausübung des Servitutinhalts sichernden Pönalstipulation entstand die magistratisch geschützte Servitut. Eine Tradition des Servitutinhalts war nicht möglich, der Begriff der *quasi traditio* wurde erst in der Kaiserzeit aufgestellt. Es entsprach römischer Anschauung nicht, durch den formlosen nicht zur faktischen Ausführung gebrachten Vertrag ein dingliches Recht entstehen zu lassen. Da nun die Tradition auf *iura incorporalia* nicht anwendbar war, so mußte man sich nach einem Auskunftsmittel umsehen, welches so gut wie möglich die Tradition ersetzen sollte: dieses fand man in der die Ausübung des Servitutsinhalts sichernden Pönalstipulation. Daß sie in der That als Ersatz der Tradition gedacht war, zeigen l. 20 D. de serv. 8, 1: *Quoties via aliquid ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo per te non fieri, quo minus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset*; l. 3 § 2 D. de act. emti 19, 1: *Si iter, actum, viam, aquaeductum per tuum fundum emero, earum possessionis nulla traditio est: itaque cavere debes, per te non fieri, quominus uti*

Auf Grund der *pactio* und *stipulatio* gewährt der Magistrat eine *actio confessoria actio*, d. h. wohl ohne Zweifel eine *in factum* konzipierte Klage. Die Provinzialedikte mögen eine dieselbe verheißende Bestimmung enthalten haben. Der dargelegte Bestellungsmodus hat dann ein weiteres Anwendungsgebiet ge-

---

[1] Dernburg, Pandekten I, § 251 A. 19, wendet gegen die obige Auffassung ein, daß man die Pönalstipulation eingeführt habe, sei der Gedanke, daß Servituten durch Tradition begründet werden könnten, den Römern noch fremd gewesen. Es ist aber nie behauptet worden, daß die Pönalstipulation als eine *quasitraditio* angesehen sei; sie sicherte aber die Ausübung des Servitutinhalts und ersetzte dadurch die Tradition.

len. Zunächst waren Peregrinen, welche ja der *mancipatio* und *in iure cessio* hig waren, überhaupt, auch in Bezug auf bewegliche Sachen, auf diesen *us* vertragsmäßiger Bestellung der Servituten angewiesen. Später wird er : als allgemeines Recht in Institutionen und Pandekten ausgesprochen. ın der quiritische Eigentümer einer Sache immer noch zur *mancipatio* : *in iure cessio* bei Bestellung von Servituten greifen konnte, waren dazu bonitarische Eigentümer, der Emphyteuta, Superfiziar nicht fähig: sie ıten nur durch *utiles actiones* zu schützende Servituten, also nur durch *ones* und *stipulationes*, nicht durch *mancipatio* oder *in iure cessio* bestellen. ründung solcher Servituten konnte aber auch durch Vorbehalt bei der ıntumsübertragung der Sache an einen Anderen durch Tradition geschehen, rend eine *servitus legitime constituta* nur durch *exceptio* bei Manzipation oder *ure cessio* erfolgen konnte. Man ließ wohl den bloßen Vorbehalt bei der lition genügen, sah es doch aber auch hier lieber, wenn dem formlosen behalt die die Ausübung der vorbehaltenen Stipulation sichernde Stipulation ugefügt war. Das zeigt l. 33 D. de serv. pr. rust. 8, 3: *Cum essent mihi et fundi duo communes Titianus et Seianus et in divisione convenisset, ut mihi nus, tibi Seianus cederet, invicem partes eorum tradidimus et in tradendo dictum ut alteri per alterum aquam ducere liceret: recte esse servitutem impositam ait, ime si pacto stipulatio subdita sit.* Immerhin konnte man hier eher den bloßen ehalt genügen lassen, von der Auffassung ausgehend, daß der bisherige ıntümer in der Ausübung der vorbehaltenen Befugnis, die er bisher schon ibt, verbleibe.[1]

Das magistratische Recht hat aber auch, dem praktischen Bedürfnis damit ılfend, wieder eine Servitutenersitzung geschaffen, wahrscheinlich auch zu- st in Anwendung auf Provinzialgrundstücke, denn die Fristen sind hier ılben, wie bei der Ersitzung von Provinzialgrundstücken. Wer den be- enden Rechtsinhalt 10 Jahre *inter praesentes* oder 20 Jahre *inter absentes* in Meinung, ein Recht auszuüben, *nec vi nec clam nec precario* ausgeübt hatte, wird Schutz durch eine *utilis (confessoria) actio* gewährt. Das praktische ırfnis wird diese Servitutenersitzung nicht viel später, als die entsprechende ntumsersitzung in den Provinzen haben aufkommen lassen, also, wenn noch t in republikanischer, doch im Beginn der Kaiserzeit.

Endlich möge noch darauf hingewiesen werden, daß, wenn jemand einen legierten *ususfructus* zufolge Fideikommisses einem Anderen restituiert, ır Andere einen *ususfructus tuitione praetoris consistens* erhält, also eine *actio suo nomine* hat, und wenn auch der *ususfructus* nach Civilrecht h *capitis diminutio* und Tod des Legatars untergeht, so soll doch der Prätor Fideikommissar so behandeln, als habe er den *ususfructus* durch Vermächt- ırworben.[2]

Die civilrechtlichen Aufhebungsgründe der Servituten bewähren ihre Kraft gegen die *servitutes tuitione praetoris constitutae*, so *capitis diminutio*, *non* Man hätte dagegen einwenden können, ein eigentliches *ius* liege hier nicht es fehle also das, was einfach durch *capitis diminutio* u. s. w. aufgehoben

[1] Zu bemerken ist dabei noch, daß bei der Bestellung einer Servitut durch *pactio* und *latio* z. B. einer Wassergerechtigkeit der Besteller zu seinen Gunsten einen Vorbehalt m *pactum* oder der *stipulatio* machen kann. Vgl. cit. l. 33 § 1 De de serv. pr. r. 8, 3.
[2] L. 4 u. l. 29 § 2 D. quib. modis usufr. 7, 4; l. 29 D. usu et usufructu 33, 2.

werden könne.[1] Demgegenüber verwies man darauf, daß durch *capitis diminutio*, *non usus* u. s. w. nicht bloß der *ususfructus*, sondern auch die *actio de usufructu* aufgehoben werde, und es sei gleichgültig, ob die zum Schutz des Verhältnisses (*ius* oder *possessio* des *ius*) bestimmte *actio* eine civilrechtliche oder prätorische *in factum* konzipierte sei.

Ein Wiederaufhebungsvertrag mußte aber nach klassischem römischen Recht in die Form der *in iure cessio*[2] (oder bei *servitutes rusticae* auch in die der *mancipatio*) eingekleidet werden. Die formlose Aufhebung, mag man sich dieselbe nun als Vertrag oder einseitigen Verzicht denken, hob die Servitut gewiß nicht *ipso iure*, sondern nur *ope exceptionis* auf: es gilt auch hier ohne Zweifel die „*in pactis factum versatur*". Der civilrechtlich anerkannte Aufhebungsgrund kann auch honorarisches Recht direkt aufheben, der nicht civilrechtlich als solcher anerkannte Aufhebungsgrund kann auch honorarisches Recht nicht direkt, sondern nur *ope exceptionis* aufheben.[3]

Zum Schutz der Ausübung von *servitutes tuitione praetoris constitutae* wurden wohl die zum Schutz der Ausübung von *servitutes iure constitutae* dienenden Interdikte als *utiles* gegeben, bevor der Begriff der *quasi possessio* und der *quasi traditio* ausgebildet war.[4]

Auf weitere Fortbildungen der Servitutenlehre wird erst bei der Darstellung des Rechts der Kaiserzeit einzugehen sein.

IV. Die *superficies*.

§ 146. Eine historische Erörterung der *superficies*[5] muß von dem Interdikt *de superficiebus* ausgehen, dessen Formel in l. 1 pr. D. de superficiebus 43, 18 aus Ulpian's Ediktskommentar überliefert ist. Die *quasi in rem actio*, welche der Prätor auf Antrag *causa cognita* zu geben versprach, ist jünger, als das Interdikt. Das Versprechen, diese Klage zu gewähren, bildet einen Anhang zu der Proponierung des Interdikts, und zwar keinen gleichzeitig entstandenen Anhang. Das darf man wohl aus l. 16 § 1 D. de pign. act. 13, 17 entnehmen: *Ejus vectigale praedium pignori dari potest: sed et superficiarium, quia hodie utiles actiones superficiariis dantur.* Ja, es klingt das so, als liege die Zeit, seit welcher diese *utiles actiones* gewährt wurden, noch nicht so gewaltig weit zurück. Es kommt darauf an, soweit sich das als möglich herausstellen wird, das Wesen des superfiziarischen Verhältnisses in der Zeit, als es nur Schutz durch das Interdikt, noch nicht den durch *utiles actiones* genoß, zu ermitteln. Am besten wird man sich zu diesem Zweck an das Interdiktsformular selbst halten, denn Ulpian's Kommentar, soweit er uns erhalten (und er scheint doch wesentlich verkürzt überliefert zu sein), ist dürftig. Im Formular wird ein civilrechtlicher Kontrakt, die *locatio sive conductio*, erwähnt, welchem gemäß das zu schützende *frui licere* gefunden müsse, und die erste Bemerkung, welche Ulpian an die Mitteilung des

---

[1] Vat. fr. 61. L. 1 pr. D. quibus modis 7, 4; l. 3 D. si ususfructus 7, 6: *Qui usumfructum traditum sibi ex causa fidei commissi desiit in usu habere tanto tempore, quanto is legitime eius factus esset, amissurus eum fuerit, actionem ad restituendum eum habere non debet: est enim absurdum plus iuris habere eos, qui possessionem duntaxat ususfructus, non etiam dominium adepti sint.*

[2] Gai. II, 30. Paul. sent. III, 6 §§ 28, 32.

[3] Vgl. Karlowa, Das Rechtsgeschäft S. 147.

[4] Vgl. l. 1 § 6 D. de superficiebus 43, 18.

[5] Vgl. die Litteraturangaben bei Dernburg, Pandekten I, 2. Abt. (6. Aufl.) S. 245 f.

ormulars samt Anhangsklausel knüpft, ist die, daß, wer eine *superficies* auf remdem Boden habe, mit einer *actio civilis* bewehrt sei. Ist nur an die Mögchkeit eines dem superficiarischen *frui* zu Grunde liegenden Kontrakts zu enken, oder sind verschiedene Kontrakte denkbar? Das Formular sagt: „*ex ge locationis sive conductionis*". Die Worte „*sive conductionis*" hat man durch *ive venditionis* ersetzen wollen. Um diese Änderung zu begründen, beruft man ich auf Ulpian's Angabe, daß Zweifel darüber bestanden hätten, ob dem uperficiar die *actio conducti* zur Seite stehe; durch die Aufnahme der Alterative *ex lege locationis sive venditionis* in das Interdiktsformular sei jener weifel unschädlich gemacht; möge der Geschworene die Begründung der *superies* für *venditio* oder für *locatio* halten, der Interdiktsbefehl bleibe derselbe. ndere, welche den überlieferten Text nicht ändern wollen, erinnern daran, aß der Sprachgebrauch von *locatio* und *conductio* lange Zeit schwankend gewesen, und daß auch das Edikt nicht verschmäht habe, auf derartige Schwanungen ausdrücklich Rücksicht zu nehmen. Indessen, wo Klagformulare und esetze auf solche Zweifel Rücksicht nehmen, da wird es durch die Fassung er Alternative genugsam angedeutet, so Varro de l. l. VII, 93: *Quam rem, sive e litem dicere oportet,* und die *lex Rubria* l. 29 l. 39: *ex lege Rubria seive id lebeiscitum est.* Wo aber, wie im Interdiktsformular, einfach *sive conductionis* eht, da ist gewiß keine bloße Formularkautel anzunehmen. Die, welche *sive venitionis* lesen wollen, verweisen auf Ulpian's Worte in l. 1 § 1 D. h. t.: — *nam conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex empto agere cum domino soli potest,* elche nicht auf verschiedene Fälle, sondern auf verschiedene Auffassungen des harakters des Begründungsvertrags zu beziehen seien. Dann hätte sich Ulpian denfalls sehr zweideutig ausgedrückt, denn daß man seinen Worten nach an rschiedene Fälle denken kann, ja zunächst denken wird, kann wohl nicht leugnet werden. Die späteren Worte aber: *quia et incertum erat an locati isteret* können nicht wohl auf den Zweifel, ob dem Superficiar *actio conducti er actio ex empto* zustehe, bezogen werden, denn dann müßte ja *an conducti isteret* stehen, es muß dabei doch wohl an eine andere, noch zu ermittelnde ıgewißheit gedacht sein. Wir müssen davon ausgehen, daß es sich im Moment s Abschlusses der *locatio sive conductio* um eine noch zu erbauende *superficies* ndelte. Der häufigere Fall war wohl der, daß der zukünftige Superficiar bst auf seine Kosten das Gebäude auf fremdem Boden errichtete; von dem gentümer wurde ihm der Boden, um das Gebäude darauf errichten zu können, t der Abrede überlassen, daß er, der Erbauer, das zu errichtenden Gebäude ein Eigentümer gebrauchen, genießen und für die damit unzertrennlich verndene Bodenbenutzung einen ständigen Mietzins, ein *solarium,* entrichten solle. s ist der Fall der in dem Interdiktsformular erwähnten *locatio.* Der andere gliche Fall war der, daß der Bodeneigentümer es durch den Vertrag übernahm, seinem Grundstücke für den anderen Kontrahenten ein Gebäude herzustellen, ches derselbe für einen dafür zu entrichtenden Preis wie ein Eigentümer en und genießen, ebenfalls aber für die dauernde Bodenbenutzung ein ständs *solarium* entrichten sollte. Bezüglich dieses Vertrags war der Zweifel glich, ob er als eine *locatio conductio operis* oder als *venditio* aufzufassen, ob der Bodeneigentümer *conductor operis* oder *venditor* sei. Daß hier Meinungsschiedenheiten möglich und vorgekommen waren, scheinen noch einige Digestenlen anzudeuten.[1] Bei Aufstellung des Interdiktsformulars scheint der Prätor

[1] L. 20 u. 65 D. de contr. emt. 18, 1. Vgl. S. 647 A. 1.

solchen Vertrag als *locatio conductio operis*, den Bodeneigentümer als *conductor* op aufgefaßt zu haben. Ulpian aber faßt denselben Vertrag als *emptio* auf. F die Erteilung des Interdikts aber waren beide Fälle, mochte der Superficiar sel das Gebäude auf seine Kosten hergestellt haben, oder das vom Bodeneigentü hergestellte ihm für ein Äquivalent *(merces* oder *pretium)* zum Haben und Geni überlassen sein, gleichwertig; daß dem Superficiar im ersten Fall gegen den *minus soli* eine *actio conducti* zustand, konnte nicht zweifelhaft sein. Ob ihm a in dem zweiten Falle eine *actio locati* oder eine *actio emti* gegen den Bodenei tümer zustand, konnte bei der zweifelhaften Auffassung des Geschäfts als *locatio conductio operis* oder als einer *emtio* als ungewiß bezeichnet werden.

Das *interdictum* über die *superficies* wird von Ulpian als ein *veluti uti po detis interdictum*, als ein *duplex exemplo interdicti uti possidetis* bezeichnet. charakterisiert das dadurch geschützte Verhältnis als ein *possidere*. Damit s nun nicht gesagt sein, daß der *superficiarius* juristischer Besitzer der *superfi* sei, welche ja keine selbständige Sache für sich, sondern nur ein Teil d ganzen Grundstückes ist, zum Boden gehört. Vielmehr wird in l. 3 § 7 uti possidetis 43, 17 ausdrücklich gesagt, daß der Bodeneigentümer als Besitz des Grundstücks auch gegen den *superficiarius* mit dem *interdictum uti po detis* siege; natürlich nur dann, wenn der Superficiar die in der *lex locatio* gesetzten Schranken überschreitet und ihn im Besitz der Sache stört. D Superficiar aber, wird gleich hinzugefügt, schützt der Prätor *secundum le locationis*. Der Inhalt der früher bezeichneten Verträge, wonach der Sup ficiar die von ihm selbst oder vom Bodeneigentümer errichtete *superficies* w ein Eigentümer haben und genießen sollte, fand durch die vom Civilrech gebotenen *personales actiones* gegen den *dominus soli* keinen ausreichenden Schu Der Privatwille ging hier entschieden über das hinaus, was das Civilrecht s möglich anerkannte. Das Civilrecht gewährte hier nur *personales actiones* gege den *dominus soli*, der Privatwille beabsichtigte, ein unmittelbares Verhält des Superficiars zur Sache, zur *superficies* herzustellen. Und der Privatwi wurde hier durch das praktische Bedürfnis getragen. Dies erkennend, hab die Prätoren hier dem Privatwillen ihren Schutz nicht versagt, aber sie sin dabei mit Vorsicht zu Werke gegangen. Sie haben hier nicht etwa sofo eine *actio* aufgestellt, also von ihrem Standpunkt aus ein Recht anerkan Vielmehr sahen sie zunächst in dem der *lex locationis sive conductionis* gem stattfindenden *frui* der *superficies* nur ein durch ihr *imperium* zu schützend Besitzverhältnis, also doch ein unmittelbares Verhältnis zur Sache, welch nicht etwa bloß gegen den *dominus soli*, sondern gegen jeden Störer geschü werden sollte. Daß das zu schützende *frui* als ein unmittelbares Verhältn zur *superficies*, als eine Art Besitzverhältnis gedacht war, zeigt sich darin, d auch hier Abwesenheit der bekannten drei Besitzfehler *(vi, clam, precario* fordert wird. Prüfen wir zunächst noch näher die Art dieses Besitzverhä nisses. So lange das superficiarische Recht nicht durch Gewährung ein *quasi in rem actio* zum Schutz desselben als ein prätorisches dingliches Rec anerkannt war, kann jenes Besitzverhältnis nicht als Ausübung eines ding lichen Rechtsinhalts aufgefaßt werden; den Worten des Interdiktsformulars nac ist es eine Ausübung des durch die *locatio sive conductio* beabsichtigten Ver hältnisses zur Sache. Diese *locatio* oder *conductio* war keine gewöhnliche Mie eines Gebäudegrundstücks auf Zeit, diese ist nie durch Gewährung des int *dictum de superficiebus* in ihrer Wirkung gesteigert worden. Die gewöhnliche

ete einer *insula* oder einer *domus* bezieht sich überhaupt nicht auf die *super-*
es im Gegensatz des *solum*, sondern auf das ganze Grundstück, die Be-
ränkung der Gebrauchsgewährung auf eine kürzere Zeit schließt die Ab-
it der Gewährung eines unmittelbaren Verhältnisses zur Sache aus und
nte deshalb die Grundlage eines Interdikts, wie des *de superficiebus*, nicht
den. Die diesem Interdikt zu Grunde liegende *locatio conductio* schloß
ner die Absicht ein, daß der Superficiar das von ihm selbst auf seine
ten oder vom Bodeneigentümer für jenen gegen einen dafür zu zahlenden
is zu errichtende Gebäude wie ein Eigentümer, also dauernd, haben und
ießen solle. Einer der Erteilung des Interdikts vorhergehenden *causae*
itio, ob das Verhältnis nicht etwa nur *ad modicum tempus* eingegangen
den sollte, bedurfte es hier nicht, die für das Verhältnis vorausgesetzte
tio sive conductio war mit einer solchen Absicht nicht vereinbar. Als eine
quasipossessorisches Verhältnis muß das *frui* des Superficiars auch mit
m dem *animus possidendi* des Sachbesitzers analogen *animus* verbunden
. Dieser kann hier nicht als Wille, den Inhalt eines bestimmten ding-
en Rechts auszuüben, bestimmt werden, sondern als Wille, das durch die
io sive conductio beabsichtigte Genießen der *superficies* auszuüben. Das *ex*
locationis sive conductionis frui bezeichnet also nicht bloß die objektive
ranke des *frui*, sondern auch den *animus*, in welchem es geschehen muß;
frui muß geschehen in der Absicht, die *lex locationis sive conductionis* da-
h auszuüben. Wer sind die Parteien beim *interdictum de superficie*, und
m ist es als ein *duplex* aufgestellt? Schon aus Ulpian's Erörterungen über
was der, *qui superficiem in alieno solo habet*, mit den Kontraktsklagen dem
inus gegenüber erreichen kann, nämlich bei einer Hinderung am *frui super-*
durch diesen selbst und bei dem durch andere, können wir entnehmen,
das *interdictum de superficie* einmal gegen den *dominus* selbst im Fall des
ibere durch diesen gegen ihn angestellt werden konnte, was l. 3 § 7 D. uti
idetis 43, 17 ausdrücklich bestätigt; sodann daß es auch, *si ab alio pro-*
itur, gegen diesen anderen gebraucht werden konnte.

Schmidt[1] meint, für die Duplicität des Interdikts werde der Grund kaum
anders als in der Formulierung nach dem Muster des *uti possidetis* zu
en sein; denn der Fall, daß von zwei Parteien eine jede dieselbe *super-*
für sich ausschließlich in Anspruch genommen, werde ein so seltener
sen sein, daß er schwerlich besondere Berücksichtigung verdient habe.
e Begründung ist durchaus nicht befriedigend. Warum befolgte denn der
or so sklavisch das Muster des *uti possidetis*, warum proponierte er das
dikt nicht als *simplex*? Schon das Verhältnis zum *dominus* und *possessor*
Grundstücks konnte die Duplicität des Interdikts in Wirksamkeit treten
n. Dieser bestreitet vielleicht das superficiarische Verhältnis nicht völlig,
in dem behaupteten Umfange; er behauptet vielleicht, daß in der *lex*
onis sive conductionis dem *frui* des Superficiars Schranken gezogen und
hn selbst eine Nutzung etwa bestimmter Räume der *superficies* vorbehalten
Da aber der in der Detention des Gebäudes sich befindende angebliche
rficiar zu seinem Schutz das *interdictum de superficie* vom Prätor erbittet,
ewährt dieser dem *possessor* des Grundstücks das *uti possidetis* nicht, son-
jener Streit zwischen ihm und dem angeblichen Superficiar über das *ex*
ocationis frui mußte mittels des *interdictum de superficie* ausgetragen werden.

[1] Zeitschrift der Savignystiftung S. 139 A. 2.

In dem auf das Interdikt folgenden Verfahren konnte auch der Grundstü
besitzer den angeblichen Superficiar *sponsione provocare*, daß *adversus eum praetoris fruenti sibi vis facta sit*, denn es handelt sich ja bei diesem im In
diktsformular geforderten *frui* auch bei dem Superficiar gar nicht um Ausü
eines zunächst nicht existierenden *ius in re aliena*, sondern um der *locatio conductio* gemäßes *frui*. Solches der *lex locationis sive conductionis superficies* nimmt der *possessor soli* auch für sich in Anspruch und will geschützt wissen; auch er kann also in die Lage kommen, den Gegner *sione* zu provozieren. Wenn der Grundstücksbesitzer aber das *frui* des lichen Superficiars durchaus als eine Störung seines Besitzes bezeichnet, können wohl beide Interdikte, das *uti possidetis* und das *de superficie*, gleichzeitig gewährt und die Klagen daraus an denselben bezw. dieselben Geschä renen verwiesen werden. Überzeugte der angebliche Superficiar den *iudex* von Richtigkeit seiner Behauptung des nicht vitiösen *frui ex lege locationis sive conductionis*, so siegte er bei der Klage aus beiden Interdikten, denn sein *frui* schien dann auch nicht als Störung des Besitzes des anderen.[1] Entgegengesetzten falls unterlag er bei beiden Interdikten. Aber auch andere angebliche Tu banten können die Duplicität des Interdikts für sich geltend machen. Si der Superficiar die *superficies* haben und genießen, wie ein Eigentümer, muß er dieses Haben und Genießen auch veräußern können, ein anderer dürf solche Veräußerung an seine Stelle treten. In ein kontraktliches Verhältn zu dem *dominus soli* tritt allerdings der neue Superficiar nicht; die Veräuße rung kann geschehen, ohne daß der *dominus soli* vorher oder gleichzeitig davon erfährt, denn zu einer Anzeige der beabsichtigten Veräußerung ist der ers Superficiar nicht verpflichtet. Der neue Superficiar muß aber auch *frui lege locationis sive conductionis*, auf Grund des mit dem ursprünglichen Sup ficiar geschlossenen Kontrakts. Wie aber der jetzige Superficiar zu dem R der *superficies* gelangt ist, danach fragt der Prätor nicht. Darauf bezieht sich die Worte Ulpian's in l. 1 § 1 D. h. t.: — *neque exigit ab eo (sc. qui superficiem petit), quam causam possidendi habeat: unum tantum requisit, num forte clam precario ab adversario possideat.* Mit der *causa possidendi* ist nicht der ur sprüngliche, das superficiarische Verhältnis zuerst begründende Vertrag, son dern der Grund gemeint, auf welchen hin der jedesmalige angebliche Superfic die *superficies* innehat. Für das rein possessorische Rechtsmittel kommt die *causa* natürlich nicht in Betracht. Die Worte Ulpian's stehen also nicht in dem geringsten Widerspruch mit dem Interdiktsformular. Zwischen dem bis herigen Superficiar und seinem angeblichen *successor* können natürlich die Streitigkeiten entstehen. Der bisherige Superficiar behauptet vielleicht, er habe dem anderen die Wohnung nur *precario* überlassen, dieser, die *superficies* sei ihm geschenkt. Oder der Verkäufer der *superficies* und der Käufer strei

[1] Man kann sich demgegenüber nicht auf l. 8 § 7 D. uti possidetis 43, 17: *dominus autem soli tam adversus alium quam adversus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis: sed praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis*, berufen. Gewiß kann der *dominus fundi* gegen den Superficiar mit dem *uti possidetis* durch, wenn dieser in Besitz des ersteren leugnet oder die Grenzen des *frui ex lege locationis* überschreitet. Wo aber der Prätor den Superficiar auch gegenüber dem *dominus tuetur secundum legem locationis* durch Gewährung des i. *de superficie*, so kann in dem *frui ex lege locationis conductionis* kein *vim facere possidenti contra edictum praetoris* gesehen werden. Es kann nicht gesagt werden, daß der *dominus soli possidere prohibeatur*, wenn der Superficiar *secundum legem locationis sive conductionis fruitur.*

rüber, ob die Übergabe der *superficies* erfolgt sei, wie letzterer behauptet, er ob dieselbe vom Käufer gewaltsam in Besitz genommen sei. In solchen llen macht sich die Duplicität des Interdikts geltend.

Fraglich bleibt, wie der Anspruch auf das *solarium* gegen den Singularccessor des ursprünglichen Superficiars geltend gemacht wurde. Die Absicht i der Begründung des superficiarischen Verhältnisses war gewiß von Anfang , daß auch der Einzelnachfolger des ursprünglichen Superficiars zur Entltung des *solarium* verpflichtet sein sollte; wer die *superficies in alieno solo* virbt, soll sie nur *ita habere, ut certam pensionem praestet.* Es fragt sich, wie h dies privatrechtlich denken lasse; denn wenn auch das Vorbild des superiarischen Rechtsverhältnisses im öffentlichen Recht zu suchen sein sollte, so rden doch privatrechtliche Begriffe, wenn auch umgebildet, darauf Anwenng gefunden haben. In der ursprünglichen *lex locationis sive conductionis* rd es ausgesprochen worden sein, daß die Verpflichtung zur Entrichtung des *rium* jeden *successor* treffen solle; die betreffende Beredung war als eine *superficiei dicta*, als eine mit dinglicher, jeden Nachfolger treffender Wirkung lacht, wie wir eine ähnliche *lex fundo vectigali dicta* in l. 31 D. de pignor. 1 erwähnt finden. Kaum ist die Sache mit Dernburg u. a. so zu denken, 3 die Singularsuccessoren sich der *lex locationis* stillschweigend unterworfen, o stillschweigend einen Vertrag mit dem jedesmaligen *dominus soli* abgelossen hätten. Solche Annahme läuft doch auf eine reine Fiktion hinaus. er ist wohl nach Analogie der citierten l. 31 anzunehmen, daß die Folge Nichtzahlung des *solarium* schon in der ursprünglichen *lex superficiei dicta* gesehen war, also dem Grundeigentümer die Befugnis zugestanden war, falls *solarium* bis zu einer bestimmten Zeit nicht gezahlt sei, von seinem auch *superficies* ergreifenden Grundeigentum Gebrauch zu machen und die *erficies* zu verkaufen. Man kann dafür anführen, daß auch später, seitdem superficiarische Recht verpfändet werden konnte, das Recht des *dominus* üglich des rückständigen *solarium* den an der *superficies* vom Superficiar bellten Pfandrechten vorging.[1] Vorgehendes Pfandrecht an der eigenen Sache dies nicht, es ist eine aus dem Grundeigentum fließende, durch die *lex superi dicta* anerkannte Befugnis.

Wenn das superficiarische Verhältnis schon in der Zeit, in welcher es nur ch das *interdictum de superficiebus* geschützt war, ein unmittelbar an dem bäude bestehendes quasipossessorisches Verhältnis war, welches vermöge jenes erdikts auch dritten Störern gegenüber geschützt war, wenn es schon damals der Pflicht zur Entrichtung des *solarium* nicht bloß auf die Erben, sondern Einzelnachfolger überging, so ging die Tendenz der Rechtsentwickelung nbar dahin, es durch Gewährung von Aktionen zu einem wirklichen dingen Recht an fremder Sache auszugestalten. Der Superficiar hatte ein Inter- daran, falls er aus dem Besitze gekommen war, ohne daß ihm derselbe erhaft entzogen wäre, nicht erst die Vermittelung des *dominus soli* zu befen, um wieder in den Besitz zu gelangen. Der *dominus soli* aber mochte das treten für den Superficiar gern, als eine Last, von sich abwälzen. So mag

[1] L. 15 D. qui pot. 20, 4: *Etiam superficies in alieno solo posita pignori dari potest, tamen, ut prior causa sit domini soli, si non solvatur ei solarium.* L. 16 § 2 D. de . act. 18, 7: *Etiam vectigale praedium pignori dari potest: sed et superficiarium, quia utiles actiones superficiariis dantur.* L. 17 D. eod.: *Sune, (ut) Divi Severus et Antos rescribserunt, sine deminutione mercedis soli obligabitur.*

denn in der *lex locationis sive conductionis* nicht bloß ausgemacht sein, d der Superficiar die *superficies in solo alieno habere frui*, sondern auch *defe* solle. Es kam natürlich darauf an, ob der Prätor eine solche Abmachung u gültig anerkennen und demgemäß dem Superficiar eine *quasi in rem actio* gewäh werde. Das mag in einzelnen Fällen schon vor Aufstellung jener Zusatzklau zum *interdictum de superficie* geschehen sein. Bei der Aufstellung der Klau ist nicht bloß die Gewährung einer der *rei vindicatio* entsprechenden Kla sondern überhaupt Gewährung von *(utiles) actiones* in Aussicht genomm Warum aber behält der Prätor sich hier eine *causae cognitio* vor? Das Int dikt wurde gegeben auf Grund einer *locatio sive conductio*, welche sich auf eine v zukünftigen Superficiar für sein Geld zu erbauende oder auf eine vom *dom soli* für einen zu zahlenden Preis zu erbauende *superficies* bezog, welche natü lich dem Superficiar dauernd gehören sollte. Einer *causae cognitio*, ob d Verhältnis sich zur Gewährung des Interdikts eigne, bedurfte es hier nicht: w eine *locatio* jener Art dem *frui* des Interdiktskläger zu Grunde lag, hatt nötigenfalls bei der Klage aus dem Interdikt der *iudex* zu untersuchen. D Anhangsklausel, welche bezüglich einer *superficies actio* zu geben versprach, en hält keine Beschränkung auf eine erst zu errichtende *superficies*. Auf Grun derselben konnte auch *actio* begehrt werden für ein an schon vorhandenem Ge bäude bestelltes superficiarisches Verhältnis; Ulpian's Worte in l. 1 § 3 D. h. t — *si ad tempus quis superficiem conduxerit* — — *qui non ad modicum tempus conduxit superficiem* beziehen sich klar auf Verträge, die über eine bereits be stehende *superficies* abgeschlossen sind. Hier aber will der Prätor selbst unter suchen, ob das Begründungsgeschäft auf Herstellung eines Verhältnisses ging, welches Schutz durch *in rem actio* verdient: dem, welcher ein Haus nur *ad m dicum tempus* gemietet hat, will er sie offenbar nicht gewähren. Andererseits wird auch nicht ein für allemal bestimmt, auf welche Dauer denn die *conduc* abgeschlossen sein müsse, um Schutz durch *in rem actio* zu erhalten, die Ent scheidung darüber wird der Erwägung des einzelnen Falls vorbehalten. Schon aus diesem Grunde kann ich nicht glauben, daß die *intentio* der gewährten *in rem actio* immer, wie Savigny u. a. meinen, auf *in perpetuum conduxisse* gelaute habe. Richtiger deutet Bethmann-Hollweg[1] durch ein in Parenthese beig fügtes *in annos XXX* an, daß auch bei einer Miete, die nicht *in perpetu* abgeschlossen war, nach Ermessen des Prätors *in rem actio* gewährt werde konnte. Ein anderes Bedenken gegen die von Savigny und Bethmann-Hollw proponierte Formel macht Lenel[2] mit Recht geltend, das „*conduxisse*" genü nicht für den Übergang der Klage auf den Singularsuccessor. Lenel will dah statt „*conduxisse*" setzen: *conductam habere*. Ich bekenne nicht zu verstehe wie mit dieser Formulierung geholfen sein soll. Lenel scheint zu denke daß mit den Worten *conductam habere* das dem Kläger zustehende superficiarisch Recht bezeichnet sein soll. An ein bloß faktisches Haben kann er nicht denke denn eben weil der Kläger die *superficies* nicht hat, verlangt er die Gewährun der *in rem actio* gegen den sie habenden Beklagten. Wird *habere* aber im Sin eines rechtlichen Habens genommen, so wäre das ja eine Art *formula in f concepta*, keine *in factum actio concepta*, wie es die *actio de superficie* sein s Schmidt[3] fügt zunächst zu dem *superficiem — conduxisse* mit Recht *a dem*

[1] Der römische Civilprozeß II, S. 315 A. 56.
[2] Edictum S. 147 A. 8.
[3] Zeitschrift der Savignystiftung XI, S. 151.

hinzu; die Notwendigkeit dieses Zusatzes, auf welche schon HUSCHKE[1] hingewiesen hatte, ist einleuchtend. Für die Klage des *successor conductionis* schlägt SCHMIDT sodann den Zusatz vor: *Aulumque in Lucii locum successisse.* Indessen es kann sich auch um einen dritten, vierten *successor* handeln, und da müßte dann bei der SCHMIDT'schen Fassung die Formel eine sehr unbeholfene, weitläufige Gestalt erhalten. Bei fehlenden Spuren will ich es unterlassen, meinerseits die Aufstellung einer Formel für den in Rede stehenden Fall zu versuchen.

Durch die Praxis ist dann die Erhebung des superficiarischen Quasibesitzverhältnisses zu einem prätorischen dinglichen Recht erst eigentlich durchgeführt worden. Nach der Fassung der Ediktsklausel war auch die Gewährung anderer zunächst zum Schutz des Eigentums dienenden *actiones* auch auf das superficiarische Recht möglich. So sind die *Publiciana,*[2] die *actio communi dividundo*[3] und *familiae erciscundae,*[4] die *confessoria actio* zum Schutz der vom Superficiar bestellten Personal- und Prädialservituten,[5] die *operis novi nuntiatio*[6] und gewiß auch das *interdictum quod vi aut clam*, die *cautio damni infecti*,[7] endlich die aus der Verpfändung der *superficies* entspringenden Rechtsmittel[8] auf dasselbe angewandt worden. Daß aber das *interdictum de vi* auf den aus der Ausübung eines superficiarischen Rechts Dejicierten, also als *utile*, angewandt worden sei, wie auf Grund der l. 1 § 5 D. de vi 43, 16 angenommen wird, kann ich nicht zugestehen. Dem ganzen Zusammenhange nach redet Ulpian hier von dem *interdictum directum.* Dem Zusammenhange seiner Erörterung nach kann Ulpian hier nicht vom *interdictum utile* reden, es ist daher auch nicht möglich, seine Äußerung durch die Annahme zu erklären, daß auch hier nichts vorliege als ein ungenauer Ausdruck der späteren Zeit. Ulpian geht von dem Satze aus, daß das Interdikt denen zustehe, *qui de solo deiiciuntur*, folglich, da der Besitz am *solum* auch das mit demselben fest Kohärierende ergreift, auch denen, *qui de re solo cohaerenti deiiciuntur.* Daher ist es klar, das das Interdikt (immer das *directum*) platzreift, *si superficiaria insula fuerit, qua quis deiectus est*, d. h., auch wenn es ein Haus ist, an welchem ein superficiarisches Recht besteht, aus dessen Besitz (nämlich des Hauses) jemand gewaltsam verdrängt wird. Wenn nach l. 3 § 7 D. ut possidetis 43, 17 nicht der Superficiar, sondern der *dominus soli* Besitzer des Grundstücks ausschließlich der *superficies* ist, so kann er auch aus dem Besitz desselben, ausschließlich der *superficies,* verdrängt werden, und dann steht ihm, nicht dem Superficiar, das *interdictum de vi* zu. Dem Superficiar scheint weder ein *interdictum uti possidetis utile*, noch ein *interdictum de vi utile* gegeben zu sein; er ist genügend in der Ausübung seines Rechts durch das *interdictum de superficie* geschützt, welches, seit der Ausbildung des superficiarischen Rechts zu einem durch *quasi in rem actio* geschützten dinglichen Recht, wohl ohne Zweifel zum Schutz der Ausübung dieses Rechtsinhalts gegeben wurde, auch in Fällen, welche über sein ursprüngliches Anwendungsgebiet hinausgingen.

Was die historische Entstehung der *superficies* anlangt, so hat namentlich LEGENKOLB,[9] dem dann andere gefolgt sind, mit Entschiedenheit auf den publicistischen Ursprung der *superficies*, auf ihre Beziehung auf Staats- und Gemeindeland hingewiesen: nach ihm liegt wenigstens der thatsächliche Ur-

[1] Das Recht der publicianischen Klage S. 20 A. 22. [2] L. 12 § 3 D. de Public. 6, 2.
[3] L. 1 § 8 D. h. t. [4] L. 10 D. familiae ercisc. 10, 2. [5] L. 1 § 9 D. h. t.
[6] L. 3 § 3 D. de op. n. n. 39, 1. [7] L. 13 § 8 u. l. 39 § 2 D. de damno infecto 39, 2.
[8] L. 1 § 6 D. h. t.; l. 16 § 2 D. de pign. a. 13, 7; l. 13 § 3 D. de pign. 20, 1; l. 15 qui pot. 20, 4. [9] Platzrecht u. Miete S. 103 ff.

sprung der *superficies* in der Gemeindepacht. Sein Vorbild hat das dem Privatrecht angehörige superficiarische Verhältnis wohl in jenen publicistischen Verhältnissen gefunden. Wer eine *taberna* auf öffentlichem Grund und Boden hat, kann nicht das *solum* bezw. die *taberna* verkaufen, weil das *solum* einschließlich der *taberna* im öffentlichen Eigentum bleiben, er hat nur den *usus* an der *taberna*, ein *ius*, und kann nur ein solches verkaufen. Auch hat der, welcher solches Genußrecht an einem auf öffentlichem Boden stehenden Gebäude hat, dem Staat bezw. der Gemeinde ein *solarium* zu zahlen. Solche Nutzungsrechte reichen gewiß weit zurück, und genossen Schutz, ehe irgend an ein *interdictum de superficie* gedacht wurde. Der Schutz wird erfolgt sein durch die Beamten, unter deren Aufsicht die betreffenden *loca publica* standen, das Streitverfahren über die Nutzungsrechte wird ein verwaltungsrechtliches gewesen sein. Die Entstehung solcher Bauten auf Staats- oder Gemeindeland lag, scheint es, in den meisten Fällen gar kein Vertrag mit dem Staat oder der Gemeinde zu Grunde: sie erfolgte kraft einseitiger Erlaubnis des Staats bezw. der Gemeinde, oder selbst ohne Vorwissen derselben bezw. unter nachträglicher stillschweigender Duldung. Einen Anspruch auf einen Schutz von seiten des Staats oder der Gemeinde hatte der Erbauer des Gebäudes bezw. sein Nachfolger aber wohl erst, wenn ihm ein dem Gemeinwesen für die Bodennutzung zu entrichtendes und das öffentliche Eigentum kenntlich machendes *solarium* auferlegt war. Der Unterschied aber zwischen solchen auf öffentlichen Boden sich beziehenden Verhältnissen und der privatrechtlichen *superficies* ist doch nicht zu verkennen. Das Recht zum Bauen auf öffentlichem Grund und Boden stützt sich auf die einseitige Gestattung des Staats bezw. der Gemeinde, die Pflicht zur Leistung des *solarium* auf einseitige Auferlegung seitens der den Staat bezw. die Gemeinde vertretenden Behörde, das Gebrauchsrecht des Privatmanns wird hier nirgends als *superficies* bezeichnet. Wann die privatrechtliche *superficies* aufgekommen ist, wissen wir nicht. Sicher ist nur, daß das *interdictum de superficie* erst nach dem *interdictum uti possidetis* aufgekommen, da es ganz nach dem Vorbilde desselben gestaltet ist. Geraume Zeit mag dann noch vergangen sein, ehe die Anhangsklausel im Edikt aufgestellt wurde, auf Grund deren eine *actiones* gewährt werden konnten.

V. Erbpacht.

§ 147. In den Digesten findet sich ein ohne Zweifel aus dem Edikt übernommener Titel: *si ager vectigalis* (mit dem erst aus Interpolation herrührenden Zusatz *id est emphyteuticarius*) *petatur*. Ob der unter diesem Ediktstitel proponierten *in rem actio* ein dieselbe verheißendes Edikt vorausgeschickt war, ist aus den wenigen kurzen Fragmenten des Titels nicht ersichtlich. Die spärliche Ausstattung des Titels erklärt sich genügend daraus, daß Justinian vermittelst jener Interpolation die schon vor ihm erfolgte Ausgleichung des Unterschieds zwischen dem Recht der *agri vectigales* und dem für die *agri emphyteuticarii* geltenden Recht sanktioniert hat, das letztere aber in seiner Konstitutionensammlung zur Darstellung hatte bringen lassen. Zu bezweifeln, daß der Proponierung der auf die *agri vectigales* bezüglichen Klage ein Edikt vorausgeschickt war, liegt kein Grund vor, denn dem *ius extraordinarium* gehört jene Klage doch nicht an.[1] Die Klage selbst wird als *actio quae de fundo vectigali proposita*

[1] So Lenel, Edictum S. 146.

t namentlich in l. 66 pr. D. de evict. 21, 2 erwähnt. Nach l. 1 § 1 D. h. t. eht die *actio* dem zu, welcher einen *fundus in perpetuum a municipibus,* von ner Stadtgemeinde gepachtet hat. — Stellen wir die Frage, ob auch der mische Staat selbst ländliche Grundstücke in Erbpacht gegeben habe, zurück, wollen wir uns gleich der Erörterung der anderen Frage zuwenden, ob auch rivatleute Grundstücke in Erbpacht geben konnten. Zuzugeben ist ja nach em Ausweis der Quellen, daß Vererbpachtung von Grundstücken von Privatersonen etwas Seltenes gewesen sein muß. Daß sie überhaupt nicht vorekommen sei, weil kein Privatmann vererbpachten konnte, die Konstitution olchen Verhältnisses vielmehr ein Hoheitsrecht gewesen und bei den Gemeinden ls Rest ehemaliger Souveränität anzusehen sei, ist meines Erachtens zu viel ehauptet. In der Vererbpachtung mit bloß obligatorischen Wirkungen liegt ewiß nichts, was über die Dispositionsmacht eines Privatmanns hinausginge, ie ja das ähnliche superficiarische Verhältnis zeigt. Aber dem Pachtzins die Natur einer auf dem Grundstück haftenden Last und dem Recht des Pächters die Kraft eines veräußerlichen dinglichen Rechts zu geben, dazu bedurfte es gewisser Voraussetzungen, von denen es fraglich ist, ob sie in der Stellung eines Privatmanns vorlagen. Die Geschichte der *superficies* zeigt, daß, wenn ein raktisches Bedürfnis dafür vorlag, der Prätor eine *in rem actio* gewährte, ohne inen Unterschied zu machen, ob die Konstituierung der Erbmiete von einer emeinde oder von einem Privatmann ausging. Wenn Gaius III, 145 sagt: — *si qua res in perpetuum locata sit, quod evenit in praediis municipum* u. s. w., o sagt er nur, daß die Vererbpachtung bei den *praedia municipum* vorkomme, eine Ausdrucksweise schließt die Möglichkeit einer Vererbpachtung durch einen rivatmann keineswegs aus, und auch aus Paulus' Worten in l. 1 pr. D. h. t.: *on vectigales sunt, qui ita colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos dare olemus,* kann man nur entnehmen, daß Private ihre Grundstücke nicht zu verbpachten pflegten. Es liegt also kein Grund für die Annahme vor, daß die ompilatoren in l. 31 D. de pign. 20, 1 das Wort *dominus,* welches Scaevola ebraucht, für *municipes* interpoliert hätten. Bei der Seltenheit der Vererbachtung von seiten der Privatgrundeigentümer konnte aber ein praktisches edürfnis den Prätor nicht veranlassen, bei der Aufstellung seiner *vectigalis in m actio* auf Privatpersonen als Vererbpachter Rücksicht zu nehmen. Die ründe aber, aus denen private Großgrundbesitzer sich selten zur Vererbpachng entschlossen, liegen wohl nicht so fern. Auch in anderen uns näher egenden Zeiten hat sich bei Privateigentümern großer Güter mehr die Tendenz ltend gemacht, sich abzurunden, als die, ihren Besitz zu parzellieren, Teile rer Güter in Erbpacht zu geben. Ganz besonders machte sich im römischen ich solche Gier nach Ausdehnung des Grundbesitzes, die Lust an der Abndung geltend, wie ja aus vielen Äußerungen der Alten bekannt ist.[1] Zu eser Arrondierungstendenz paßt die Zerschlagung in kleinere Stücke zum Zweck r Vererbpachtung nicht; ihr sagt mehr zu die eigene Bewirtschaftung durch laven, unselbständige Kolonen oder die Verpachtung an kleine Zeitpächter, mal in den Provinzen, in welchen von allem Land Grundsteuer erhoben rde, und das Bestreben der Latifundienbesitzer infolgedavon dahin ging, rch die Bewirtschaftung ein höheres Einkommen aus ihrem Grundbesitze zu

[1] Plinius d. J. epist. III, 19. Plin. N. H. XVIII, § 35. Col. I, 3. Seneca ep. 89 § 20, controv. V, 5. Quintilian decl. 13.

erzielen. Anders lag die Sache bei den Städten und den Priesterkollegien, welche ausgedehnten Grundbesitz hatten. Selbstverwaltung desselben ist hier unzweckmäßig, fast unmöglich. Der Administrator hat nicht das gleiche Interesse an dem Erfolge der Wirtschaft, wie der Eigentümer oder der einem Eigentümer sich annähernde Erbpächter. Auch sind dem Administrator die Hände viel mehr gebunden, wie dem Eigentümer und Erbpächter. Die Bewirtschaftung durch Administratoren liefert infolgedavon geringere Erträge und ist mit einer lästigen, von den wenigen städtischen Beamten schwer durchzuführenden Aufsicht und Aufsichtskosten verbunden. Auch die bloße Zeitpacht macht eine lästige Kontrolle nötig und macht es schwer, sich gegen einen Raubbau von seiten des Pächters zu schützen. Diese Übelstände und Schwierigkeiten werden vermieden bei der Vererbpachtung, welche einerseits dem Erbpächter ein selbständiges Interesse an der Melioration des Grundstücks verschafft und andererseits dem Vererbpächter eine gleichmäßige, unkündbare Rente, die für den städtischen Haushalt ein besonderer Vorteil ist, sichert. Bei den Vererbpachtungen der städtischen Gemeinden ist das *vectigal* vielleicht immer als ein Zinssatz von einem bestimmten Kapitalbetrag, der als Wert des Grundstücks angenommen wurde, gedacht. Deutlich tritt das hervor bei den erst in neuere Zeit bekannt gewordenen Vererbpachtungen, bei welchen das vom Erbpächter zu entrichtende *vectigal* alljährlich zu einem bestimmten Zweck verwandt werden sollte. Der Privatmann, welcher einer Stadt einen Geldbetrag, dessen Zinsen alljährlich zu einem bestimmten Zweck verwandt werden sollten, schenken zugleich aber diesen Betrag gegen Vergeudung sicher stellen wollte, übertrug entweder eines seiner eigenen Grundstücke durch Mancipation der Stadt zu Eigentum und empfing es unter Auferlegung eines *vectigal*, welches in einem bestimmten Prozentsatz des zu schenkenden Kapitalbetrags bestand, zu Erbpacht zurück (Plin. epist. VII, 18, 2), oder er kaufte ein Grundstück von der Stadt, ließ sich aber dieses unter Auferlegung eines *vectigal*, welches in einem Prozentsatz des gezahlten Kaufpreises bestand, nur in Erbpacht geben, wie es in dem in einer Inschrift von Ferentinum berührten Fall geschah (C. J. L. X, 5853). In dieser wird der Vorgang so angegeben: *hic — fundos — — — ab re p(ublica) redem(it) HS LXX m(ililus) n(ummum) et in avit(um) r(ei) p(ublicae) reddid(it) ex quorum reditu de HS IV m(ilibus) CC quodannis VI id. Mai. die natal(i) s(uo) perpet(uo) daretur. In avitum reddere* hat nicht die Bedeutung: das *ius avitum et patritium*, das quiritische Eigentum übertragen, sondern das adjektivische *avitum* ist durch *vectigal* zu ergänzen, *in avitum reddere* bedeutet also: unter erblicher (von den Vorfahren auf die Nachkommen übergehender) Vectigalpflicht zu entsprechendem Rentenrecht zurückgeben. Vielleicht war der Ausdruck nicht ganz so im juristischen Gebrauch. Woher dieser Ausdruck stammt, darauf wird später zurückzukommen sein. Daß aber *avitum* das *vectigal*, die Vektigalpflicht bedeutet, zeigen ein Paar der Pompejanischen Quittungstafeln, nach denen dem Vertreter der Gemeinde Pompeji Zahlungen geleistet sind *a(vitum) (et) patritum fundi Rudiani*, d. h. als Entgelt für die gepachtete Erhebung des von dem in Erbpacht gegebenen städtischen Grundstück zu entrichtenden *vectigal*.[1] An anderer Stelle[2] schon habe ich gezeigt, daß auch die Reste der *lex agraria* vom J. 643 Z. 28 sich auf solche gegen Entrichtung eines *avitum et patritum* in Erbpacht gegebenen Grundstücke beziehen. Hier erscheint der

[1] Vgl. Hermes, XII, S. 141. [2] Bd. II, S. 48.

römische Staat selbst als Vererbpachter von Grundstücken. Aus dem Brief des jüngeren Plinius VII, 18, der die Möglichkeit einer Vererbpachtung mit dinglicher Wirkung benutzte, um mittels derselben eine möglichst sichere Alimentenstiftung zu machen, geht hervor, daß das Recht des städtischen Erbpächters damals ein veräußerliches war (*et ager ipse propter id, quod vectigal large supercurrit, semper dominum, a quo exerceatur, inveniet. nec ignoro me plus aliquanto quam donasse videor erogavisse, cum pulcherrimi agri pretium necessitas vectigalis infregerit*). Damals hat also unfraglich die *vectigalis in rem actio* schon bestanden.[1] Wir werden aber kaum fehl gehen, wenn wir das Aufkommen der *vectigalis in rem actio* schon in die republikanische Zeit setzen. Der Betrag des *avitum* scheint kein ganz unbedeutender gewesen zu sein: in dem Fall des Plinius und dem der Terentinatischen Inschrift betrug das jährlich zu zahlende *vectigal* 6 % des angenommenen Kapitalwerts des Grundstücks. Es brauchte bei italischen Grundstücken nicht gering zu sein, da der Erbpächter hier Grundsteuer nicht zu entrichten hatte. Natürlich durfte es nicht so hoch sein, daß nicht der Erbpächter dabei noch seine Rechnung hätte finden können. Dennoch scheint man nicht immer angenommen zu haben, daß das Vererbpachten der städtischen Grundstücke zweckmäßig sei und der städtischen Kasse ein genügend hohes Einkommen gewähre, was verständlicher wird, wenn man berücksichtigt, daß auch die Erhebung dieser Vektigalien verpachtet zu werden pflegte, wodurch, wenn auch die Verwaltung vereinfacht, doch das Einkommen für die Stadt noch wieder herabgedrückt wurde. So war in der *lex Ursonensis* c. 82 bestimmt, daß die der Stadt adtribuierten Grundstücke der Stadt weder verkauft, noch auf länger als 5 Jahre verpachtet werden sollten.

Ob der, welcher sein *ius in agro vectigali* zu veräußern beabsichtigte, der Stadt davon Anzeige zu machen hatte und der Einwilligung derselben bedurfte, wissen wir nicht; es mag darüber in der einzelnen *lex fundo vectigali dicta* etwas bestimmt gewesen sein. Jedenfalls ging aber mit dem Recht als eine darauf ruhende Last auf den neuen Berechtigten die Pflicht zur Entrichtung des *vectigal* über, und zwar, wie man nach l. 7 pr. D. de publicanis 39, 4 annehmen darf, auch die Pflicht zur Zahlung des noch rückständigen *vectigal*. Das Pachtgeld, welches die Stadt von dem Erbpächter bezieht, wird mit demselben Ausdruck bezeichnet, wie die vom Untereigentümer oder Benutzer des im Eigentum des *populus Romanus* stehenden Bodens zu entrichtende Abgabe. Als Einnahme aus dem Bodeneigentum ist auch die vom Erbpächter an die Stadt zu entrichtende Abgabe gedacht, das Recht darauf als dinglicher, am Grundstück haftender Natur. Aber diese Gleichstellung der städtischen Rente aus dem städtischen in Erbpacht gegebenen Grundstück mit dem staatlichen *vectigale* und wohl nur in Bezug auf die Municipien und Kolonien römischer Bürger, auf *coloniae latinae* und Städte latinischen Rechts statt, denen der römische Staat in einem gewissen Maße das Wesen einer *res publica*, eines dem seinigen nachgebildeten öffentlichen Gemeinwesens zuerkannte. Nicht so sicher ist das bezüglich der unterthänigen Peregrinengemeinden, die *privatorum loco habentur*.

[1] Daß das *ius, quod in vectigalibus fundis habemus* ein veräußerliches war, geht nicht bloß aus l. 3 § 4 D. 27, 9, sondern namentlich aus l. 71 §§ 5 u. 6 D. de leg. I klar hervor. Die ganze Begründung zeigt, daß der Jurist dieses *ius* nicht etwa bloß als durch Legat, sondern überhaupt als auf einen Singularsuccessor übertragbar ansah. Auch die Möglichkeit der Verpfändung des *ius in agro vectigali* führt zu demselben Resultat, denn daß das *ius vendendi pignoris* hier nicht platzgreifen könne, wird nicht gesagt.

Wir haben keine Überreste der verschiedenen Provinzialedikte, welche wohl nach der Verschiedenheit der Verhältnisse verschiedene Bestimmungen enthalten haben werden. Die *lex fundo vectigali dicta* konnte zu Gunsten des *dominus* bestimmen, daß, wenn das *vectigal* nicht binnen bestimmter Frist gezahlt werde, der *dominus* das *ius* des Erbpächters als erloschen behandeln könne (l. 3 D. de pign. 20, 1). Es bedurfte dazu aber wohl besonderer Festsetzung in der *lex fundo vectigali dicta*. Wenn man jedoch liest, wie Gaius und Paulus die Verpachtung der *agri vectigales* charakterisieren (Gaius III, 145. l. 1 pr. D. si ager vectigalis 6, 3), so wird man zu der Annahme geführt, daß zu jener Zeit sich regelmäßig in der *lex agro vectigali dicta* eine Bestimmung fand, daß, so lange das *vectigal* gezahlt werde, weder dem *conductor* selbst noch seinem Nachfolger das Grundstück entzogen werden dürfe, und wenn gesagt wird, daß die *in rem actio* den Erbpächtern auch gegen die *municipes* zustehe, *ita tamen, si vectigal solvat*, so muß der Prätor die *in rem actio* gegen die *municipes*, jedenfalls in der *formula*, vielleicht in dem dieselbe versprechenden Edikt von der gehörigen Zahlung des *vectigal* abhängig gemacht haben.

Durch die Ausstattung des städtischen Erbpächters mit der *vectigalis in rem actio* war der Ausgangspunkt für eine weitere Entwickelung gegeben. Derselbe erwirbt das Eigentum der Früchte durch die bloße Separation, wie der Eigentümer eines Grundstücks. Die verschiedensten, zunächst dem Eigentümer zustehenden Rechtsmittel werden auf ihn übertragen: so die *actio communi dividundo*, die *actio finium regundorum*, die *actio confessoria* zum Schutz der mit dem Grundstück verknüpften Servitutrechte und die *negatoria* zum Schutz gegen partielle Störungen, die *aquae pluviae arcendae actio*, die *actio arborum furtim caesarum*. Auch als juristischer Besitzer des Grundstücks wird der Erbpächter angesehen und geschützt sein.[1]

Hält man sich diese historische Entwickelung vor Augen, so begreift man, daß der Zweifel entstehen konnte, ob bei solcher *locatio* von *praedia municipum* wirklich nur eine *locatio conductio* oder eine *emptio venditio* vorliege. Für die letztere Annahme konnte doch immer darauf hingewiesen werden, daß dem Erbpächter ein umfassendes dingliches Recht an dem fremden Grundstück eingeräumt werde, und daß das von den Singularsuccessoren desselben zu entrichtende *vectigal* nicht mehr den Charakter eines Pachtzinses habe.

Was den Gegenstand des Rechts betrifft, so waren es durchaus nicht bloß erst anzubauende, sondern auch bereits angebaute Ländereien, welche in Erbpacht gegeben wurden, auch wurden nicht etwa bloß zu einer bestimmten Art der Bodenkultur Grundstücke in dieser Weise verpachtet. Auch *aedes* werden als Gegenstände dieses Rechtsverhältnisses erwähnt,[2] und wird der Hauptunterschied zwischen diesem und dem superficiarischen Rechtsverhältnis darin zu sehen sein, daß das erstere den Boden samt dem Gebäude ergreift, und daß dem Berechtigten auch der Besitz des Grundstücks gebührt, welcher dem Superficiar nicht zukommt.

Die Gewährung der *in rem actio* setzt nicht notwendig eine *locatio in perpetuum* voraus, es ist nicht zu bezweifeln, daß namentlich die ein paar Male erwähnte Verpachtung auf 100 Jahre dieselbe Folge hatte.

Man ist mit Recht darüber einig, daß das spätere emphyteutische Recht

[1] Belege für das Obige geben die Pandektenlehrbücher.

[2] L. 15 § 26 D. damn. inf. 39, 2.

erhältnis, worauf schon der Name hinweist, hellenischen Rechten, den Rechten griechischer Städte, seinen Ursprung verdankt. Neuerlich ist von DITTENBERGER eine Inschrift von Thisbe in Böotien, welche er gegen das Ende des zweiten oder in den Anfang des dritten Jahrhunderts n. Chr. setzt, veröffentlicht worden.[1] Dieselbe handelt von der Vererbpachtung unbebauter Gemeindeländereien von Thisbe. DITTENBERGER ist der Meinung, durch diese Inschrift werde zuerst bewiesen, daß bei den Griechen Grundstücke zum φυτεύειν d. h. zum Bepflanzen mit Bäumen und Weinstöcken derart *in perpetuum* verpachtet seien, daß der Pächter sein Recht habe vererben, verpfänden, verkaufen können. Es sind aber wohl schon andere Beweise dafür beigebracht. C. EULER in seiner Abhandlung: de locatione conductione atque emphyteusi Graecorum (Leipziger Inauguraldissertation 1882) weist (p. 4) eine Anzahl Belege dafür nach. Von besonderem Interesse für uns sind die, nach welchen die Verpachtung stattfindet εἰς πατρικά, welcher Ausdruck so erklärt wird: „ἔξει τὴν προγεγραμμένην γῆν Διονύσιος καὶ Ἑρμίας [αὐτοὶ καὶ οἱ] ἐξ αὐτῶν ἢ οἷς ἂν ἡ κληρονομία τῶν ὑπαρχόντων αὐτῶν καθήκῃ."[2] Das Charakteristische des späteren emphyteutischen Rechts, nämlich die Veräußerlichkeit desselben, ist hier und da, aber nicht überall, anerkannt. So heißt es in einer auf ein solches Verhältnis bezüglichen Inschrift bei WADDINGTON, Voy. arch. III, 320 v. 2: „ἐξουσίαν ἔχων καὶ τέρῳ παραχωρεῖν καὶ οὐ καταμεριεῖν". Veräußerung im ganzen ist also, nicht aber Parzellierung gestattet. Auch nach der tab. Heracleensis, welche solche Verpachtungen τὸν ἀεὶ χρόνον kennt (v. 100), ist das Recht des Erbpächters veräußerlich (I, v. 105—108) und vererblich (v. 151—152), nicht aber kann er sein Recht verpfänden (v. 149—151). Den Erbpächter, welcher mit der Zahlung des φόρος, des Zinses, säumig ist, treffen Strafen, bei zweijährigem Rückstande Verlust seines Rechts (Voy. arch. III, 331 v. 12—13; III, 404 v. 14—17). Der Zins ist bei dieser Vererbpachtung zum Anbau mit Ölbäumen und Weinreben sehr niedrig angesetzt, weil der Pächter viel Kapital in das Grundstück verwenden und lange auf den Ertrag warten mußte.[3] Die Verpachtung εἰς πατρικά entspricht im Ausdruck dem aus den Pompejanischen Quittungstafeln bekannten *avitum et patritum fundi Rudiani* und dem *avitum reddere* der Inschrift von Ferentinum, der römische Ausdruck erscheint als eine Übertragung des griechischen. Es ist das ein neuer Fingerzeig dafür, daß hier schon früh von Großgriechenland aus ein Einfluß auf römische Verhältnisse stattgefunden hat.[4]

---

[1] DITTENBERGER, de inscriptione Thisbensi ad emphyteuseos jus spectante: zum Lektionskatalog von Halle 1891/92.

[2] WADDINGTON, Voy. arch. III, 323/4, v. 15, 19—21. Voy. arch. III, 327 (v. 8—9), 331 (v. 6), 483 a., v. 17, 404 v. 5. C. J. G. II, 2694. Voy. arch. III, 332. Vgl. auch M. VOIGT, Röm. Rechtsgeschichte I, S. 380 und die dort A. 36 beigebrachten Belege.

[3] Vgl. EULER, a. a. O. S. 32, 33.

[4] Ganz anders faßt HUSCHKE, *Avitum et patritum* und der *ager vectigalis* in d. Zeitschr. f. vergleichende Rechtswissensch., namentlich S. 185 f., das *avitum et patritum* auf. Er sagt: es wird vielmehr zu behaupten sein, daß der uns vorliegende vermeintliche „Erbpächter" vielmehr durch Mancipation Eigentümer solcher Vektigalgrundstücke und das Vektigal ihm durch die *lex mancipii* aufgelegt wurde, die Gemeinde also nur ein *vectigal publicum* als *ius in re* hielt, während das Grundstück dem Eigentum nach dem Inhaber als *fundus privatus* gehörte. Diese Auffassung ist meines Erachtens juristisch unmöglich, denn die Mancipation ging auf Übertragung quiritischen Eigentums, das *vectigal* aber schließt zwar nicht notwendig das Eigentum dessen, der es entrichten soll, wohl aber quiritisches Eigentum desselben aus. Auch der quiritische Eigentümer eines Grundstücks kann möglicherweise an den Staat

Sehr möglich ist es, daß die Jurisdiktionsedikte der Statthalter der römischen Provinzen, in welchen viele Städte ihre Ländereien in der angegebenen Weise in Erbpacht gaben, auf diese Verhältnisse Rücksicht nahmen und die Erbpächter durch dingliche Klagen schützten. Daß die Statthalter diesen Verhältnissen ihre Aufmerksamkeit zuwandten, zeigt die Inschrift von Thisbe, welche ein Edikt des Prokonsuls von Achaja erwähnt.

Eine andere Anwendung der Emphyteusis soll, wie einige annehmen, die neuerlich bekannt gewordene Inschrift von Aïn Wassel *de rudibus agri* zeigen. Nach derselben darf das von den *conductores* nicht bebaute Land occupiert werden.[1] Das durch solche Occupation entstehende Rechtsverhältnis ist keineswegs als ein emphyteutisches Erbpachtverhältnis anzusehen. Nach der Inschrift von Thisbe beruht das Verhältnis des *ὁ λαβών* auf einem Kontrakt mit der städtischen Behörde, er wird auch als *ὁ πριάμενος* bezeichnet, der Kontrakt wird mit verschiedenen Ausdrücken: *μεταπωλήσουσιν — πιπρασκέσθω — πωλήσουσιν* bezeichnet. Das Verhältnis dagegen der Occupanten der Inschrift von Aïn Wassel, ihr *ius fruendi possidendi heredique suo relinquendi* sowie ihre Pflicht zur Entrichtung der *partes fructuum* beruht auf der einseitigen kaiserlichen Verfügung, auf einer *perpetua forma*. Von einem Veräußerungsrecht ist hier nicht die Rede, faktisch ist der Occupant mit seinen Erben schon an die Scholle gebunden, es ist der Anfang des später fest ausgebildeten Kolonatsverhältnisses. Der *conductor*, *in cuius conductione occupaverit*, ist auch kein Erbpächter. Der Passus der Inschrift: *quas partes aridas fructuum quisque debebit dare, eas proximo quinquennio ei dabit, in cuius conductione agrum occupaverit*, soll freilich nach Schulten zeigen, daß die kaiserlichen *saltus* auf mehr als fünf Jahre verpachtet seien: da bei fünf Pachtjahren die Occupation z. B. im dritten Pachtjahr beginnen könne, so setze ein folgendes Quinquennium eine längere als fünfjährige Pachtperiode voraus. Man

---

oder eine Stadt ein auf dem Grundstück ruhendes *vectigal* für Wegebesserung oder die Mitbenutzung einer öffentlichen Wasserleitung zu entrichten haben, nicht aber für das Haben und die ganze Benutzung des Grundstücks. Wenn also Cic. de leg. agraria 2, 9 sagt: *Ex Tusculanis pro aqua Crabra vectigal pendam, qui mancipio fundum accepi*, so spricht das keineswegs für Huschke's Auffassung, denn dieses *vectigal* war nur für Benutzung der *aqua Crabra*, nicht für die ganze Benutzung des Grundstücks zu entrichten. Solche Reallast schloß ebensowenig, wie eine auf dem Grundstück lastende Servitut das quiritische Eigentum aus. In den Worten des Plinius: *eundem (sc. agrum) vectigali imposito recepi* liegt keineswegs eine durch Remanzipation geschehene Zurückerlangung eines nur durch das *vectigal impositum* beschwerten oder verminderten Eigentums. Warum sollte Plinius, der vorher *agrum actori publico mancipavi* gesagt, in dem darauf folgenden den Ausdruck *remancipare* vermieden haben, wenn ihm wirklich quiritisches Eigentum zurückübertragen wäre. Und warum übertrug er überhaupt durch Manzipation Eigentum, wenn ihm quiritisches Eigentum durch Remanzipation zurückübertragen werden sollte, ließ sich denn das *vectigal* nur durch eine *lex mancipii* auferlegen? Im Fall der Ferentinatischen Inschrift weiß Huschke das „*avitum reddidit*" nicht irgendwie genügend zu erklären, denn ein *reddere* findet nach seiner Auffassung, wonach schon bei der Manzipation des Grundstücks von seiten der Stadt in den Manzipationsworten dasselbe mit dem beständigen *vectigal* für die Stadt belastet wurde, gar nicht statt. Die Umständlichkeit des ganzen Vorganges in dem Fall des Plinius, wie den der Ferentinatischen Inschrift erklärt sich daraus, daß der Stifter der Stadt das betreffende Grundstück bezw. den dafür gezahlten Preis zuwenden, zugleich aber dieses Kapital bezw. die davon zu ziehende Rente für den Stiftungszweck auf die Dauer sichern wollte. Bei gewöhnlichen Vererbpachtungen von der Stadt bereits gehörigen Grundstücken fiel jene Umständlichkeit natürlich weg.

[1] Bruns, fontes jur. rom. ant. ed. VI, p. 382—384.

ann indessen das *quinquennium* auch als Maximum der Zeit auffassen, wäh-
end welcher der Occupant jene *partes fructuum* an den *conductor* zu entrichten
abe, welche Bestimmung nicht ausschließt, daß, wenn die Occupation nicht
nit dem Beginn der *conductio*, sondern vielleicht erst mit dem dritten Pacht-
ahr stattgefunden, die Entrichtung an den *conductor* nur für den Rest seiner
ünfjährigen Pachtzeit stattzufinden hat. Die ganze Bestimmung zeigt aber
ieder, daß die Abgabepflichtigkeit des Occupanten nicht auf einem Kontrakt,
ondern auf der kaiserlichen Verfügung beruht.[1]

VI. *Ager privatus vectigalisque.* Recht an den *praedia stipendiaria et tributaria.*

§ 148. Schon bevor das römische Volk Provinzen hatte, gab es eine Art Eigentum an Grundstücken, welches kein *dominium ex iure Quiritium* war. Es gehört dahin namentlich das Verhältnis an den sogenannten *agri quaestorii*. Das quiritische Eigentum, das Obereigentum, daran verblieb dem *populus*, dem Staat, aber diese *agri* waren doch *privati*, dem Käufer wurde daran doch ein unwiderruflicher, veräußerlicher und vererblicher Besitz zugestanden. Das quiritische Eigentum des Volks daran fand seinen Ausdruck und seine praktische Bedeutung darin, daß dem Staat von dem Privateigentümer ein *vectigal* zu entrichten war; die *agri quaestorii* waren Zinsgüter. Daß dem Staat von dem Eigentümer des *ager quaestorius* ein *vectigal* zu entrichten war, zeigen bestimmte Äußerungen der Gromatiker, namentlich Hygin p. 131, 11: *de modo quaestiones ere in agris divisis et assignatis nascuntur, item quaestoriis et vectigalibus ubiectis, quoniam scilicet in aere et in scriptura modus comprehensus est.* Vgl. enselben p. 125, 19. *Quaestorius et vectigalis ager* ist die genaue Bezeichnung olchen Landes, sie rechtfertigt nicht die Worte Huschke's (Zeitschr. f. vergl. echtswissensch. I, S. 192): Das heißt aber doch nicht, daß der *quaestorius ager* tets auch ein vektigaler sei, sondern es wird deutlich ein solcher *quaestorius* ervorgehoben, der beim Verkauf zugleich einem Vectigal unterworfen wurde. u Hygin's Äußerungen stimmt die des Sicul. Flaccus p. 136, 14 ff.: *nam sunt opuli Romani quorum vectigal ad aerarium pertinet.* Das vom Privateigentümer es *ager quaestorius* dem Ärar zu entrichtende *vectigal* braucht nicht deshalb in bloß nominelles, ein bloßer Rekognitionszins gewesen zu sein, weil dem taat ein Kapital für das Grundstück erlegt wurde, denn die Höhe des Preises ann mit Rücksicht auf das dem Staat zu entrichtende *vectigal* und die dadurch eminderte Höhe des Ertrags entsprechend niedriger bestimmt sein. Gleich eht der *ager*, den die *lex agraria* 49, 66 als *ager privatus vectigalisque* in Afrika wähnt. Wenn auch der Erwerber, dem der Acker vom Staat zugewiesen ar, keinen reellen Kaufpreis für denselben zu zahlen hatte, so ist doch die leichstellung mit den Kaufäckern durch die Worte (v. 66) ausgedrückt — *HS ummo) I emptus esto isque ager locus privatus vectigalisque ita [utei in h. l. supra] riptum est, esto.* Wie der Schutz dieses Untereigentums bewirkt wurde, ob rch eine Art Vindikation, von der wir keine Nachricht haben, oder im ege der Administrativjudikation, müssen wir dahingestellt sein lassen.

[1] In derselben Weise, wie im Text dargelegt, ist es aufzufassen, wenn eine nach dem ster einer *lex Manciana* abgefaßte *lex saltus* (in Afrika) jedem gestattet, gewisse ländereien zu dem Zweck, sie in Kultur zu nehmen, zu occupieren. Vgl. Adolf Schulten, *lex Manciana*, eine afrikanische Domänenordnung.

An den außerhalb des italischen Tribusgebietes liegenden Provinzialgrundstücken war ein quiritisches Eigentum eines Privaten nicht möglich. Ein unter magistratischem Schutz stehendes Eigentum wurde aber anerkannt. Gaius charakterisiert das Eigentum am Provinzialgrundstück als *possessio et usufructus*, andere Juristen[2] nehmen keinen Anstand, von einer *proprietas*, einem *dominus* des *praedium tributarium* und *stipendiarium* zu reden, wenngleich es dabei natürlich nicht an quiritisches Eigentum denken. Was den Schutz dieses Quasieigentums betrifft, so bemerkt Frontin. de contr. p. 36: *vindicant . . . inter se non minus fines ex aequo ac si privatorum agrorum*, und Diokletian[3] spricht geradezu von einem *dominium rei tributariae vindicare*. Die Klage kann wohl nur eine auf die Magistratsgewalt sich stützende gewesen sein, und nur das wollte auch wohl Frontin mit dem Ausdruck „*vindicare ex aequo*" andeuten. Eine Formel derselben wird im Provinzialedikt proponiert gewesen sein. Wie sie gestaltet war, muß dahingestellt bleiben. Erworben werden konnte dieses Quasieigentum natürlich nicht durch Manzipation, es genügte, wie ausdrücklich angegeben wird, Tradition *ex iusta causa*, und gerade darum bezeichnet Gaius die *praedia stipendiaria et tributaria* als *res nec mancipi*.[4]

Weil nicht mögliches Objekt quiritischen Eigentums eines Privatmannes konnte das *praedium stipendiarium* und das *tributarium* auch nicht Objekt der Usukapion sein. Hier greift nun die *longi temporis* oder *longae possessionis praescriptio* ein. Aus den erhaltenen Zeugnissen ergiebt sich, daß dieselbe vollständig ausgebildet zur Zeit des Septimius Severus bestand. Die meisten Spuren gehen allerdings nicht über Caracalla und den Juristen Paulus zurück. Neuerdings findet sich aber in einem Papyrus des Berliner Museums n. 724 (Ägyptische Urkunden des Berliner Museums Bd. 1 Heft 9 Nr. 267) ein Reskript der Kaiser Severus und Antoninus vom 29. Dezember 199, welches sich auf die *μακρᾶς νομῆς παραγραφή* bezieht.[5] Ebenso alt ist aber eine schon früher bekannte Erwähnung derselben in einer Stelle der Vat. fr. 7 aus dem 3. Buch der Responsen Papinian's: *Quominus possessio rei venditae tradatur empti iudicio decem annorum praescriptione non impeditur*. Die allgemeine Anwendung des Instituts, die Erhebung desselben zum Reichsrecht ist wohl nicht auf das Hadrianische Edikt, sondern auf kaiserliche Konstitutionen zurückzuführen. Darauf deuten nicht bloß die Worte des Paulus in l. 76 § 1 D. de contr. emt. 18, 1: — *sed et longae possessionis praescriptione, si utriusque possessio impleat tempora constitutionibus statuta* hin, sondern auch eine von Mitteis nachgewiesene Spur im Par. Pap. 69 (Not. et Extr. 18, 2, 390—399, neu ediert von Wilcken Philol. LIII, p. 81 f.) v. Jahr 232, Col. 3, wonach *αἱ θεῖαι διατάξεις* die 20jährige Frist *ὥρισαν*. Der Ursprung der *longae possessionis praescriptio* ist darum doch nicht in den kaiserlichen Konstitutionen, sondern in älteren Provinzialedikten zu suchen. Man hat für die *longi temporis praescriptio* Entlehnung aus dem hellenischen Recht annehmen wollen. Unwahrscheinlich ist solche Annahme nicht, wenngleich sie sich meines Wissens nicht auf besondere Beweise stützt. Daß dabei in verschiedenen Provinzen die Erfordernisse der *μακρᾶς νομῆς παραγραφή* nicht völlig übereinstimmend sich gestalteten, darauf weist vielleicht folgendes hin. Justinian bezeichnet es als eine der *ambiguitates* der *veteres*, ob für das Platzgreifen der 10- oder 20jährigen Ersitzungsfrist der Wohnsitz in derselben bezw. einer anderen Provinz oder der in derselben bezw.

[1] Gai. II, § 7. [2] Vgl. z. B. fr. Vat. § 283, [3] Fr. Vat. § 315.
[4] Gai. II, § 27. [5] Mitteis im Hermes 30. Bd. S. 612 ff.

ner anderen *civitas* maßgebend sei. Nach dem Reskript von Severus und ntoninus vom 27. Dezember 199 kommt es auf den Wohnsitz in derselben sp. einer anderen Stadtgemeinde an. Man möchte vermuten, daß es damit über in verschiedenen Provinzen verschieden gehalten wurde, und daß nach rhebung des Instituts zum Reichsrecht Zweifel darüber sich erhoben, was s für das ganze Reich geltend anzusehen sei. Abgesehen von den Fristen, immten die Erfordernisse der *longi temporis praescriptio*, wie auch aus dem wähnten Reskript hervorgeht, mit denen der *usucapio* überein. Doch sind ch folgende Punkte hervorzuheben. Die *longi temporis praescriptio* war nicht wa auf den Verkehr unter *cives romani* beschränkt, sondern war ihrem Urrung nach auch Peregrinen zugänglich. Das letztere wird denn auch der rund gewesen sein, aus welchem dieselbe, die ursprünglich wohl nur auf Grundlicke anwendbar war, auch auf bewegliche Sachen ausgedehnt wurde (l. 1 D. div. temp. pr. 44, 3). Die Zulässigkeit einer Hinzurechnung der Besitzzeit s *auctor* von seiten des Singularsuccessors, insbesondere des Käufers, ist erst bei der *longi temporis praescriptio* angenommen, bei welcher sie wegen r längeren Dauer der Verjährungszeit viel mehr Bedürfnis war, als bei der rilrechtlichen *usucapio*. Für diese ist sie wohl erst (§ 13 I. de usuc. 2, 6) rch ein Reskript der Kaiser Severus und Antoninus eingeführt oder doch tgestellt.[1] Während die Usukapion des Beklagten durch die Litiskontestation cht unterbrochen wurde, verhielt sich dies mit der *longi temporis praescriptio* ders, der Lauf derselben wurde durch die Streithängigkeit unterbrochen, wie es jetzt wieder durch das Reskript des Severus und Antoninus vom 27. Dember 199 bestätigt wird (*ἄνευ τινὸς ἀμφισβητήσεως ἐν τῇ νομῇ γενομένοις*). enn nach solcher Unterbrechung durch Prozeßerhebung der Prozeß liegen eibt, so kann freilich der beklagte Besitzer auch nach späterem Ablauf von Jahren sich der *longi temporis praescriptio* nicht bedienen. Wohl aber kann, nn der Prozeß liegen bleibt und die Sache etwa durch Kauf in die Hand es neuen *bona*-Erwerbers gekommen ist, dieser, wenn er die Sache 20 Jahre behelligt besessen hat, sich der *longi temporis praescriptio* bedienen, also erst ch 20jährigem Besitz, auch *inter praesentes*. Paul. V, 2 § 5: *Si post motam intra rpora quaestionem res ad novum dominum emptione transierit, nec is per viginti nos fuerit inquietatus, avelli ei possessionem non oportet.* L. 1 C. de praescriptione ngi temporis 7, 33: *Cum post motam et omissam quaestionem res ad nova donia bona fide transierint et exinde novi viginti anni intercesserint sine interllatione, non est inquietanda quae nunc possidet persona, quae sicut accessione ioris domini non utitur, qui est inquietatus, ita nec impedienda est, quod ei mota ntroversia sit.* An Sachen, wenigstens an Grundstücken der *respublicae*, Stadtmeinden, scheint die *usucapio* ausgeschlossen gewesen zu sein (l. 12 § 2 D. Public. in rem actione 6, 2; l. 15 § 27 D. de damno infecto 39, 2). Die ngi temporis praescriptio dagegen war auch gegen eine *res publica* möglich, aber erforderte hier stets 20jährigen Besitz, was doch auch dafür spricht, daß ukapion von Grundstücken italischer Städte überhaupt nicht möglich war aul. V, 2 § 4: *Viginti annorum praescriptio etiam adversus rempublicam prodest qui iustum initium possessionis habuit nec medio tempore interpellatus est.* Vgl. 1 C. de l. t. praescr. 7, 33 verb.: *Quod etiam in re publica servari oportet*). e Frist der *longi temporis praescriptio* wird zwar als *continuum tempus* bezeichnet

[1] Vgl. darüber meine Dissertation, Iuris romani principia de accessionibus possessionum 58) p. 9 sqq.

(Paul. V, 2 § 3: *Longi autem temporis praescriptio inter praesentes continui decem spatio, inter absentes vicennii comprehenditur,* aber in der Strenge, wie die Frist der *usucapio,* war sie es nicht. Während die *usucapio* sogar gegenüber einem *impubes* lief, wurde die Zeit der Minderjährigkeit des Berechtigten in den Lauf der *longi temporis praescriptio* gegen ihn nicht eingerechnet (l. 3 C. quib. ex. obj. 7, 35), und während die *usucapio* auch während der Abwesenheit des Berechtigten lief, wurde nach l. 4 C. quibus non objiciatur longi t. pr. 7, 35 die Zeit der *absentia rei publicae causa* oder anderer unverschuldeter Abwesenheit in die *longi temporis praescriptio* gegen ihn nicht eingerechnet. Auch diese Sätze weisen darauf hin, daß die *longi temporis praescriptio* ein durch den Magistrat gewährtes Schutzmittel ist, so daß für den Fristablauf derselben nicht schlechthin die strengen Regeln der civilrechtlichen *tempora continua* galten.

VII. Das Pfandrecht. *Interdictum Salvianum. Actio Serviana* und *quasi Serviana.*

§ 149. Vor allem ist ein Blick zu werfen auf den systematischen Zusammenhang, in welchem die genannten Rechtsmittel im Edikt behandelt sind. Über das *interdictum Salvianum* kann kein Zweifel bestehen. Ulpian behandelt dasselbe im 73. Buch seines Ediktskommentars am Schluß der Interdiktenlehre. Auch daß in Paul. sent. V, 6 de interdictis das *Salvianum* erst im Schlußparagraphen 16 erwähnt wird, zeigt, daß dieses Interdikt im prätorischen Edikt das letzte in der Reihe war. Die *Serviana* und *quasi Serviana* wurden nach der Annahme der neueren Rechtshistoriker unmittelbar hinter dem *Salvianum* eingeschaltet. Man hat konstatiert, daß nirgends eines Edikts über die *hypothecaria* gedacht wird, nirgends eine Spur eines solchen sich findet, vielmehr die Erörterungen der Juristen sich nicht an ein Edikt, sondern unmittelbar an die *formula hypothecaria* anlehnten. Man hat daraus den Schluß gezogen, daß ein Edikt über die *Serviana* bezw. *hypothecaria actio* nicht existiert habe, daß vielmehr im Anschluß an das *Salvianum* ohne weiteres die bloßen Formeln der Pfandklagen proponiert waren.[1] Von diesem letzten Punkt wollen wir ausgehen. Daß die Formeln der *Serviana* und *quasi Serviana* im Anschluß an das *Salvianum* proponiert waren, ist eine sehr unsichere Vermutung. Lenel hat in seiner Palingenesia II, p. 850 sq. unter der Rubrik *De interdicto Salviano et actione Serviana et quasi Serviana* 13 Fragmente aus dem 73. Buche von Ulpian's Ediktskommentar zusammengestellt, darunter die Mehrzahl sehr winzige, keines von bedeutender Länge, und bemerkt dazu: *Pleraque fragmenta, quae sub hac disputationis rubrica collocavi, et ad interdictum Salvianum et ad hypothecariam referri possunt.* Was Ulpian also in diesem Buche über die *actio Serviana* und *quasi Serviana* bringt, kann sehr wohl nur durch den Zusammenhang mit verwandten Erörterungen über das *Salvianum* veranlaßt sein. Eine zusammenhängende Erörterung der *formula hypothecaria* fand sich in diesem Buche Ulpian's nicht, freilich auch nicht an einer anderen Stelle seines Kommentars. Fragen wir, an welcher anderen Stelle des Edikts die *formula hypothecaria* proponiert gewesen sein könne. Eine Erklärung verlangt es jedenfalls, warum, abgesehen von dem Titel: de pigneraticia actione vel contra 13, 7, die sämtlichen, die *pignora* und *hypotheca* betreffenden Titel im 20. Buch der Pandekten (1—6) zusammengestellt sind.

[1] Vgl. namentlich Wlassak, Edikt und Klageform S. 180 ff. Lenel, Edictum S. 394.

daß Justinian diese Anordnung, wie man auf Grund seiner Äußerungen in Const. Tanta § 5, C. *Δέδωκεν* § 5 C. omnem § 4 meinen könnte, ohne Anknüpfung an älteres Vorbild gewählt habe, wäre noch zu prüfen. Das 20. Buch, welches das Pfandrecht behandelt, schließt sich an die auf die *praescriptis verbis actio* bezüglichen Titel. Diese aber oder wenn man mit LENEL für das Edikt nur eine *actio aestimatoria* annimmt, letztere stand im Edikt vor *empti venditi*, die pfandrechtlichen Materien würden also unmittelbar an *locati conducti* heranrücken. Bedenkt man nun, daß mit der *actio Serviana experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur*, so dürfte die Stellung dieser *actio* und der sich an sie anschließenden *quasi Serviana* unmittelbar hinter *locati conducti* nicht unpassend erscheinen. Aber wie kommt es denn, daß die Überreste von Ulpian's Kommentar so gar keine Spuren davon aufweisen? Dafür nehmen in den Titeln des 20. Buchs den breitesten Raum ein die Excerpte aus den Monographien des Gaius und Marcian's *ad formulam hypothecariam*, welche hier geradezu an die Stelle des sonst vorwaltenden Ulpianischen Kommentars treten. Gaius aber und Marcian sind Juristen nicht römisch-nationalen, sondern peregrinisch-provinzialen Gepräges. Wie kommt es, daß gerade diese Juristen Monographien über die *formula hypothecaria* verfaßten? Darüber kann, meine ich, kein Zweifel bestehen. Der griechische, peregrinische Ursprung der *hypothecaria*, des *nuda conventione* bestellten Pfandrechts macht es verständlich. Der Mutterboden der *actio Serviana* bezw. *quasi Serviana* ist meines Erachtens nicht das Edikt des *praetor*, welcher *inter cives* die Rechtspflege leitete, sondern das Edikt des Peregrinenprätors (vielleicht auch eines Provinzialvorstehers). Ohne Zweifel sind diese Klagen später auch in das Edikt des Prätors, *qui inter cives ius dicebat*, aufgenommen, aber wohl in der Weise, daß dieser Prätor kurz erklärte, er werde seine Rechtspflege hierin dem Edikt seines Kollegen, des *praetor peregrinus*, anpassen. So hatten die Kommentatoren des Edikts des *praetor urbanus* eine besondere Veranlassung, über ein diese Aktionen versprechendes Edikt zu handeln. Die Juristen, welche sich mit Vorliebe mit den auch auf den Verkehr mit den Peregrinen anwendbaren Bestandteilen des römischen Rechts beschäftigten, wandten auch der *formula hypothecaria* ihre besondere Aufmerksamkeit zu. Da aber nur die Formel, nicht auch das im Peregrinenedikt enthaltene Edikt darüber, auch für den Verkehr der *cives Romani* unter sich Interesse hatte, so bearbeiteten sie nicht das Edikt, sondern nur die Klagformel. Nicht dasselbe, was von der *actio Serviana* und *quasi Servviana*, gilt von dem *interdictum Salvianum*. Es hat seinen Ursprung in dem Edikt des *praetor urbanus*. Über die Zeit, wann dieses Interdikt aufgekommen ist, fehlen uns alle Nachrichten. Nach dem Vorgange von HUSCHKE hat man vielfach darin, daß das *interdictum Salvianum* nach einem Magistrat benannt ist, sowie in dem weiteren Umstande, daß es in dem Edikt unter den Interdikten der Beschluß macht, Indizien dafür gesehen, daß es unter den Interdikten eines der letzten gewesen und erst nach dem Ursprunge des prätorischen Rechts, d. h. wohl des Formularprozesses, aufgekommen sei. In jenen Umständen kann ich jetzt nicht mehr Indicien für die Zeit des Aufkommens jenes Interdikts finden. In den Digesten steht das *interdictum Salvianum* eines jener Gruppe von Interdikten, welche man als adduktorische bezeichnen kann: denen, bei welchen der Befehl auf *quominus ducere, abducere liceat, quominus ducat, vim fieri veto* lautete, und unter diesen macht wieder der auf Personen bezügliche Teil den Anfang, die auf Sachen bezüglichen folgen. Es sind also systematische, nicht historische Gesichtspunkte,

welche die Anordnung der Interdikte im hadrianischen Edikt bezw. in den Digesten bewirkt haben. Wann ferner die später herkömmliche Bezeichnung der prätorischen Rechtsmittel aufgekommen ist, ob dieselbe im Edikt offiziell rezipiert war, das sind dunkle Fragen, deren Unaufgeklärtheit nicht gestattet, aus diesen Bezeichnungen Schlüsse für die Zeit der ersten Aufstellung des betreffenden Rechtsmittels zu ziehen, falls wir die Zeit der Person, nach welcher das Rechtsmittel benannt ist, nicht kennen. Auf Grund der Wahrnehmung, daß Salvii zur Zeit der freien Republik nirgends in Ehrenstellen erscheinen und Salvii Othones erst seit Augustus zu den höheren Würden der Magistratur aufstiegen, hat man in M. Salvius Otho, welcher unter Augustus Prätor wurde, den Urheber unseres Interdikts finden wollen. Das muß ich mit Rudorff[1] u. a. als sehr fraglich bezeichnen. Ich sehe keinen entscheidenden Grund, welcher dagegen spräche, die Entstehung des *interdictum Salvianum* in eine Zeit, aus welcher die Prätorenlisten fehlen, also vor 536 d. St., zurückzuverlegen. Andererseits kann ich denen nicht zustimmen, welche die in den Catonischen Formularen über den Verkauf der *olea pendens*, der Winterweide u. s. w. erwähnten Verpfändungen der *in fundum illata* des Käufers als direkte Beweise dafür ansehen, daß die *hypotheca* von Cato als geltendes Recht behandelt werde: schon früher habe ich gezeigt,[2] daß es sich in den Fällen jener Formulare nicht um eine Verpachtung, des Grundstücks, sondern um einen Verkauf der *olea pendens* u. s. w. handelte, bezw. daß es sich bei den Verpfändungen um ein wirkliches *pignus*, nicht um ein bloßes Vertragspfand handelte. Indirekt lassen sich jene Formulare aber allerdings für unsere Frage verwenden. Wenn es zur Zeit Cato's üblich war, bei jenen der gewöhnlichen Landpacht so nahe stehenden Kaufgeschäften die *illata* des Käufers zum Pfand zu geben, dann liegt gewiß kein Grund zum Zweifel vor, daß auch bei der gewöhnlichen Landpacht damals schon die *invecta et illata* des Pächters dem Verpächter verpfändet wurden. Hier aber konnte nicht wohl die Wirkung der Verpfändung sein, daß der Verpächter sofort den Besitz der verpfändeten *illata* erhielt, es konnte hier nicht sofort ein *pignus* entstehen. Der Pächter, welcher ja Detentor des ihm verpachteten Grundstücks wird, macht durch das Einbringen der Sachen den Verpächter noch nicht zum *possessor* derselben, durch dieses *inferre* in das von ihm selbst detinierte Grundstück bringt er sie nicht aus seiner faktischen Machtsphäre, aber er hat den Verpächter doch durch das *pignoris nomine inducere* der Sachen auf das Grundstück, dessen *possessor* der Verpächter bleibt, in ein nähere Verhältnis zu denselben gebracht, als es durch ein bloßes *pacisci* ohne Illation geschehen sein würde. Die Besitzergreifung der Sachen, falls sie auf dem Grundstück bleiben, ist dem Verpächter erleichtert. Um ihm diese Besitzergreifung für den Fall, daß die fällige Pachtschuld nicht bezahlt wird, gegenüber etwaigem Widerstande des Pächters zu sichern, dazu ist ihm ein *interdictum adipiscendae possessionis* zu Gebote gestellt: das *Salvianum*. Da es lediglich auf Erlangung des juristischen Besitzes des inferierten Objekts geht, den Verpächter also nur in die Lage bringen soll, in welche er durch sofortige Übergabe des *pignus* gekommen sein würde, so setzt es diesem seinem ursprünglichen Wesen nach nicht voraus, daß die inferierte Sache eine eigene des Pächters gewesen sei. Es gilt für das *Salvianum* in diesem seinem ursprünglichen Anwendungsgebiet dasselbe, was Ulpian in l. 1 § 5 D. de migrando 43, 32 vom *interdictum de*

[1] De jurisd. ed p. 238 not. 1.

[2] Vgl. Bd. II, S. 610.

rando sagt: *Illud notandum est praetorem hic non exegisse ut, in bonis fuerit luctoris* (bezw. *coloni*), *nec ut esset pignori res illata, sed si pignoris nomine cta sit. proinde si si aliena sint — — — pignoris tamen nomine introducta interdicto hoc (l. huic) locus erit.* Dieselben Ausdrücke *(in fundum pignoris ne inducere, inferre)* werden in l. 1 pr. § 1 de Salviano interd. 43, 33 bei der ichnung der Voraussetzungen des *Salvianum* gebraucht. Das *Salvianum* ein *interdictum prohibitorium*, wie die meisten Schriftsteller über dasselbe Recht annehmen: es sollte das *adprehendere* der betreffenden *res pignoris e illata* oder *inducta* durch ein an den Pächter gerichtetes Verbot der *vis* en. Angeredet wird dabei, wie bei den meisten auf *vim fieri veto* lautenden ikten, der Beklagte, also der Pächter sein. Ich denke mir demnach das ngliche Interdikt etwa so formuliert: *Si is homo, quo de agitur, est ex his le quibus inter te et actorem convenit, ut, quae in illum fundum, quo de agitur, ta illata ibi nata factave essent, ea pignori illi pro mercede illius fundi essent, i merces illi soluta eove nomine satisfactum est aut per illum stat, quominus : ita, quominus illi, in cuius fundum is homo pignoris nomine inductus est, ere (inde abducere) liceat, vim fieri veto.*

r müssen, ehe wir weiter auf die so unsichere Geschichte des *Salvianum* ı können, die *Serviana* in die Erörterung hineinziehen. Der Schöpfer *ına* ging, wenn sich die von ihm proponierte *actio* auch auf denselben Fall ie das *Salvianum*, doch von einem wesentlich verschiedenen Gedanken ß die Sache (vielleicht eine dem Pächter gar nicht gehörige) *pignoris* m Pächter auf sein Grundstück gebracht war, konnte dem Verpächter chutz der Obrigkeit bei der Besitzergreifung gegenüber dem etwaigen ıde des Pächters, der sie inferiert hatte, bezw. seiner Erben ver- es handelte sich hier um Ergreifung des durch die Illation noch nicht ı Besitzes der Sache. Auf den Verkehr mit den Peregrinen war das ıicht anwendbar, auf denselben war auch die *fiducia* nicht anwendbar. der *iurisdictio inter peregrinos* machte sich das Bedürfnis einer neuen erpfändung fühlbar, und bei ihr ist eine Befolgung griechischen am ehesten zu verstehen. In der *Serviana* kam der Gedanke en betreffenden Sachen bestellten *ius in re aliena* zum Ausdruck nicht in civilrechtlicher Form), der Gedanke eines Rechtsverhält- Gläubigers (hier des *locator*) zu der Pfandsache, kraft dessen sie herung dienen soll, kraft dessen er sie von jedem Inhaber abholen Illation der Sachen auf den *fundus* hat für diese *actio Serviana* e Bedeutung, wie für das *Salvianum;* das dingliche, gegen jeden ıer der Sache verfolgbare Recht an derselben ist eine viel bessere s Gläubigers, als wie sie in der Illation liegt. Die analoge Aus- *Serviana* war daher um vieles leichter, als die des *Salvianum*. Um ıse weitreichende Wirkung geben zu können, mußte in ihre Vor- eine aufgenommen werden, welche unter denen des *Salvianum* ıe muß zur Zeit der Verabredung über die Verpfändung *in bonis* rs gewesen sein, sie muß so zu seinem Vermögen gehört haben, läubiger jene dingliche Macht, die Herausgabe des Pfandbesitzes teren Inhaber zu verlangen, gewähren konnte; dazu genügt aber Sache im prätorischen Sinn zum Vermögen des Verpfänders ge- *in bonis habere* oder das *pertinere*. Der Unterschied zwischen dem der *Serviana*, daß nicht in dem ersteren, wohl aber in der letz-

teren ein dingliches Recht auf Erlangung des Besitzes des Pfandes zum Ausdruck kommt, zeigt sich auch darin, daß das *Salvianum* dem Gläubiger, nachdem er damit den Besitz erlangt hat, nicht zum zweiten Mal gegeben wird; es ist rein *adipiscendae possessionis;* ist der Gläubiger Besitzer geworden, so hat er nur die zum Schutz des Besitzes bestimmten Interdikte. Der Gläubiger aber, dem die *Serviana* zusteht, kann, falls er den Besitz wieder verliert, damit von neuem gegen den jetzigen Besitzer klagen. Sachlich ist die *Serviana* bezw. ex *quasi Serviana* eine der *rei vindicatio* nachgebildete Klage, es ist eine *rei*, keine bloße *iuris vindicatio*, es heißt von ihr: *pignoris iure rem persequitur.* Sie gehört auch, wie die *rei vindicatio, Publiciana* u. s. w., zu den *actiones arbitrariae.* Dieses sowie daß sie die Ausbildung des prätorischen Begriffs des *in bonis* voraussetzt, ist für die Frage der Zeit der Entstehung der *Serviana* nicht ohne Bedeutung. Zu den ersten prätorischen Schöpfungen nach dem Aufkommen des Formularprozesses gehört sie nicht: sie fand schon gewisse Vorbilder vor, denen sie sich anpassen konnte. Es ist eine der wichtigsten der *actiones in factum conceptae* und wohl erst aufgekommen, als die prätorische Jurisdiktion in der Bildung solcher schon Übung und Gewandtheit erlangt hatte.

Nachdem wir den von dem des *Salvianum* ganz verschiedenen Rechtsgedanken dargelegt, der in der *Serviana actio* zum Ausdruck gekommen, wenden wir uns zunächst wieder jenem zu. Auch nur annähernde Gewißheit über die weiteren Schicksale desselben zu gewinnen, kann man nach der Art, wie die Kompilatoren der justinianischen Rechtswerke dasselbe behandelt haben, nicht hoffen. Die Formel desselben wird (wohl absichtlich) nicht mitgeteilt, der ganze betreffende Digestentitel beschränkt sich auf zwei dürftige Fragmente. In neuerer Zeit hat LENEL[2] aus der Übereinstimmung von l. 1 § 1 D. h. t. aus Julian lib. 49 Digestorum und l. 10 pr. D. de pignoribus 20, 1 aus dem 73. Buch von Ulpian's Ediktskommentar geschlossen, daß in der aus Julian entnommenen Stelle ursprünglich von der *Serviana* die Rede gewesen sei, und daß erst die Kompilatoren das *Salvianum* an deren Stelle gesetzt hätten, in Ulpian's Stelle sei die Äußerung Julian's in ihrem ursprünglichen Wortlaut citiert. Wenn ich nun auch durchaus nicht in Abrede ziehen will, daß Ulpian's Äußerung in l. 10 pr. D. cit. von der Julian's in l. 1 § 1 D. cit. abhängig ist, so finde ich doch den Beweis dafür nicht geführt, daß die erste Stelle uns den ursprünglichen Wortlaut von Julian's Äußerung gebe, die l. 1 cit. dagegen einen durch die Kompilatoren in der bezeichneten Weise abgeänderten. Namentlich ermangelt es durchaus an dem Beweise, daß Julian nur von der *Serviana,* nicht von dem *Salvianum* gesprochen, während es vielmehr nahe liegt, daß er eine Vergleichung zwischen *Salvianum* und *Serviana* für gewisse Fälle angestellt hat. Wenn die Kompilatoren die Erwähnungen der *Serviana* in der l. 1 (wenn auch nicht vollständig) unterdrückt haben sollen, so können sie umgekehrt in Ulpian's Stelle Erwähnungen des *Salvianum* getilgt haben. So macht in den Worten *inter ipsos autem si quaestio moveatur* (während es in l. 1 § 1 D. cit. heißt: *inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum*) das *quaestio moveatur* durchaus den Eindruck, als ob dieser unbestimmte Ausdruck an die Stelle des von Ulpian genannten bestimmten Rechtsmittels gesetzt sei. Die l. 1 enthält Ausdrücke, welche gerade für das Interdikt (in seinem ursprünglichen Anwendungsgebiet) charakteristisch sind, nämlich *in fundo pignoris nomine duxerit — pignoris nomine*

[1] HUSCHKE, Studien S. 373. RUDORFF in d. Zeitschr. f. gesch. Wissensch. XIII, S. 25
[2] Zeitschr. d. Savignystiftung III, S. 180 f. Edictum S. 393.

rit. Wenn bei der Erörterung des *interdictum de migrando* in l. 1 § 5 D. de rando 43, 32 gesagt wird: *Illud notandum est praetorem hic non exegisse, n bonis fuerit conductoris, nec ut esset pignori res illata, sed si pignoris nomine ıcta sit*, so wird damit das *interdictum de migrando* in Gegensatz gestellt zur *Serviana*, nicht zum ursprünglichen *interdictum Salvianum*, auch dieses ererte nur das *pignoris nomine inferre*. Müssen wir nun annehmen, daß Julian em ursprünglichen Wortlaut auch von dem *Salvianum* redete, so ist das ltat unausweichlich, daß er dasselbe auch als gegen einen dritten Besitzer rerpfändeten *illata*, einen *extraneus*, als zulässig bezeichnete. Seit dem Aufnen der *Serviana* ist der weitere Fortschritt in der Entwickelung des Pfands unter dem Einfluß des in ihr zuerst zum Ausdruck gekommenen Gens geschehen. Es ist anzunehmen, daß auch das *Salvianum* eine unter Einfluß der *Serviana* stehende Fortbildung erfahren hat. Wahrscheinlich unter der Bedingung, daß die inferierten *invecta et illata* zur Zeit der *tio in bonis* des Verpfänders gestanden, auch gegen den dritten Besitzer ben zugelassen. Damit würde die Fassung der Worte des Gaius IV, 147 instimmen: *Interdictum quoque quod appellatur Salvianum, adipiscendae posses- (causa) conparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni quas is rcedibus fundi pignori futuras pepigisset.* Hier ist die Person des zu Beden unbestimmt gelassen, es wird nicht gesagt, daß das Interdikt nur den Pächter gerichtet ist. Das Moment der Illation ist gar nicht hervorn, aber es ist nur von *rebus coloni*, von dem Pächter zugehörigen Sachen le. Die Stelle ist unverändert in Justinian's Institutionen (§ 3 de interdict. übergegangen, und wird von Theophilus dahin erläutert, daß, wenn der r nicht zahle, das Interdikt *κατὰ παντὸς κατέχοντος* erhoben werde. Zulässigkeit des Interdikts gegen jeden, der die Sachen des Colonus innebezeichnet Theophilus nicht als eine neue Bestimmung, sondern er führt in Erläuterung der mit Gaius genau übereinstimmenden Worte der ionen. Nehmen wir nun an, daß das ursprüngliche Interdikt gegen den , welches nicht voraussetzte, daß die Illaten zur Zeit der Konvention *in* s Pächters waren, sondern nur, daß das *pignoris nomine inferre* statta hatte, neben dem neuen beibehalten war, so ist auch wohl eine Er- von l. 1 C. de precar. et de Salviano 8, 9, nach deren Worten das Inter- gegen den Verpfänder selbst zusteht, möglich. Es ist immer zu berück-, daß die betreffenden Worte in einem Reskript stehen. Die Fassung age bezüglich des dem Kaiser vorgetragenen Falls kann es genügend haben, daß in dem antwortenden Reskript nur auf das ursprüngliche nüber dem Pächter zulässige Interdikt, nicht auf das spätere, erweiterte t genommen wurde. Auch mag es sein, daß das spätere Interdikt allgemein als *interdictum Salvianum* bezeichnet wurde, wie das ursprüngwischen dem neueren *Salvianum*, welches gegen jeden dritten Besitzer der *Serviana* bestanden auch, abgesehen vom Interdiktsprozeß, doch erschiede fort. Auch dies neuere *Salvianum* war *adipiscendae possessionis.* it der Besitz des Pfandes erlangt, so konnte es nach Verlust desselben neuen Besitzer nicht nochmals stattfinden, der Gedanke des dingchts war auch diesem neueren *Salvianum* fremd. Ein anderer Unternoch aus l. 1 § 1 u. l. 2 D. de Salviano 43, 33 zu erkennen. Wenn er in das von zwei Miteigentümern verpachtete Gut seine Sachen *mine* inferiert, so daß jedem der Verpächter die *illata pro parte* ver-

pfändet sein sollen, so ist das *Salvianum* weder gegen einen dritten Besitzer der *illata*, noch gegenüber dem anderen Miteigentümer brauchbar, der Besitz wird hier siegen; denn das *Salvianum* verbietet immer nur Störung in dem *ducere abducere* der Sache, nicht in einem *pro parte abducere*. Nur ein *interdictum utile* mit abgeänderter Formel hätte hier helfen können, ein solches ist aber nie aufgestellt. Hier mußte der einzelne Verpächter zur *utilis actio*, einem (abgeänderten) *Servianum iudicium* greifen. Justinian's Kompilatoren wollten jene alten Unterschiede beim *Salvianum* beseitigen, es sollte nur noch ein *interdictum Salvianum*, welches gegen jeden Inhaber der verpfändeten *illata* angestellt werden könne, geben. Da diesem aber neben der *hypothecaria actio* keine erhebliche Bedeutung mehr beigemessen wurde, so erfuhr es in der Kompilation eine höchst oberflächliche Berücksichtigung, welche, wie hier nochmals hervorgehoben sei, die Ergründung der vorjustinianischen Gestalt dieses Rechtsmittels zu einer so unsicheren macht.

Die *Serviana* war für denselben Fall berechnet, für welchen das *Salvianum* aufgestellt war. Man wird aber bald erkannt haben, daß der in ihr zum Ausdruck gekommene Gedanke eine weit über jenen Fall hinausgehende Tragweite habe: man wird die Erfahrung gemacht haben, wie wünschenswert es sei, daß auch bei anderen Schuldverhältnissen ein Schuldner seinem Gläubiger seine Sachen durch bloßen Vertrag verpfänden könne. Und so wird schließlich (wenn auch zunächst nur im Verkehr mit Peregrinen und unter Peregrinen) der Satz anerkannt sein, daß für jede Art von Obligation jede beliebige, im Vermögen des Verpfänders befindliche Sache durch bloßen Vertrag verpfändet werden könne, mit der Wirkung, daß aus solcher Verpfändung eine nach dem Vorbilde der *actio Serviana* gebildete *actio in rem* gegen jeden späteren Besitzer der verpfändeten Sache gewährt werden könne: *de pignore iure honorario nascitur e pacto actio* (l. 17 § 2 D. de pactis 2, 14). Wann das Edikt des *praetor urbanus* sich in dieser Beziehung dem des *praetor peregrinus* akkommodiert hat, mag dahingestellt bleiben. Es ist möglich, daß längere Zeit darüber vergangen ist. Innerhalb des Verkehrs der römischen Bürger mag man sich lange Zeit mit dem *Salvianum* und der *fiducia* beholfen haben, welche ja beide auf den Peregrinenverkehr keine Anwendung fanden. Eine späte Reception der *hypothecaria actio* in das Edikt des *praetor urbanus* würde es auch erklärlich machen, daß altrömisch gesinnte Juristen sich wenig mit dieser griechischem Muster folgenden Schöpfung der *iurisdictio inter peregrinos* zu schaffen machten. Auf die Frage der Fassung der Formel der *actio quasi Serviana* soll hier nicht näher eingegangen werden. Am zweifelhaftesten und vorläufig nicht spruchreif scheint mir die Frage, ob dieselbe auf — — *convenisse, ut ea res pignori (hypothecae) esset propter pecuniam debitam* oder auf *eam rem* — — *propter pecuniam promissam A° A° pignori obligatam esse* lautete. Für verfehlt halte ich es, zum Behuf des Ausdruckes des Erfordernisses des *in bonis* des Verpfänders zur Zeit der Verpfändung einen besonderen, erst auf die Erwähnung der Konvention folgenden Satz zu bilden (*eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse*). Später ist dann ja auch eine Ausdehnung der *hypothecaria actio* auf das *pignus* im engeren Sinne erfolgt.[1] Dabei ist aber zu beachten, daß das *Salvianum* nie auf das *pignus* übertragen sein kann, denn das *Salvianum* ist *adipiscendae possessionis* und kann dem nicht zustehen, der schon durch das *pignori esse* selbst zum Besitzer des Pfandes gemacht ist.

[1] L. 19 pr. D. de hered. pet. 5, 3 (l. 17 D. de pig. 20, 1) § 7 I. de act. 4, 6.

Weder durch die Übergabe einer Sache zum *pignus* noch durch das *conire, ut res hypothecae sit* war ursprünglich dem Gläubiger das Verkaufsrecht geräumt. Demnächst wurde aber mit dem Verpfändungsakt ein *pactum de vendo pignore* verbunden. Gegen die Ansicht Bachofen's,[1] daß nicht lange vor ian's Blütezeit die Verkaufsberedung gebräuchlich geworden sei, hatte sich on Keller in der Recension von Bachofen's Werk[2] erklärt, indem er seine ieht schließlich dahin zusammenfaßte: „Aus dem ganzen Abschnitt hat ensent nur die Überzeugung nicht schöpfen können, daß das Recht des ndverkaufs jünger als die *quasi Serviana* oder *hypothecaria* sei.“ Es läßt sich r, wie schon Dernburg[3] gezeigt hat, die Geschichte der Verkaufsberedung in die republikanische Zeit zurückverfolgen. Bachofen geht von der Äußeg des Gaius (II, § 62 u. 64) über diese Beredung aus, ohne die älteren Erungen zu berücksichtigen. L. 6 § 8 D. communi dividundo 10, 3: — — *ex pacto vendere eam rem creditor potest, Iulianus ait* zeigt, daß Julian das m kannte. Erwähnt wird dasselbe auch in l. 74 (73) D. de furtis 47, 2 von lenus *libro quinto decimo ex Cassio*, und da Javolenus' Werk nur eine Beitung oder ein Auszug aus dem umfassenderen Werk des G. Cassius Longinus so dürfen wir danach annehmen, daß das *pactum de vendendo pignore* schon assius erwähnt war. Die eingehendere Besprechung, welche dieses *pactum* 8 §§ 3—5 D. de pigneraticia act. 13, 7 im 35. Buch des Pomponius ad ium gefunden hat, läßt mit Sicherheit darauf schließen, daß auch Sabinus lbe kannte. L. 35 D. de pignorib. 20, 1: *Labeo libro primo pithanon a Paulo natorum: Si insula, quam tibi ex pacto convento licuit vendere, combusta est, a debitore suo restituta, idem in nova insula iuris habes* beweist direkt, daß dem Labeo das *pactum* nicht unbekannt war. Endlich kann man aus § 32 D. de iniuriis 47, 10: *Item si quis pignus proscripserit venditurus, tanquam acceperit, infamandi mei causa, Servius ait iniuriarum agi posse* entnehmen, schon Servius ein Recht des Verkaufs des *pignus acceptum* kannte, welches damals natürlich nur auf ein besonderes *pactum* stützen konnte. So geht das Aufkommen des *pactum de vendendo pignore* nachweisbar bis in vorinische Zeit zurück. Daß dieses Resultat zugleich das Aufkommen der *na* bezw. *quasi Serviana* erst unter Augustus oder nach Augustus widerliegt auf der Hand, selbst wenn man mit Keller annehmen sollte, daß echt des Pfandverkaufs nicht jünger, als die *quasi Serviana* sei. Voraus- ig der Gültigkeit des *pactum de vendendo pignore* war ursprünglich wohl, as *pactum* gleich beim *pignori* oder *hypothecae dare* hinzugefügt wurde, wie das *pactum adiectum* sofort dem *bonae fidei contractus* hinzugefügt n mußte. Noch Gaius II, 64 sagt: — — *quod voluntate debitoris intellegitur alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non r*, welches *olim* die Justinianischen Institutionen (§ 1 quib. alienare licet durch *initio contractus* wiedergegeben haben. In der Zeit, in welcher die *vendendi* bereits als zum naturalen Inhalt des Pfandrechts gehörig an- n wurde, betrachtete man es natürlich als gleichgültig, ob die ausdrückAusbedingung dieser Befugnis gleich bei der Verpfändung oder später war. So sagt Ulpian libro 41 ad Sabinum (l. 4 D. de pign. a. 13, 7): *venit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio erum incipit emptor dominium rei habere*, aber daß er ausdrücklich sagt:

[1] Röm. Pfandrecht Nr. VI. [2] Krit. Jahrb. für deutsch. Rechtsw. XI, S. 961 ff.
[3] Das Pfandrecht u. s. w. I, § 8.

„*sive ab initio sive postea*" weist darauf hin, daß es früher, wahrscheinlich auch von dem von ihm kommentierten Sabinus, nicht für gleichgültig angesehen wurde, ob die Beredung *in continenti* oder erst *postea* erfolgte. Die näheren Voraussetzungen der Zulässigkeit des Verkaufs waren ursprünglich gewiß genau in *pactum de vendendo* auszusprechen. Das zeigen deutlich die Erörterungen des Pomponius in l. 8 §§ 3—5 D. de pign. a. 13, 7. Immer war wohl hervorgehoben, daß der Verkauf nur gestattet sein sollte, *si pecunia non solvatur*. Schwierigkeit scheint den römischen Juristen die innere Begründung der auf das *pactum* sich stützenden Verkaufsbefugnis des Gläubigers, der doch nicht Eigentümer der Sache war, gemacht zu haben. Anfangs sagte man, der Gläubiger übertrage mit dem früher kundgegebenen Willen des Verpfänders, also als eine Art Vertreter, dessen Eigentum auf den Käufer. So sagt Gaius, wenn auch, wie es scheint, unsicher, II, 64: *sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est* u. s. w.; und dieselbe Auffassung kehrt noch bei Scaevola wieder in l. 14 § 5 D. de div. temp. praescr. 44, 3: — — *iam enim illo in tempore, quo contrahebas, videris concessisse venditionem, si pecunia non intulisses.* Erst später bei Papinian, Ulpian, Paulus setzt sich die sachentsprechende Auffassung durch, daß der *creditor* im Pfandverkauf ein *suum ius* ausübe.

Daß schon in republikanischer Zeit die Verpfändung derselben Sache an mehrere Gläubiger nacheinander vorgekommen, damals also schon die rechtliche Stellung des Nachhypothekars zur Sprache gekommen sei, ist mir nicht unwahrscheinlich. Man scheint aber den Wegfall des vorstehenden Pfandrechts als eine *conditio iuris* des Bestands des Rechts des nachstehenden Pfandgläubigers angesehen zu haben, und auch bei der Hinzufügung eines *pactum de vendendo* dürfte in demselben ausgedrückt sein, daß ein solcher Verkauf nicht vor dem Wegfall des Rechts des vorstehenden Pfandgläubigers gestattet sei (vgl. namentlich l. 9 § 3 D. qui pot. 20, 4). — Die vermöge des formlosen *pactum de vendendo* eingeräumte Verkaufsbefugnis steht natürlich nur unter prätorischem Schutz: das vermöge der *potestas vendendi* des Gläubigers übertragene Eigentum kann kein quiritisches, sondern nur *in bonis* sein, wenngleich das in den Stellen der iustinianischen Kompilation nirgends gesagt ist.

Die weitere historische Entwickelung des Pfandrechts gehört erst der folgenden Periode an.

Vierte Abteilung.

Die Obligationen und Causae des Vermögensverkehrs.

Erster Titel. Begründung von Obligationen.

I. Verkehrsobligationen.

1. Die *donationis causa*.

§ 150. Auf Grund der *lex Cincia* stand dem Schenker bei einer den *legitimus modus* übersteigenden Schenkung an eine *persona non excepta* ein Rückforderungsrecht zu, welches mit dem Tode des Schenkers oder Beschenkten erlosch. Wie auf anderen Gebieten, griff auch hier das prätorische Recht in einer den Gedanken des Gesetzes stützenden und erweiternden Weise ein. Das prätorische Recht hatte ein Werkzeug, um eine noch nicht vollkommen

ischen Ausführung gelangte Schenkung in dieser Ausführung zu hemmen: *exceptio*. Der Prätor proponierte also zunächst im Edikt eine *exceptio legis ae*, welche sich innerhalb des Rahmens der *lex Cincia* hielt, d. h. sich nur die durch dieses Gesetz verbotenen, also den *legitimus modus* desselben schreitenden Schenkungen an *personae non exceptae* bezog. Während die *ncia*, da sie die ihren *modus* übersteigenden Schenkungen nicht für nichtig rte, kein Mittel besaß, um die Perfektion derselben zu verhindern, konnte prätorischem Edikt jeder Klage auf vollständigen faktischen Vollzug einer n Schenkung jene *exceptio* entgegengesetzt werden, es war damit also hst das Perfektwerden einer solchen Schenkung erschwert. Die Juris- nz unterschied nun zwischen dem *incohare* und dem *perficere donationem*. lage auf Grund einer *donatio incohata*, aber *nondum perfecta* konnte die *ex-* opponiert werden. Das gestaltete sich nun im einzelnen folgendermaßen. erfektion der Schenkung einer *res mancipi* war Manzipation und Tradition erlich, zu der einer *res nec mancipi* (also eines *praedium stipendiarium* und *ium*) genügte Tradition. Handelte es sich aber um eine bewegliche Sache, 3te, um die Schenkung völlig zur Perfektion zu bringen, zur Manzipation radition bezw. zur Tradition noch hinzukommen, daß der Beschenkte das *interdictum utrubi* des Schenkers durch längeren Besitz geschützt War die Schenkung durch Stipulation bewerkstelligt, so war das, was rch *perpetua exceptio* (hier die *exceptio legis Cinciae*) Geschützte zahlte, gezahlt, konnte also mit *condictio indebiti* zurückgefordert werden. *nandi causa* ein formloses *pactum de non petendo* eingegangen, so konnte *ptio pacti* durch eine *replica legis Cinciae* entkräftet werden. Dagegen eine *donandi causa* eingegangene *acceptilatio* bezüglich einer Stipulations- die Schenkung wenigstens zur Perfektion.

neueren Bearbeiter des Edikts stellen sich die *exceptio legis Cinciae* als wendung der unter der Rubrik: *si quid contra legem senatusce consultum sse dicetur* aufgestellten allgemeinen Exceptionsformel: *si in ea re nihil iem (senatusconsultum) factum est* vor. Indessen die *Cinciae legis exceptio*, ausdrücklich genannt wird, reicht doch wohl in eine Zeit zurück, in jenes allgemeine Edikt und die diesem gemäß proponierte allgemeine nsformel noch gar nicht aufgestellt waren. Nach der *inscriptio* der *fragmenta* 298 (Paulus libro LXXI ad edictum ad Cinciam) ist anzu- daß es ein *edictum ad legem Cinciam* gab. Unter der Rubrik *ad Cin-* der Prätor, da es auf Grund der *lex Cincia* selbst nur eine Klage gabe des Geschenkten gab, eine Formel der jeder Klage aus einer *lex Cincia* verstoßenden Schenkung zu opponierenden *exceptio legis* oponiert haben. Im Anschluß daran entwickelten dann die Kommentare, *epta donatio* hinzukommen müsse, um sie zur *perfecta* zu machen. Jenes te in Julian's Redaktion vor dem allgemeinen *si quid contra legem* u. s. w. haben, denn aus der Inskription der Vat. fr. § 298 ist zu schließen, s es auch im 71. Buch seines Ediktskommentars erörtert hat.

der Prätor hat sich mit der Aufstellung der *exceptio legis Cinciae* ügt. Auch die innerhalb des *legitimus modus* sich haltende Schenkung *rsona non excepta* sollte erschwert werden. Dafür reichte aber die auf *lex Cincia* proponierte *exceptio legis Cinciae* nicht aus. Daher propo- Prätor die in Vat. fr. 310 neben der *legis Cinciae exceptio* erwähnte *factum si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum*. Aus

der Fassung derselben, die nichts von der Übersteigung eines *modus* erwähnt, geht hervor, daß sie auch der Klage aus der Schenkung von einem den [illegible] der *lex Cincia* nicht erreichenden Betrage an eine *persona non excepta* opponiert werden konnte. Immer aber wurden solche Schenkungen nicht geradezu, wie die den *modus* übersteigenden, mißbilligt: sie sollten nur erschwert werden. War eine solche Schenkung zur vollständigen faktischen Perfektion gekommen, so konnte die *exceptio in factum* nicht mehr zur Anwendung kommen, und der Geschenkte konnte auch nicht etwa mit einer *condictio* zurückgefordert werden. Anders stand es mit den den *modus* übersteigenden mißbilligten Schenkungen. Auch wenn hier die Schenkung vollständig zur faktischen Perfektion gekommen war, konnte das Geschenkte mit einer *condictio ex iniusta causa* zurückgefordert werden. Ja, wenn der Schenker zufällig wieder in den Besitz des Geschenkten kam, konnte er der *rei vindicatio* des Beschenkten auf Herausgabe die *exceptio legis Cinciae* (welche nicht, wie die *in factum*, mit der völligen faktischen Perfektion der Schenkung erlosch, sondern bei sich bietender Gelegenheit wieder geltend gemacht werden konnte) opponieren.

Der Satz „*morte Cincia removetur*" fand entsprechende Anwendung auch auf die *exceptio legis Cinciae* und die *exceptio in factum*.[1] Wenn der Schenker bis zu seinem Tode die Schenkung nicht widerrufen hatte, so kann die der Klage auf Vollzug der *donatio coepta* vom Erben entgegengesetzte *exceptio legis Cinciae* oder *in factum* durch eine *replica doli* entkräftet werden.

Die *exceptio legis Cinciae* war eine *exceptio in rem*, d. h. die *exceptio* oder *replica* konnte auch gegen Dritte vorgeschützt werden, an welche der Beschenkte die Sache durch Manzipation oder Tradition weiter veräußert hatte. Ob sie aber als *rei* oder als *personae cohaerens* aufzufassen sei, scheint unter den Proculianern und Sabinianern bestritten gewesen zu sein.

2. Der Kauf. *Aedilicium edictum* und *aediliciae actiones*.

§ 151. Mit der polizeilichen Aufsicht der Ädilen über den Handel verband sich eine den Handel mit Sklaven und Vieh betreffende Jurisdiktion der *aediles curules*. Daß sie ständig mit der Überwachung des Sklaven- und Viehhandels zu thun hatten, wird der Grund gewesen sein, daß ihnen (wohl durch ein Gesetz) eine auf diesen Handel bezügliche Spezialjurisdiktion übertragen wurde. Die Frage, ob diese Spezialjurisdiktion die generelle der Prätoren ausschloß, oder eine mit derselben konkurrierende war, wäre eine ziemlich müßige; denn faktisch jedenfalls haben die Prätoren die besonderen Klagen, welche die Ädilen einzuführen für notwendig oder zweckmäßig erachteten, nicht auch in ihrem Edikt proponiert; sie haben daher ohne Zweifel diese Aktionen auch nicht erteilt, sondern die Erteilung derselben den Ädilen überlassen. Keine Spur spricht dafür, daß auch die Prätoren auf Antrag eine *actio redhibitoria* oder *actio quanti minoris* gewährt haben. Das spricht aber dagegen, daß die Spezialjurisdiktion der Ädilen sich nur auf die auf dem Markt (bezw. bestimmten öffentlichen Plätzen) abgeschlossenen Verkäufe beschränkt habe, wie

[1] Das Erlöschen des Widerrufrechts mit dem Tode des Schenkers gründet sich wohl auf eine besondere Bestimmung der *lex Cincia:* es darf nicht daraus erklärt werden, daß die Schenkung *contra Cinciam* wie eine *mortis causa donatio* aufgefaßt sei. Sonst hätte die *duplicatio doli* wegen der bis zum Tode dauernden *voluntas* des Schenkers nicht auch einem *Latinus* zugestanden werden können, der, wie er *ex testamento* nicht *capere*, auch keine *mortis causa donatio* empfangen kann. Gai. I, 24, Fr. Vat. § 259.

manche annehmen. Daß die nicht auf dem Markt abgeschlossenen Ver-
e keine solche besondere Hilfe, wie sie in der *actio redhibitoria* namentlich
, verdienten, läßt sich doch gewiß nicht behaupten. Daß der Prätor sie aber
ihrt habe, ist unwahrscheinlich, da sich nicht die geringste Hindeutung
uf findet. Andererseits scheinen die Ädilen die ihnen übertragene Spezial-
diktion nur in dem Sinne gehandhabt zu haben, daß sie ihre polizeiliche
rwachung des Handels mit Sklaven und Vieh durch Gewährung geeigneter
en noch verschärften: diese Klagen tragen, wie wir noch sehen werden, einen
artigen Charakter an sich. Handelte es sich um Gewährung der gewöhn-
n Aktionen aus den auf dem Markt geschlossenen Kaufverträgen über
ven oder Vieh, so wandte man sich nicht an die Ädilen, sondern an den
or urbanus oder *peregrinus*; es fehlt an jeder Spur davon, daß der Ädil
gewöhnliche *actio emti* gegeben habe. Zu dieser Annahme wird man
dadurch genötigt, daß die Ädilen ihre Spezialjurisdiktion nicht bloß in
tigkeiten zwischen römischen Bürgern, sondern auch in solchen zwischen
schen Bürgern und Peregrinen bezw. zwischen Peregrinen zu handhaben
n. Man kann unmöglich annehmen, daß der *praetor urbanus* die *actio*
oder *venditi* einem römischen Bürger gegen einen Peregrinen bezw. einem
grinen gegen einen römischen Bürger nicht gewähren durfte, wohl aber
Ädil. Nur die zur Durchführung ihrer polizeilichen Vorschriften auf-
llten Klagen konnten die Ädilen gewähren, diese aber ohne Unterschied,
ie Parteien römische Bürger oder Peregrinen waren. Auch die Klagen
len nach ihrem Edikt zu leistenden Garantiestipulationen werden sie ge-
t haben. Derselbe Vertrag also, auf dem Markt oder nicht auf dem
t abgeschlossen, konnte, je nach der Art der *actio*, welche der Recht-
nde begehrte, die Jurisdiktion der Ädilen oder der Prätoren begründen.
den eminent polizeilichen Charakter des ädilitischen Edikts und der ädi-
nen Jurisdiktion weist denn auch hin, daß gerade die Ädilen in ihrem
; den Imperativ gebrauchen, der in den Edikten der Prätoren vermieden

Wenn im Anfange des in l. 1 § 1 D. de aedil. ed. 21, 1 überlieferten
s erst der Konjunktiv *(certiores faciant emtores)*, dann sehr bald darauf der
rativ gebraucht ist, so deutet bereits dieser Wechsel des Modus, worauf
Bechmann[1] aufmerksam gemacht hat, auf Interpolation hin. Wir wissen
auch aus Gell. N. A. IV, 2, 1, daß der Anfang des ädilitischen Sklaven-
s nicht so, wie er in den Digesten überliefert ist, lautete. Bei Gellius
es: *In edicto aedilium curulium, qua parte de mancipiis vendundis cautum
scriptum sic fuit: Titulus scriptorum singulorum scriptus sit curato ita, ut
gi recte possit, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave
s non sit.* Hier statt des Wortes *scriptorum* mit Rudorff[2] und Bechmann[3]
um zu lesen, ist gar kein Grund vorhanden, das *scriptorum* bezieht sich
inen vorhergegangenen, von Gellius nicht mitgeteilten Satz und muß in
n seine Erklärung finden. Dieser kann nun nicht, wie Rudorff annimmt,
tet haben: *Qui mancipia vendit*, sondern ist so herzustellen: *Qui mancipia
a proscribit*, auf dieses vorhergenannte *proscribere* bezieht sich das folgende
rum. Die Sklaven wurden der Sitte nach in einem öffentlichen Anschlag
r zum Verkauf angeboten, und bei dem Namen, der Bezeichnung (*titulus*)
inzelnen in diesem *scriptum* oder *proscriptum* angeführten Sklaven *(scrip-*

[1] Der Kauf nach gem. Recht I, S. 399. [2] De jurisd. edictum p. 261 n. 2.
[3] A. a. O. S. 400.

torum singulorum) sollten die genaueren durch das Edikt bezeichneten Angab sich schon finden, also nicht erst in der *lex venditionis*, in welcher sie n wiederholt werden sollten. Auf solche Wiederholung deutet auch das bei d jetzigen Fassung des Edikts unverständliche *eademque omnia quum ea mancipia venibunt — — pronuntianto*, welches Heloander in *eaque* abändern woll Heißt es doch auch in Bezug auf eine verwandte Frage bei Gell. VI (VII), 4.: *Cuius rei causam esse ait (sc. Caelius Sabinus), quod eiusmodi conditionis mancip insignia esse in vendundo deberent, ut emptores errare et capi non possent, neve lex vendundi opperienda esset, sed oculis iam praeciperent, quidnam esset mancipiorum genus.* Solches vorhergehendes *proscribere* war damit nicht etwa vorgeschrieben, aber, wenn es geschah, sollte es die genauen Angabe enthalten. Es konnten, wenn ein vorhergehendes Feilbieten stattfand, auch durch andere herkömmliche Zeichen bestimmte Mängel oder Eigenschafte der Feilgebotenen verständlich genug angezeigt werden. Fand gar kein vorhergehendes Feilbieten statt, so brauchten natürlich die Mängel erst in der *lex venditionis* angezeigt zu werden. Da das Feilbieten in einem schriftlichen *proscriptum* geschehen konnte, so folgt aus der Erwähnung des *titulus* in dem v Gellius überlieferten Ediktsstück nicht, daß sich dasselbe nur auf Marktverkäufe bezog. Was hinderte den Feilbietenden, solche Anschläge etwa a seinem eigenen Hause zu machen? Daß aber die Unterlassung der vorgeschriebenen Angaben in einem vorhergehenden *proscriptum* nur polizeiliche Strafe nach sich gezogen, keine privatrechtliche Bedeutung gehabt habe, darf man nicht mit BECHMANN[1] annehmen, denn die Vorschrift bildete einen Bestandteil nicht etwa eines beliebigen Edikts der Ädilen, sondern des *edictum iurisdictionis causa propositum.* Wenn nicht schon in dem *proscriptum* angegeben war, daß der betreffende Sklave *sanus*, kein *fugitivus* sei u. s. w., so konnte, auch wenn sich nach Verkauf und Tradition noch gar kein Fehler gezeigt hatte innerhalb einer bestimmten Frist auf Redhibition geklagt werden. Der Grund aus welchem später die Pflicht, beim Feilbieten der Sklaven in einem *proscriptum* die Angaben bezüglich der Gesundheit derselben u. s. w. zu machen nicht mehr erwähnt wurde, liegt darin, daß später dem Verkäufer eine andere Verpflichtung, welche jene ersetzte, auferlegt wurde. Aus l. 28 D. h. t. (Gaius ersehen wir, daß, wenn der Verkäufer nicht *de his quae edicto aedilium curulium* Kaution stellte, die Ädilen gegen ihn binnen zwei Monaten eine *actio redhibitoria* oder binnen sechs Monaten eine Klage auf *quanti emptoris interest* versprachen. Der Verkäufer soll also in einer Stipulation zusagen, *hominem* u. s. w., *sanum esse, fugitivum non esse* u. s. w. Wenn er diese Kaution nicht leistet, so kann, bevor irgend ein *morbus* oder ein *vitium* hervorgetreten ist, eine *actio redhibitoria* erhoben werden, oder auf *quanti emptoris interesit* geklagt werden. Näher soll auf diese Verpflichtung erst später eingegangen werden. Hier kam es nur darauf an, zu konstatieren, daß das Edikt der Ädilen in betreff der angegebenen Punkte eine Änderung erfahren hat, und muß dies schon vor Gellius eingetreten sein, denn dieser sagt: *In edicto aedilium curulium — scriptum sic fuit.* Das Julianische Edikt kann danach die von Gellius angegebene Fassung nicht mehr gehabt haben, womit freilich noch nicht gesagt ist, daß das Edikt die uns überlieferte Fassung schon in der Julianischen Redaktion gehabt habe. Jene ist, wie bereits BECHMANN gezeigt, derartig, daß man sie dem Julian nicht zutrauen möchte.

[1] A. a. O. S. 400.

Ein anderes, wodurch das uns überlieferte Edikt zu denken giebt, ist, ß es der *actio quanti minoris* keine Erwähnung thut. Daß sie in der That diesem Edikt nicht etwa erwähnt war und die Erwähnung nur durch Zufall er Interpolation ausgefallen ist, kann meines Erachtens nicht wohl bezweifelt rden, denn alles folgende über Prästationen und Nebenprästationen des ufers und Verkäufers bezieht sich nur auf die Rückgängigmachung des ufs *(ut ea omnia restituat. Item — ut recipiat).* Bechmann[1] nimmt an, daß die *io quanti minoris* zuerst durch das Jumentenedikt eingeführt und dann erst den Sklavenverkauf analog angewendet worden sei. Mir scheint, daß uns r eine von Caelius Sabinus in seiner Schrift über das Edikt der *aediles ules* berichtete und von Gellius IV, 2, 5 aufbewahrte Äußerung des Labeo iges Licht bringt: *Sed cui morbus est, idem etiam vitiosus est. Neque id tamen ra fit: potest enim, qui vitiosus est, non morbosus esse. Quamobrem, cum de ine morboso agetur, neque, inquit, ita dicetur: ‚Quanto ob id vitium minoris erit.‘* ıach ist wohl anzunehmen, daß wegen eines *vitium*, dessentwegen ein Sklave ıt als *morbosus* bezeichnet werden konnte, nicht redhibitorisch, sondern nur der *actio quanti minoris* geklagt werden konnte. Das uns überlieferte Edikt ieht sich nur auf *morbus* und dem *morbus* gleichstehendes *vitium*, dessenten der betreffende Sklave auch als *morbosus* bezeichnet werden konnte. Grund dieses Edikts wurde nur eine *actio redhibitoria* gewährt. Daneben es früher ein Edikt der Ädilen, welches wegen *vitia*, und zwar auch solcher, ıntwegen ein Sklave nicht als *morbosus* bezeichnet werden konnte, eine *actio ıti minoris* versprach. Wegen *morbus* konnte man also entweder nach dem en Edikt auf Redhibition, oder, da der *morbosus etiam vitiosus est*, nach dem ıten Edikt auf Preisminderung klagen. Wegen eines *vitiosus*, der nicht *bosus* ist, konnte man nur nach dem zweiten Edikt auf Preisminderung klagen. n hatte es einen praktischen Grund, warum die *iure consulti veteres quaesierunt, ‚mancipium morbosum‘, quidve ‚vitiosum‘ recte diceretur quantumque ‚morbus‘ ‚vitio‘ differret.* Hätte solcher praktischer Grund nicht bestanden, so wäre eingehende Untersuchung, ob ein leibliches Übel *morbus* oder *vitium* sei, ı juristisches Interesse gewesen; juristisches Interesse hätte nur gehabt, ob Übel überhaupt ein solches sei, daß es für die ädilitischen Klagen (die oder die andere) in Betracht kommen könne. In dem jüngeren Edikt *de ntis* wurde dann aber wegen *morbus* oder *vitium* unterschiedslos dem Käufer *iudicium de iumentis inemtis faciendis* oder *quo minoris cum venirent fuerint* seiner Auswahl gegeben. Das scheint auf das Recht bezüglich der *man-* zurückgewirkt zu haben. Nach dem Digestenrecht steht auch dem Käufer ı Sklaven wegen *morbus* oder *vitium* unterschiedslos nach seiner Auswahl *iudicium redhibitorium* oder ein *iudicium quanti minoris* zu. Wie diese ɜrung durchgesetzt ist, ob durch eine entsprechende Änderung der in das ɾianische Edikt aufgenommenen Klagformeln, welche etwa die Worte *morbus vitium, morbosus* und *vitiosus* in beide Formeln, die der *redhibitoria* und ler *quanti minoris* aufnahm, ist nicht mehr zu erkennen. Das besondere *ıctio quanti minoris* verheißende Edikt ist in den Digesten weggelassen.

Wir wollen nun zunächst feststellen, für welche verschiedenen Fälle auf ıd des Sklavenedikts oder neben demselben Klagen gewährt wurden. Zuɜt wurde ein *iudicium* gewährt, wenn sich dem Edikt entsprechender *morbus* solches *vitium* herausstellte, dessen Vorhandensein beim Kauf nicht ange-

[1] A. a. O. S. 409.

geben war, also wie es in l. 48 § 7 D. h. t. kurz heißt: *cum de sanitate agitur*. Sodann gab es eine besondere *actio* auf Redhibition *ex illa parte*, qua *dixit promisitve*. Eine als *in factum actio* bezeichnete Klage auf Rückgabe des Preises wurde nach l. 31 § 17 D. h. t. gewährt, *si mancipium redhibitum fuerit*, also wenn freiwillig der betreffende Sklave zurückgenommen war. Einzelne Fälle, die nicht unter den Begriff von *morbus* oder *vitium* oder der mit ihnen unmittelbar zusammengestellten einzelnen *animi vitia* fallen, sind im Edikt als klagbegründend noch besonders hervorgehoben, nämlich das *capitales fraudes admisisse*, das *mortis consciscendae sibi causa quid fecisse*, das *in arenam ad pugnandi causa ad bestias intromissum fuisse*. Daß der betreffende Sklave in einem dieser Fälle gewesen sei, soll auch beim Verkauf ausdrücklich ausgesprochen werden. Auch in diesen Fällen soll (bei Nichtanzeige derselben) Klage gegeben werden: *Ex his causis iudicium dabimus*. Wahrscheinlich sind diese Fälle nicht von Anfang an, sondern erst später im Edikt aufgeführt. Anderenfalls würden sie wohl gleich in Anschluß an jene *vitia animi*, und nicht erst nach Angabe der Prästationen des Verkäufers und Käufers bei der Redhibition angeführt sein. Den Schluß dieses ersten Edikts bildet der Passus: *hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus*. Man bezieht diese Worte gewöhnlich auf Fälle, in denen der Verkäufer dolos einen *morbus* oder ein *vitium* des Sklaven verschwiegen habe. Dann würde, wie zugegeben wird, die Bestimmung durchaus überflüssig sein, da ja bei Nichtangabe des Fehlers die *redhibitoria* begründet ist, einerlei, ob der Verkäufer ihn gekannt hat oder nicht. Daß die von Juristen beratenen Prätoren solche *superflua* ins Edikt aufgenommen haben sollten, daß selbst ein Julian sie geduldet haben sollte, halte ich nicht für möglich. Meines Erachtens war der Passus gegen das *in fraudem edicti* Handeln gerichtet: es soll die *redhibitoria* auch gegeben werden, wenn der Verkäufer zwar den Worten des Edikts gemäß, aber dolos gegen den Sinn desselben handelt.

An dieses größere Sklavenedikt haben sich nun aber noch verschiedene speziellere mit entsprechenden Klagformeln angereiht.

In einem besonderen Edikt bestimmten die Ädilen, daß, wenn der Verkäufer nicht bezüglich dessen, was in ihrem (vorhergehenden) Edikt enthalten sei, Kaution leiste, gegen ihn binnen zwei Monaten ein *iudicium redhibitorium* oder binnen sechs Monaten ein *iudicium quanti emtoris interest* gegeben werden solle. Eine von manchen vertretene Meinung geht dahin, das ädilitische Edikt habe nicht ein Versprechen des Doppelten für den Fall des Vorhandenseins nicht angezeigter Krankheiten und Fehler verlangt, sondern nur ein einfaches Versprechen. Geleugnet wird nun nicht, daß auch die *stipulatio aedilicia*, d. h. das im Edikt der Ädilen vermöge ihrer *iurisdictio* proponierte Stipulationsformular, als eine *stipulatio duplae* bezeichnet werde. Dies will man aber daraus erklären, daß in dieser Stipulation für den Fall der Eviktion die *dupla (pretii)* versprochen sei: da nun diese Stipulation mit der über die Abwesenheit nicht angezeigter Mängel in ein Formular zusammengezogen sei, so führe das Ganze den Namen: *stipulatio duplae*. Indessen hier zieht man Schlüsse aus der nötigenfalls vom *iudex* bei der *actio emti* auf Grund der civilrechtlichen Verpflichtung zur Kautionsstellung erzwungenen *stipulatio duplae* auf die ädilicische, in

[1] Windscheid, Pandekten 6. Aufl. II, S. 512 A. 8a. Wlassak, Zur Gesch. der negotio S. 173 f. Hanausek, Haftung des Verkäufers S. 22 A. 8.

ilenedikt proponierte *stipulatio*. Daß die letztere auch ein Versprechen wegen
iktion enthalten habe, will man aus l. 37 § 1 D. de evict. 21, 2 entnehmen,
im Anschluß an die Besprechung des *duplam promittere* beim Kauf von
pian gesagt wird: *per edictum autem curulium etiam de servo cavere venditor
etur.* Daß in dieser *stipulatio aedilicia* die *dupla* für den Fall der Eviktion
rsprochen werde, wird gar nicht gesagt. Es soll nur hervorgehoben werden,
ß nicht bloß nach Civilrecht, wie es durch den Prätor bezw. den *iudex* ge-
ützt wird, ein *duplam promitti oportere* des Verkäufers stattfinde, sondern
ß bezüglich der Sklaven auch das ädilicische Edikt eine Verpflichtung zum
lam promittere auferlege. Nirgends wird aber sonst eine solche durch das
ilenedikt auferlegte Verpflichtung zum *cavere* wegen Eviktion erwähnt, denn
ch l. 5 § 1 D. de verb. obl. 45, 1: *item duplae stipulatio venit ab iudice aut
aedilis edicto* geht nicht auf den Inhalt der *duplae stipulatio* ein und beweist
ht, daß auch in der ädilicischen Stipulation die *dupla* für den Fall der
iktion versprochen wurde. In l. 32 pr. D. de evict. 21, 2 ist von der *duplae
ulatio* auf Grund des Ädilenedikts nur mit Bezug auf die Haftung für Mängel
verkauften Sklaven die Rede: *cum quis stipulatur ‚fugitivum non esse, erro-
non esse' et cetera quae ex edicto aedilium curulium promittuntur.* — Klare
skunft würde wohl l. 58 § 1 D. de aed. ed. 21, 1 gewähren, wenn sie unver-
ben überliefert wäre: *Item quaero, si nolit (sc. venditor) aestimationem et pretia
m* (zu lesen mit Mommsen etwa: *aestimationem rerum (ablatarum)*) *et pretium
vi) restituere, an servus retinendus sit et danda sit actio de peculio vel de pretio red-
ti servi ex duplae stipulatione. Paulus respondit de pretio servi repetendo competere
nem etiam ex duplae stipulatione.* In dieser an l. 57 § 1 sich anschließen-
l. 58 pr. § 1 ist als Verkäufer des Sklaven ein Sklave gedacht. Bei sich
ausstellendem ediktsmäßigen Mangel kann, wenn der Sklave, weil der Ver-
fer seinen Verpflichtungen bei der Redhibition nicht nachkommt, retiniert
l, einmal die *actio de peculio redhibitoria* gegen den Herrn des Verkäufers
Rückgabe des *pretium* des beim Käufer bleibenden Sklaven angestellt
den; es wird dieser Erklärung entsprechend zu lesen sein: *et danda sit actio
ibitoria de peculio* (oder *de peculio redhibitoria*) *de pretio servi vel ex duplae
latione.* Oder es kann auch aus der *duplae stipulatio* auf Rückgabe des
ium des verkauften Sklaven geklagt werden. Hier wird also aus der *duplae
latio* nur deshalb auf Rückgabe des einfachen *pretium* geklagt, weil der
fer in dem erörterten Fall den Sklaven behält. Auf die *dupla pretii* kann
rlich nur geklagt werden, wenn der Sklave zurückgegeben wird. Aus der
rechtlichen *stipulatio duplae* kann wegen eines Fehlers nach l. 32 D. de
t. 21, 2 nicht etwa auf Rückgabe der *simpla* oder gar *dupla* des Preises,
lern nur auf *quanti minoris propter morbum* u. s. w. *empturus fuerit* geklagt
len. Die Formel der im Ädilenedikt proponierten *stipulatio duplae* ist uns
t überliefert. Bei dem Versuch einer Rekonstruktion dürfen keinesfalls als
ter die auf den Siebenbürgner Wachstafeln erhaltenen Kaufurkunden benutzt
len. Diese bieten Beispiele der gewöhnlichen *duplae stipulatio*, wie sie, wenn
t freiwillig geleistet, vom *iudex* im *iudicium empti* auferlegt werden konnte.
ädilicische *stipulatio duplae* bezog sich nur auf Mängel der verkauften Sache,
in Bezug auf diese aber strenger, insofern gegen Rückgabe der Sache auf Rück-
der *dupla* des Preises geklagt werden konnte. Ob dieselbe so gefaßt war, daß
Wahl des Käufers wegen *morbus* u. s. w. auch auf Preisminderung geklagt
en konnte, das mag dahingestellt bleiben: wenigstens möchte ich es nicht

mit Sicherheit aus der hauptsächlich von der civilrechtlichen *stipulatio* handelnden l. 32 cit. (Ulpianus libro quadragesimo sexto ad Sabinum) entnehmen.

Eine besondere Ediktsklausel muß sodann den Sklavenverkäufern auferlegt haben, beim Verkauf anzugeben, aus welcher Nation der Sklave herstamme, denn manche Nationen waren geschätzt, andere verrufen; auch wurden bestimmte Nationalitäten für gewisse Beschäftigungen als besonders tauglich angesehen. Die Nationalität des Sklaven konnte vom Kauf ganz abschrecken und übte auf das Preisangebot einen wesentlichen Einfluß aus. Varro de l. l. 9, 33 sagt *itaque in hominibus emendis si natione alter est melior, emimus pluris.* Wenn also die Nationalität nicht angegeben ist, so wird auch deshalb *emtori omnibusque ad quos ea res pertinebit* eine *actio redhibitoria* gegeben.[1]

Für den Fall sodann, daß der Sklave dem Käufer innerhalb einer festgesetzten Frist nicht gefallen sollte, versprachen die Ädilen eine *in factum actio ad redhibendum,* für den Fall, daß keine Frist verabredet war, binnen 60 Tagen *utiles.* Nach Ablauf dieser Frist soll *causa cognita* die Klage gewährt werden.[2]

Besondere Bestimmungen hat sodann das Ädilenedikt für den Fall, daß ein Sklave als Zugabe zu einem anderen Kaufobjekt verkauft wurde, enthalten. Solchen Falls soll der Verkäufer z. B. bezüglich des mit einem Grundstück verkauften Sklaven dasselbe angeben und versprechen müssen, wie wenn der Sklave Hauptobjekt des Verkaufs wäre.[3] Doch soll nach besonderer Bestimmung der Ädilen ein Sklave nicht einem Kaufobjekt minderer Dignität als Zugabe beigegeben werden können, damit nicht wegen ediktsmäßigen Fehlers des minderwertigen Hauptgegenstands des Kaufs Redhibiton eines ganz tadellosen Sklaven als Accession jenes Hauptgegenstandes, im Widerspruch mit dem wahren Sinne des Edikts, erlangt werden könne.[4] — Eine besondere Bestimmung des Ädilenedikts verbot, einen *veterator* für einen *novicius* zu verkaufen: ist dies doch geschehen, so soll Redhibition verlangt werden können.[5] Unter einem *veterator* ist nicht etwa bloß ein alter abgebrauchter Sklave zu verstehen, sondern ein solcher, der bereits zu einer bestimmten Dienstweise gebraucht ist, während unter dem *novicius* der *rudis* verstanden wurde, der noch nicht zu bestimmtem Dienst gebraucht ist, also noch leichter für jeden Dienst verwendet bezw. ausgebildet werden kann. Im Verkehr pflegte der *novicius* teurer, als der *veterator* bezahlt zu werden. Es soll also der *veterator* nicht betrügerisch, durch allerlei Vorspiegelungsmittel für einen *novicius* ausgegeben werden.

Eine weitere besondere Ediktsbestimmung betraf, wie Lenel[6] mit Recht gegen Rudorff[7] annimmt, die Sklavenverkäufe der zu einer *societas* vereinigten Sklavenhändler. Haben sie als *socii* zusammen verkauft, ohne sich etwa als Gesamtschuldner haftbar zu machen, so könnte an sich gegen jeden einzelnen Verkäufer nur zu der *portio,* zu welcher er *socius* war, geklagt werden; der Käufer würde also möglicherweise genötigt sein, gegen viele zu klagen. Um ihm dies zu ersparen sind ihm die *aediliciae actiones* versprochen auch gegen einen einzigen der Verkäufer, vorausgesetzt, daß dessen Sozietätsanteil *maior aut nulla parte minor* war.

Nachdem nunmehr die uns hier interessierenden Vorschriften des Ädilenedikts dargelegt sind, müssen jetzt die Klagen ins Auge gefaßt werden. Von den mehreren möglichen Intentionen der *actio redhibitoria* soll die eine, nämlich die, welche alle Fälle der Redhibition wegen nicht angezeigter Mängel umfaßt,

[1] L. 31 § 21 D. h. t. [2] L. 31 §§ 22 u. 23 D. h. t. Fr. Vat. 14. [3] L. 32 D. h. t.
[4] L. 44 pr. D. h. t. [5] L. 37 D. h. t. [6] Edictum S. 448 Nr. 10.
[7] De jurisd. ed. § 310 II.

utet haben: *Si — — — paret in ea causa fuisse, ut redhiberi debeat . . .* (auch UDORFF's Formel findet sich das *in causa redhibitionis esse,* nur daß dieser statt *fuisse* setzt). Meines Erachtens hat die Formel derartige Worte nicht lten. In allen Fällen, in welchen eine *actio redhibitoria* zulässig ist, kann sagen: das verkaufte Objekt *in causa fuit, ut redhiberi debeat,* z. B. auch in Falle, daß *adversus dictum promissumve* oder daß ein *veterator* als ein *novicius* uft war. Die Worte können also nicht die einer der verschiedenen For- der *redhibitoria* eigentümliche *intentio* enthalten. L. 7 § 1 D. h. t.: *Cum itoria actione de sanitate agitur, permittendum est de uno vitio agere et prae- ut, si quid aliud postea apparuisset, de eo iterum ageretur,* deutet darauf aß die *intentio* der *redhibitoria* auf Grund des Hauptedikts die Krankheit hob, etwa so: *Si paret, mancipium, quod A° A° de N° N° emit, morbosum, cum , fuisse, ita ut ex edicto nostro redhiberi debeat* u. s. w., bei welcher *intentio* h viel natürlicher erscheint, daß es gestattet war, durch eine *praescriptio* rzubehalten, *si quid aliud vitium postea apparuisset,* deshalb wiederholt zu

Einer solchen *praescriptio* bedurfte es aber jedenfalls, um sich Klage eines anderen Fehlers vorzubehalten. Eine besondere *intentio* wird dann loß die mehrfach besonders hervorgehobene *actio adversus dictum pro- e*[1] gehabt haben, sondern auch die *actio* wegen nicht geleisteter *stipulatio* lie wegen nicht angegebener Nationalität des Sklaven, die wegen *displicere* b der verabredeten Frist, endlich die, welche zustand, *si veterator pro emit.* Danach ist es klar, daß schon im Hinblick auf die verschiedenen der *actio redhibitoria* von mehreren Klagen, von *aedilitiae actiones* geredet konnte.

ist bekanntlich in neuerer Zeit Gegenstand des Streits geworden, ob *redhibitoria* auf das Doppelte des Kaufpreises oder auf den einfachen s gegangen sei. Die eine Ansicht sieht die Klage als eine gewöhn- *traria* an, läßt also die Haftung des Verkäufers nur bei Nichtbefolgung rlichen Befehls zur Redhibition *in duplum* wachsen. Die andere neuere , daß der Verkäufer, wenn er nach richterlichem *arbitrium* auf Re- des Kaufgeldes das letztere nicht zahlte, zum doppelten, wenn er aber mer noch zum einfachen Betrage desselben verurteilt sei.[2] Gegen tere Ansicht wendet ECK ein, wenn wirklich die Formel den Kon- sbefehl an die Bedingung: *si — — pecunia — non reddetur,* geknüpft ei es doch ganz undenkbar, daß auf den entgegengesetzten Fall, d. h. 'all gutwilliger Erfüllung des *arbitrium iudicis* immer noch die Kon- zum *alterum tantum* (soll wohl heißen *simplum*) geboten gewesen sein sei das dem Begriff des *arbitrium de restituendo* zuwider, dessen Be- ch die Kondemnation abwenden solle. Bezüglich der l. 45 D. h. t., er Auffassung entgegensteht, schließt sich ECK BECHMANN[3] an, welcher *si vero reddat pretium et accessionem — — — — simpli videtur con-* nin erklärt, daß in diesem Falle überhaupt formell gar keine Kon- sondern eine Freisprechung vorliege, die nur wie eine Verurteilung n sie die vorhergehende Befolgung des *arbitrium iudicis* voraussetze. fügt dem ECK hinzu, es sei Unterwerfung des Beklagten unter das *restituendo* gemeint, und somit *condemnatio* im uneigentlichen Sinn

1; l. 47 pr.; l. 52; l. 64 § 1 D. h. t.
ie Litteraturangaben bei ECK: Das Ziel der *actio redhibitoria,* in der Festgabe R S. 187, 188. [3] A. a. O. S. 403, 404.

für Aufforderung, Schuldigerklärung, Nötigung durch Richterspruch gebraucht. Allein Gaius, der, wie wir wissen, im römischen Formularprozeß nicht ganz unerfahren war, hat bei den Eingangsworten der Stelle: *Redhibitoria actio dupli-cem habet condemnationem* unverkennbar die Formel der *redhibitoria* vor Augen, welche eine *duplex condemnatio* enthält,[1] und wenn er dann fortfährt: *modo enim in duplum, modo in simplum condemnatur venditor,* so kann er unmöglich in einem Atem mit dem *condemnatur* in einem Falle die formelle richterliche *condemnatio* im anderen Fall nur die *condemnatio* im uneigentlichen Sinn, d. h. die richterliche Aufforderung zum *redhibere,* bei deren Befolgung die Absolution eintrete, gemeint haben. Völlig deutlich ist aber auch die Äußerung Ulpian's in l. 31 pr. D. h. t.: *Quodsi nolit venditor hominem recipere, non in maiorem summam, inquit, quam in pretium ei condemnandum.* Wenn, sagt er, der Verkäufer den mangelhaften Sklaven nicht zurücknehmen, ihn dem Käufer lassen will, dann ist er auf keine größere Summe, als auf das *pretium,* zu verurteilen. Also wenn er den Sklaven zurücknimmt infolge des *arbitrium de restituendo,* dann ist er *in maiorem summam* nämlich die *dupla* zu verurteilen. Und gleich darauf wiederholt er: *ceterum poterit evitare praestationem venditor, si nolit hominem recipere, quo facto pretii praestationem eorumque quae pretium sequuntur solam non evitabit.* Also: auch im Fall, daß er den Sklaven dem Käufer überläßt, wird der Verkäufer der *sola pretii praestatio* u. s. w. nicht entgehen, womit klar genug darauf hingedeutet ist, daß er, falls er den Sklaven zurückerhält, mit der *sola pretii praestatio* nicht abkommt, sondern in die *dupla pretii* kondemniert wird. Ganz dasselbe spricht aus l. 23 § 8 D. h. t.: *quid ergo, inquit Iulianus, si noluerit venditor hominem recipere? non esse cogendum eum nec amplius quam pretio condemnabitur.* Also nur in dem Falle, daß er infolge des *arbitrium* auf *redhibere* den Sklaven dem Käufer beläßt, braucht er einmal nichts wegen des von dem Sklaven dem Käufer zugefügten Schadens zu ersetzen und wird auf nicht mehr als das *pretium* verurteilt. Eck's Folgerungen beruhen wesentlich auf der Annahme, daß die *redhibitoria* eine gewöhnliche *arbitraria actio* sei, was zu leugnen ist. Sie ist nur dem äußeren Scheine nach eine *arbitraria*; in Wahrheit ist sie ursprünglich eine Strafklage, als welche sie ja auch mit dürren Worten von Ulpian in l. 23 § 4 D. h. t. bezeichnet wird. Dieser Charakter der Klage bleibt nun noch näher darzulegen. Auf Grund der Äußerungen der späteren römischen Juristen faßt man gewöhnlich die Haftung des Verkäufers für nicht angegebene Mängel nach dem ädilitischen Edikt als eine Erweiterung der kontraktlichen Haftung auf. Indessen die kontraktliche Haftung anders zu gestalten, sie zu erweitern, lag gar nicht in der Macht der Ädilen. Vermöge ihrer polizeilichen Gewalt schreiben sie vor, daß beim Verkauf gewisse Mängel anzugeben seien, und gewähren für den Fall der Nichterfüllung ihres Gebots, wenn sich demnächst solche Mängel herausstellen, dem Käufer gewisse Klagen. Diese Klagen erscheinen also als eine Strafe der Außerachtlassung des ädilitischen Gebots. Die Ädilen wollten den *fallaciae* der *venditores* entgegentreten (l. 1 § 2 D. h. t.: *Cuius huius edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint*). Streng durchgreifend setzen die Ädilen

[1] In den Schlußworten der Stelle: *simpli videtur condemnari* wollen die Vertreter der im Text vertretenen Ansicht statt *videtur* setzen *iubetur.* Auch ich glaube, daß Gaius so geschrieben hat. Dennoch kann ich der Änderung für die justinianische Kompilation nicht zustimmen. Ich halte es für möglich, daß schon die Kompilatoren *iubetur* in *videtur* umgeändert haben, um eine zu klare Hinweisung auf die Klagformel zu tilgen, wenngleich sie dabei, wie nicht selten, flüchtig verfahren sind und zu jenem Zweck noch anderes in der Stelle hätten ändern müssen.

nd welche Verschuldung des Verkäufers voraus und machen im Interesse des kehrs nichts von dem der Geriebenheit der Verkäufer durchschnittlich Bahn nden Beweise abhängig. So wird denn die Nichterfüllung ihres Gebots dezu als *delictum* bezeichnet.[1] Auch der Anspruch auf bloße Redhibition, gabe des Preises gegen Rückgabe der Ware erscheint als eine Strafe, denn äufer hat diesen Anspruch ganz unabhängig davon, ob er ein Interesse an uflösung des Vertrags hat, ob für ihn also der Handel wegen des vom Ver- r nicht angegebenen Mangels völlig unnütz ist, oder nicht; er hat ihn, auch der Verkäufer ihm die Sache beläßt. Dafür spricht auch, was man bisher ehen hat, daß früher kein passiver Übergang der Klage auf die Erben des ufers stattfand. Bei Cic. de off. III, 17 § 71 heißt es: — *sed etiam in iorum venditione fraus venditoris omnis excluditur. qui enim scire debuit, itate, de fuga, de furtis praestat edicto aedilium. Heredum alia causa est.* nun aber nach Aufstellung des ädilitischen Edikts im Verkehr ganz äßig bei Sklaven- und Viehverkäufen vom Verkäufer angegeben wurde, ie Waren an den Mängeln, wie sie das Ädilenedikt vor Augen hatte, eide, so wurde, wie ich schon früher sagte,[2] was ursprünglich nur acciden- Inhalt des Kaufgeschäfts gewesen war, infolge der ständigen Wieder- im Verkehr zum *naturale negotii;* man ließ die *actio emti* wegen solcher gegen den *ignorans venditor* zu, auch wenn die ausdrückliche Angabe wesenheit derselben beim Kauf unterlassen war. Das wirkte dann aber spätere Auffassung der ädilitischen Klagen selbst zurück. Da man ıtlich die Haftung für die nicht angezeigten Fehler, welche angezeigt len pflegten, als eine kontraktliche zu betrachten hatte, so faßte man h die *actiones aediliciae* als aus dem Kontrakt entspringende Klagen auf daraus Konsequenzen. Man wird hier eher von einem Einfluß des ıts auf das ädilitische Recht, als umgekehrt, sprechen müssen. Man t die *actiones aediliciae* auch auf die Erben des Verkäufers übergehen, sie, wenn eine gewaltunterworfene Person der Verkäufer war, bis auf ag des *peculium* gegen den Gewalthaber zu. Zu weit aber ist es ge- die Benennung der *redhibitoria* als einer *actio poenalis* für das klassische ır als eine geschichtliche Erinnerung gelten lassen zu wollen; denn eibt der Pönaleffekt, daß Redhibition des Kaufs verlangt werden kann, ın das Interesse des Käufers gar nicht schlechthin dahin geht, daß lel wieder aufgelöst werde, sowie, daß Redhibition verlangt werden h wenn der mangelhafte Sklave dem Käufer gleich von einem Dritten st. Pönal bleibt sie auch darin, daß dem Beklagten, auch wenn dieser ıckzahlung des *pretium* u. s. w. lautenden *pronuntiatio iudicis* nachkommt, Condemnation auf das *simplum* des *quanti ea res erit* nach der Formel . Die Ähnlichkeit mit den *actiones arbitrariae* liegt nur darin, daß, wenn te das *pretium* u. s. w. der *pronuntiatio iudicis* gemäß zurückzahlt, zwar *utio,* aber, da der Beklagte nun doch ein Einfaches geleistet hat, die nur noch auf das *simplum* erfolgt. Der Grund, warum der Klag- *condemnatio duplex* gegeben wurde, liegt nahe. Die Klage wurde zu gegeben, *ut redhibeatur.* Die Redhibition konnte nur durch beider- stungen der Parteien erfolgen, und zunächst mußte in der Formel *ratio* davon abhängig gemacht werden, daß der Käufer die Sklaven

[1] § 8 D. de aed. ed. 21, 1. [2] Vgl. Bd. II, S. 626.

zurückgab, aber doch nur gegen Rückgabe des Preises. Die Erwähnung d Leistung des Käufers zog mit Notwendigkeit auch die Erwähnung der e Verkäufers nach sich, und da nun unter allen Umständen der Verkäufer d Doppelte leisten sollte, so mußte für den Fall der Nichtzurückzahlung d *pretium* die *condemnatio* auf das *duplum*, für den Fall der Zurückzahlung a das *simplum* gestellt werden. Das eigentümliche Recht der *arbitrariae actio* findet hier, wie schon Huschke mit voller Bestimmtheit behauptete, gar kei Anwendung.

Auf das *officium iudicis* bei der *redhibitoria* soll hier nicht näher ei gegangen werden. Nur das möge hier kurz hervorgehoben werden, daß d dem Beklagten in Bezug auf die Zeit vor der Litiskontestation obliegend Leistungen sowohl im Edikt als nach Ausweis namentlich von l. 25 § 8 D. h. auch in der *formula* aufgezählt waren, dagegen nicht die ihm bezüglich d Zeit nach erfolgter *litiscontestatio* aufzuerlegenden Leistungen, denn *post iudicium acceptum tota causa ad hominem restituendum in iudicio versatur, et tam fructus veniunt quam id quo deterior factus erit ceteraque veniunt: iudici enim statim atque iudex factus est omnium rerum officium incumbit, quaecumque in iudicio versantur ea autem quae ante iudicium contingunt non valde ad eum pertinent, nisi fuerint nominatim iniuncta.* Auch das ist noch zu bemerken, daß die Ädilen in den was sie in der *formula* bezüglich der Redhibition anordneten, nach l. 25 § 1 D. h. t. die richtige Reihenfolge beobachteten, daß sie zunächst dem *iudex* geboten dem Käufer Rückgabe der Ware u. s. w. anzusinnen und erst nach dieser Rückgabe dem Verkäufer die Rückgabe des Preises u. s. w. aufzuerlegen. Für den Fall, daß der klagende Käufer jenem Ansinnen nicht nachkommt, soll es zu keiner Kondemnation des Beklagten kommen, doch kann unter Umständen damit der Käufer die Sicherheit nicht verliere, die für ihn im Besitz der Ware liegt, die Sache auch so zu ordnen sein, daß ihm nur auferlegt wird, Kaution dafür zu stellen, daß er den fraglichen Sklaven zurückgeben werde, falls ihm das *pretium* u. s. w. binnen bestimmter Frist zurückgezahlt werde.

Was die ältere Preisminderungsklage betrifft, die nach unserer früheren Annahme wegen eines *vitium* des verkauften Sklaven, das nicht *morbus* ist, stattfinden konnte, so wird bei Gell. IV, 2 § 5 von Caelius Sabinus bezw. Labeo folgendes Stück der Formel derselben angegeben: *Quanto ob id vitium minoris erit.* Daraus geht also einmal hervor, daß in der *intentio* der Formel die Vitiosität des verkauften Sklaven hervorgehoben war, etwa: *Si paret, mancipio non quod A° A° de N° N° emit, vitii quid, cum veniret, fuisse* — —. Lenel meint nun Caelius Sabinus sei in der Angabe des Formelstücks *quanto ob id vitium minoris erit*, nicht ganz genau, denn die *actio* sei nachweislich verheißen und gegeben worden auf *quanto ... id mancipium. cum veniret, minoris fuit.* Mir scheint hier aber Vorsicht geboten, so leicht dürfen wir nicht annehmen, daß ein Jurist aus jener Zeit keine Augen mehr für derartige Formelunterschiede gehabt haben solle, und in Wahrheit handelt es sich hier nicht um Caelius Sabinus, sondern um Labeo, dessen Worte von jenem angeführt werden. Um hier Aufklärung zu gewinnen, muß zunächst auf etwas anderes hingewiesen werden. In einzelnen Stellen wird die Preisminderungsklage auf doppelte Weise bezeichnet, so in l. 18 D. h. t.: — *aut redhibitorio aut aestimatorio id est quanto minoris iudicio agere potest* —, und in l. 43 § 6 D. h. t.: — — *licet aestimatoria, id est quanto minoris, agamus* —. Diese Gleichstellung der beiden Bezeichnungen durch *id est* erinnert stark an die Fassung der Rubrik des Tit. D. 6, 3: *Si ager vectigalis*

t emphyteuticarius, petatur. Sie scheint auch hier auf eine Ausgleichung er früher verschiedener, wenngleich sehr ähnlicher Klagen zu deuten. en wir dies in Betracht, so werden wir uns noch mehr hüten müssen, die ellius l. c. mitgeteilte Fassung des Formelstücks *‚quanto ob id vitium minoris* der Ungenauigkeit zu bezichtigen. Die dem Käufer im Fall des bloßen n, welches nicht *morbus* war, zustehende *actio aestimatoria* lautete nach er Annahme in der *condemnatio* auf *‚quanto ob id vitium minoris erit‘*. Der sollte nicht in Betracht ziehen, um wie viel der betreffende Sklave zur des Verkaufs wegen des Fehlers weniger wert war, sondern er sollte zen, um wie viel er jetzt zur Zeit der Kondemnation wegen des Fehlers ger wert war.[1] Die Preisminderungsklage aber nach dem jüngeren *edictum nentis* wurde gegeben auf *quanto minoris cum venirent fuerunt.* Diese Klage nt, wie bereits bemerkt wurde, später auch dem Käufer eines Sklaven zur ahl neben der *redhibitoria* offen gestanden zu haben. Wann und wie diese rung erfolgt ist, darüber liegt ein Dunkel. Der Unterschied zwischen der *aestimatoria* und der neueren *actio quanto minoris* mag in der Praxis längst ligt sein, ehe er von Justinian durch die Identifizierung der Bezeichnungen formell beseitigt wurde.

Ein anderer Teil des Ädilenedikts handelte über den Verkauf von *iumenta.* ns derselbe unverändert in der Julianisch-Hadrianischen Fassung über- ; ist, kann bezweifelt werden. Auch hier fällt nämlich der Wechsel des s auf: — *palam recte dicunto* — — — *ita emptoribus tradantur* (oder *tra-*). Daß auf die Ädilen selbst dieser Wechsel zurückzuführen sei, ist wahrscheinlich. Wenn aber auch die Ädilen *traduntor* gesagt haben ı, so würde es doch vielleicht vorschnell sein, auch in den Digesten statt *tur* zu setzen: *traduntor*, denn auch hier können die Kompilatoren ge- en und geändert haben. Nach der auf uns gekommenen Überlieferung die Ädilen den Verkäufern von *iumenta* die Pflicht auf, bei dem Verkauf *umenta* deutlich, klar *(palam)* etwaigen *morbus* oder *vitium*, woran das Vieh litt, anzugeben und es mit dem Aufputz, dem Schmuck, mit dem s Verkaufs halber versehen war, dem Käufer zu überliefern. Was die e Verpflichtung anlangt, so scheinen uns die dieselbe betreffenden Worte dikts nicht ganz genau überliefert zu sein. Wenigstens wird in l. 30 D. h. t. gesagt: *semperque cum de ornamentis agitur, et in actione et in adiectum est: ‚vendendi causa ornata ducta esse‘*. Es scheint also das Wort in der uns überlieferten Ediktsfassung ausgelassen zu sein. Lenel[2] freilich, die Interpolation sei in den Worten *et in actione et in edicto* ır, das Edikt habe die citierten Worte nicht, es sei von Ulpian geschrieben: *e ornamentis agitur, in formula adiectum est* u. s. w. Allein wenn die latoren das „*formula*“ ausmerzen wollten, so hätte es ja vollkommen eicht, statt *formula* zu setzen: *actione*, es wäre durchaus unbegreiflich, sie *et in actione et in edicto* gesetzt haben sollten. Meines Erachtens lesen: *semperque, cum de ornamertis agitur, et in actione ut in edicto adest* u. s. w. Es ist also anzunehmen, daß in der überlieferten Ediktsz das Wort *ducta* aus Nachlässigkeit oder, weil es als nicht wesentlich

[1] Nicht mit dieser *aestimatoria* identisch ist die Klage, welche nach l. 28 D. h. t. die falls der Verkäufer nicht caviere, auf *quanti emptoris interit intra sex menses* n wollen. Vielleicht hat sie aber auch auf *quanti minoris erit* gelautet, nur nicht *tium.* [2] Edictum S. 444 A. 13.

erachtet wurde, weggelassen ist. Der Gedanke der Ädilen ist aber bei We
lassung des *ducta* nicht so scharf ausgedrückt, als mit demselben. Die
sollen so tradiert werden, wie sie des Verkaufs wegen aufgeputzt vorgefü
wurden. Wegen Fehlens der *ornamenta* soll nun binnen 60 Tagen (nach Wa
des Käufers) entweder eine Klage auf Herausgabe derselben oder auf Redhibitio
der verkauften Tiere gegeben werden. Wegen nicht angezeigtes *morbus* od
vitium aber soll entweder binnen sechs Monaten eine Klage auf Rückgängig
machung des Kaufes, oder binnen eines Jahres eine Klage auf so viel, als
wegen des Mangels zur Zeit des Kaufes weniger wert waren, gegeben werden.
Das Edikt enthält sodann noch eine Bestimmung für den Fall, daß mehre
iumenta als zusammengehörig, als ein Paar zugleich verkauft sind. In solchem
Fall soll, auch wenn nur ein Stück dieses Paares an einem ediktsmäßigen
Mangel leidet, so daß es redhibiert werden kann, eine Klage auf Redhibition
des Paares gegeben werden. Das erscheint als eine notwendige Folge der
Zusammengehörigkeit der Tiere, die nicht getrennt werden können. Als
elogium, eine erst später hinzugefügte Klausel wird die Bestimmung bezeichnet,
daß das, was bezüglich der *sanitas* von zu verkaufenden *iumenta* angeordnet ist,
die Verkäufer auch bezüglich alles übrigen *pecus* thun sollten. Unter *iumenta*
wurden nur Zug- und Lasttiere im engeren Sinne verstanden, also Pferde, Esel,
Maulesel, nicht aber Rindvieh. Völlig unbegründet ist, wenn man daraus, daß
Cicero nur das Sklavenedikt der Ädilen erwähnt, den Schluß hat ziehen wollen,
daß zu seiner Zeit erst das Sklavenedikt proponiert war, das Edikt *de iumentis*
daher jüngeren Ursprunges sei. Dies wird durch den Bericht bei Gell. IV, 2 §§
widerlegt: — *sues etiam feminas, si steriles essent et venum issent, ex edicto aedi
lium posse agi Labeonem scripsisse.* Danach muß Labeo bereits das *elogium de
cetero pecore omni* gekannt haben, das Edikt über die *iumenta* also noch älter sein.
Ja, nach l. 1 pr. D. de aed. ed. 21, 1 Labeo *scribit edictum aedilium curulium de
venditionibus rerum esse tam earum quae soli sint quam earum quae mobiles aut se
moventes.* Wie hätte Labeo eine so weit gehende Ansicht aufstellen können,
wenn das Edikt *de iumentis* mit dem *elogium* nicht schon lange existiert hätte
als die Grundlage, von welcher seine Ausdehnung ausging? Auch Ofilius wird
unter den Interpreten des Edikts über die *iumenta* genannt (l. 38 § 5 D. h. t.).
Das Edikt *de mancipiis* wird aber mit Recht (wenigstens seinem Grundstock
nach) als das ältere angesehen. Wie weit mag es zurückreichen?

Bei Plautus, Mil. glor. III, 72 findet sich eine Äußerung, welche sich nicht
etwa bloß auf polizeiliche Bestimmungen ädilitischer Edikte, sondern auf die
redhibitoria zu beziehen scheint: *Quae inprobast (sc. merx), pro mercis vitio et
minum pretio pauperet.* Damit scheint auf die Pönalnatur der *redhibitoria* hinge
wiesen zu werden; wenn der Verkäufer für die Ware nur den Preis zurück
geben brauchte, so könnte nicht gesagt werden: *pretio pauperet.* Nur wenn er
die fehlerhafte Ware dem Käufer läßt und das *pretium* zurückzahlt, oder wenn
er für die Rückgabe der Ware die *dupla pretii* zahlt, kann gesagt werden, daß
er um den Betrag des *pretium* ärmer gemacht werde. Es stimmt dazu, daß
als ältester unter den Juristen, welche die Frage erörtern, ob ein Sklave als
morbosus anzusehen sei, in l. 10 § 1 D. h. t. von Ulpian Cato genannt wird
(† 601). Nun meint freilich Bechmann, (Kauf I, S. 399 A. 2), Ulpian sage nicht,
daß die Äußerung des Cato gerade mit Beziehung auf das Edikt gemacht sei, die
selben Ausdrücke seien ja auch in den zu Cato's Zeit sicherlich schon üblichen
Stipulationen gebraucht. Da Ulpian ihn aber in seinem Kommentar zum Ädik-

ıt bei Erörterung des ädilitischen Begriffs *morbus* als Autorität citiert, so
t es doch nahe, daß auch Cato diesen ädilitischen Begriff vor Augen hatte.
s *sanus* im Sinne des Civilrechts und jener Stipulationen war, stimmte nicht
chweg mit dem ädilitischen Begriff überein. Nun sagt man freilich, das
itische Edikt mit seiner (*in factum* konzipierten) *redhibitoria* und *quanti mi-*
s sei natürlich jünger, als Plautus, zu dessen Zeit noch die *legis actiones*
anden hätten. Diesen Einwand können wir an dieser Stelle nicht erörtern.
) weit das Edikt mit seinen *in factum* konzipierten Formeln zurückreiche,
) hier für uns noch eine offene Frage bleiben. Beiläufig möge noch darauf
ewiesen sein, daß der Passus „*deterius emptoris opera familiae procuratorisve factum*", welcher sowohl im Edikt, als nach l. 25 § 1 D. h. t. in der *actio* i. in der Formel vorkam, recht altertümlich klingt. Die besondere Hervorıng des *procurator*, der hier ursprünglich jedenfalls im Sinne nur des Generalıurators genommen wurde, würde wohl weggefallen sein, wenn Edikt und nel erst gegen Ende der Republik aufgestellt wären.

Zuletzt möge hier noch eine angebliche Bestimmung des Ädilenedikts hnt werden, welche mit dem Sklavenedikt zusammenhängen soll. Kastriert- eines Sklaven wurde als *morbus* aufgefaßt, dessentwegen eine Redhibition finden konnte.[1] Dann sagt aber Ulpian in l. 27 § 28 D. ad leg. Aquil. : *Et si puerum quis castraverit et pretiosiorem fecerit, Vivianus scribit ces-Aquiliam, sed iniuriarum erit agendum aut ex edicto aedilium aut in quaum.* Nach den Basiliken (Anon.) fehlt hier das handschriftliche *aut*. ıch würde also das Ädilenedikt eine *actio in quadruplum* (Popularklage, Lenel[2] annimmt) wegen Kastration eines Sklaven aufgestellt haben. klärlich wäre, wie die Ädilen darauf gekommen sein sollten, eine solche klage aufzustellen. Mit ihren sonstigen polizeilichen Funktionen hätte das gar keinen Zusammenhang, und so muß man wohl davon Abstand nehmen, lich auf Grund der Basiliken von der handschriftlichen Überlieferung abzuıen. Bei der Klage *ex edicto aedilium* muß also an die *redhibitoria* wegen iertsein eines verkauften Sklaven gedacht werden, die deshalb nicht weniger indet ist, weil die Kastration den Sklaven in einer bestimmten Verung kostbarer gemacht hat, während sie ihn für die gewöhnlichen Verungen schwächer und unbrauchbarer gemacht hat. Die *actio in quadruplum* te wohl nur auf eine prätorische Strafklage gegen den, welcher einen en kastriert hat, bezogen werden.

3. Miete. *Interdictum de migrando.*

§ 152. Der uns überlieferte Text des Formulars des *interdictum de mi-* bietet eine Unebenheit, welche einer Erklärung bedarf. Nach diesem wird das Interdikt gegeben entweder bezüglich einer solchen in die Wohneingebrachten Sache, welche nicht zu denen gehört, die *pignoris e* eingebracht sind, oder bezüglich einer solchen, welche zwar zu diesen n gehört, aber durch Zahlung des Mietzinses u. s. w. von dem Nexus r frei geworden ist. Der Nachsatz des Formulars aber: *ita, quo minus*

[1] L. 38 § 7 D. h. t. Daß der *castratus* als ein *morbosus* angesehen wurde, ist auch bei Gell. IV, 2 §§ 6 u. 7 gesagt: *De eunucho quidem quaesitum est, an contra a aedilium videretur venumdatus, si ignorasset emtor, eum eunuchum esse. Labeonem tisse aiunt, redhiberi posse quasi morbosum.*

[2] Edictum S. 443.

ei, qui eum pignoris nomine induxit, inde abducere liceat v. f. v. erwähnt nur d zweiten Fall und läßt den ersten unberücksichtigt. Meines Erachtens sind in in nicht sehr geschickter Weise zwei Interdikte zu einem einzigen Form zusammen gezogen. Es gab ursprünglich ein Interdikt, mit welchem die Wegschaffung von Sachen, welche nicht *pignoris nomine* eingebracht waren, verlan werden konnte, und ein anderes in Beziehung auf die Wegbringung solch Sachen, welche *pignoris nomine* eingeführt, aber durch Befriedigung des Ve mieters von dem Nexus wieder frei geworden waren. Das erste mag gelaute haben: *Si is homo, q. d. a., non est ex his rebus, de quibus* u. s. w., *ita, qu minus ei, qui eum induxit, inde abducere liceat, vim fieri veto.* Da in der Kais zeit in solchen Fällen dem Mieter *extra ordinem* geholfen werden konnte, war nach Ulpian's Äußerung in l. 1 § 2 D. h. t. zu seinen Zeiten das Interdi nicht mehr gebräuchlich, dem *praefectus vigilum* in Rom stand in solchen Sach Kognition zu. Namentlich das Interdikt für den ersten Fall mag ganz unge bräuchlich geworden sein. Es wird im erhaltenen Kommentar gar nicht mehr berührt. Das Interdikt stand nur dem Mieter einer *habitatio*, nicht einem Pächter zu. Wem unentgeltlich eine Wohnung zum Gebrauch überlassen wa dem stand bezüglich der eingebrachten Sachen ein *utile interdictum* zu. Beson ders aber ist unser Augenmerk zu richten auf das, was von Ulpian in l. 1 § D. h. t. gesagt wird: *Illud notandum est praetorem hic non exegisse, ut in bon fuerit conductoris, nec ut esset pignori res illata, sed si pignoris nomine inducta sit. proinde et si aliena sint et si talia, quae pignoris nomine teneri non potuerunt pignoris tamen nomine introducta sint, interdicto hoc (l. huic) locus erit: quod si no pignoris nomine inducta sint, nec retineri poterunt a locatore.* Aus dieser Stell geht klar hervor, daß es sich nicht um ein Pfandrecht des Vermieters an de *introducta importata* handelt, sondern nur um ein vertragsmäßiges Retentions recht. Es wird ausdrücklich zwischen dem *pignori res inferre* und dem *pignori nomine inducere* unterschieden, und als Folge des *pignoris nomine inducere* wi das *retineri posse* genannt. Es wird gesagt, daß die Sachen nicht *in bonis* de Mieters zu stehen brauchen, sondern daß das Interdikt ihm auch bezüglich ein gebrachter fremder, ihm etwa geliehener Sachen zustehe. Man muß sich dabei vergegenwärtigen, daß das Pfandrecht des Vermieters an den *invecta et illata* wohl lange Zeit eine ausdrückliche Verpfändung derselben voraussetzte, und daß unser Interdikt älter ist, als das stillschweigende Pfandrecht des Vermieters an den *invecta et illata* des Mieters, welches letztere ja auch ursprünglich nur die Stadt Rom beschränkt war und erst durch Justinian auf alle Provinzen ausgedehnt ist. Berücksichtigt man diese Verhältnisse, so werden auch ein Paar andere Digestenstellen verständlicher, zunächst l. 9 D. in quib. caus pignus 20, 2: *Idem (Paulus) libro singulari de officio praefecti vigilum. Est diffe rentia obligatorum propter pensionem et eorum, quae ex conventione manifestari pignoris nomine tenentur, quod manumittere mancipia obligata pignori non possumus, inhibentes autem manumittimus, scilicet antequam pensionis nomine percludamur: non enim pignoris nomine retenta mancipia non liberabimus.* Auch hier ist der Unterschied gemacht zwischen den wirklich verpfändeten *mancipia (obligata propter pensionem, obligata pignori)*, und den vertragsmäßig nur *pignoris nomine* eingebrachten. *Manifestarium* steht hier wohl in der Bedeutung von „handgreiflich". Mit den Worten *„ex conventione manifestari pignoris nomine teneri"* wird das vertragsmäßige Retentionsrecht an den *mancipia* bezeichnet. So lange nicht wegen der geschuldeten *pensio* dieses Retentionsrecht durch Perklusion der

hnung geltend gemacht wird, können die *pignoris nomine* eingebrachten, aber t eigentlich verpfändeten Sklaven frei gelassen werden. Weiter kommt in Betracht l. 34 de damno infecto 39, 2: *utique si pro praeterita pensione facere paratus fuit: alioquin iusta retentio pignoris domino fieri videretur. sed quasi pignora retinuerit* u. s. w. Auch hier ist der Gegensatz zwischen den *pignoris nomine* eingeführten Gegenständen, bezüglich deren nur eine *iusta io* zugestanden wird, und den wirklich verpfändeten Sachen nicht zu nnen.

4. Societät und Mandat.

§ 153. Mandat und Societät erloschen nach Civilrecht durch den Tod der Kontrahenten: der Erbe des Mandatars wird nicht auch ein solcher, es *socius* nicht auch *socius*. Man hat aber doch angenommen, daß die gegen den Erblasser, den Mandatar oder *socius* begründeten Ansprüche, *tiones* auf die Erben derselben übergingen. Eine andere Frage ist die, Civilrecht bereits eine Haftung des Erben aus seiner eigenen Person mmen habe. Das ist wohl zu verneinen. Später wird aber in Bezug Societät der Satz ausgesprochen, daß die Geschäfte (der Societät), welche durch den verstorbenen *socius* begonnen seien, von dem Erben desselben werden müßten, wobei er für *dolus* hafte. Wenn es nun in l. 35 D. pro 7, 2 heißt: — *in heredem autem socii proponitur actio,* so ist hier eine chon *ipso iure* zustehende, sondern durch den Prätor neu aufgestellte *factum (proponitur)* gegen den Erben gemeint, welche sich nur auf die blasser begonnenen, von dem Erben liegen gelassenen Geschäfte beziehen Nach Analogie der Societät und der Tutel hat man auch für das Mandat cht angenommen, daß der Erbe des Beauftragten verpflichtet sei, von seinem Erblasser begonnenen Geschäfte anzunehmen, welcher Satz cht auf das Civilrecht zurückgeführt wird. Die Angabe des Rhetor nn. 2, 13 § 19: — *M. Drusus praetor urbanus, quod cum herede mandati iudicium reddidit, S. Iulius non reddidit,* dürfen wir nicht auf die civil- e, auf die Erben übergehende *actio mandati,* sondern müssen sie auf *in factum* beziehen, welche M. Drusus zuerst gegen den Erben des s wegen Liegenlassens der vom Erblasser begonnenen Geschäfte gab. ewissen Fällen wird einem *filiusfamilius*, welcher strenggenommen nur Gewalthaber erwirbt, eine *utilis actio* gegeben aus einem Mandat oder n oder Darlehn, z. B. wenn er sich in Rom Studien halber oder aus leren gerechten Grunde aufhält, der Vater aber in einer Provinz wohnt.[1] *iusfamilias* Mandatar, so kann ihm auch eine *actio contraria in factum* rerden.[2]

einmal will ich hier zurückkommen[3] auf die von Paulus in l. 38 pr. io 17, 2 mitgeteilte Äußerung des Sabinus, nach welcher er zu den *negotia generalia* die *actiones pro socio, negotiorum gestorum, tutulae,* zu den e *actio mandati* rechnet. Dies darf nicht so verstanden werden, als Zeit des Sabinus nur eine Klagformel für das auf ein bestimmtes eschäft gerichtete Mandat gegeben habe. Daneben wird es auch eine das Generalmandat (das älteste) gegeben haben. Für das Spezial-

[1] § 1 D. de iudic. 5, 1; l. 47 (46) i. f. de hered. instit. 28, 5.
[2] § 6 D. mandati 17, 1.
[3] Vgl. II, S. 667.

mandat wird es aber noch eine besondere Formel gegeben haben, weil dies schon in einer Zeit als klagbar anerkannt wurde, als die Interpretation sich nicht getraute, die Formel für die Klage aus dem Generalmandat auf das Spezialmandat anzuwenden. Anders verhielt sich die Sache bei der Societät. Auch bei dieser war die Formel der *actio pro socio* ursprünglich nur für die *societas omnium bonorum* bestimmt. Hier aber erklärte sich gerade Sabinus in Bezug auf das Edikt über das *beneficium competentiae* dafür, die Bestimmung über den *socius*, unter welchem der Prätor den *socius omnium bonorum* verstanden hatte, auch auf den *socius unius rei* zu beziehen. Man wird also kein Bedenken getragen haben, die Formel der *actio pro socio*, wenn sie gleich für die *societas omnium bonorum* aufgestellt war, im konkreten Fall auch auf die *societas* beschränkteren Inhalts anzuwenden, indem man einfach die *demonstratio* solchen Falls dem beschränkteren Inhalt der Societät gemäß faßte. Und ebenso wird man es bei der *negotiorum gestio* gehalten haben, bei welcher die im Edikt proponierte Formel auf die generelle Geschäftsführung berechnet gewesen sein wird. An *in factum* konzipierte Formeln ist aber in allen diesen Fällen nicht zu denken.

5. *Negotiorum gestio. Actio funeraria.*

§ 154. Über die Frage, ob die *actiones negotiorum gestorum directa* und *contraria*, beide oder eine von ihnen, dem prätorischen Edikt ihre Entstehung verdankten, ist bereits bei der Darstellung des Civilrechts gehandelt. Hier ist zunächst zu erörtern, wie etwa eine Fortbildung der civilrechtlichen Sätze über die *negotiorum gestio* durch die prätorische Jurisdiktion stattgefunden habe. Zunächst wollen wir einen Blick auf l. 47 § 1 D. de neg. gest. 3, 5 werfen: *Actio negotiorum gestorum illi datur, cuius interest hoc iudicio experiri. Nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur, quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est, maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum.*

Ob die Worte *quia* bis *supervacua est* interpoliert sind, ist für uns hier gleichgültig. Wohl aber ist von Interesse, daß es für einerlei erklärt wird, ob jemand mit der *directa* oder *utilis actio* klage oder verklagt werde, da trotz der Verschiedenheit der Formelkonzeption beide Klagen denselben Effekt hätten. Das könnte nicht gesagt sein, wenn der Jurist bei der *utilis actio* an eine nur auf die Bereicherung des *gestor* gerichtete, bei der *directa* an eine nicht diese Beschränkung unterliegende Klage dächte. Nach dem Anfang der Stelle aber steht die *actio negotiorum* (einerlei ob *directa* oder *utilis*) dem zu, *cuius interest hoc iudicio experiri*, dem also, dessen *negotium* geriert ist. Davon aber, daß der animus des *gestor* darauf gerichtet gewesen sein müsse, das betreffende *negotium* für den Kläger zu führen, wird bei dieser Bestimmung des gemeinsamen Charakters der *actio negotiorum* nichts gesagt. Nehmen wir, was früher bei der Darstellung des Civilrechts dargelegt ist, an, daß es eine Voraussetzung der ursprünglichen *actio negotiorum gestorum* (d. h. der *directa* im Gegensatz der *utilis*) war, daß er das *alienum negotium gerens* die Absicht hatte, dieses *negotium* für die ihm bekannte Person, welche es wirklich anging, zu besorgen, so war dieselbe nicht anwendbar, falls der *gestor* zwar ein *alienum negotium* besorgte und besorgen wollte, aber bezüglich der Person dessen, den es anging, sich im Irrtum befand. Dieser Irrtum schloß aber nicht aus, daß er ein *alienum negotium* besorgte und

sorgen wollte. Für solchen Fall gewährte der Prätor eine *actio utilis*, deren ormel sich zwar nicht in der Fassung der *intentio*, wohl aber in der der *nonstratio* von der der *directa* unterschieden haben wird. Sie war zwar, wie e *directa*, *in ius concepta*, aber wegen der anders gefaßten *demonstratio*, in elcher die irrtümliche Richtung des *animus* des *gestor* zum Ausdruck gekommen n muß, *actio utilis*. Daß in den Quellen in solchen Fällen die Eigenschaft r *actio* als einer *utilis* nicht mehr hervorgehoben wird, erklärt sich aus dem n Paulus in l. 46 (47) D. h. t. hervorgehobenen Grunde, daß sie sich sachlich i der *directa* nicht unterschied, *utraque actio eiusdem potestatis est eundemque et effectum*.

Es giebt aber auch einen Fall einer *utilis actio negotiorum gestorum*, deren *otus* sich von dem der *directa* unterscheidet: besorgt jemand ein Geschäft in irrtümlichen Meinung, es sei sein eigenes, während es das eines Anderen so wird diesem Anderen gegen jenen eine *actio negotiorum gestorum* gegeben, reit er durch die Geschäftsführung bereichert ist, vorausgesetzt, daß das rmögen des letzteren in entsprechender Weise vermindert ist. In diesem ll konkurriert mit der *actio negotiorum gestorum* die *condictio sine causa*.[1] Wie Formel der *actio negotiorum gestorum* in diesem Fall konzipiert war, muß ingestellt bleiben: war sie noch *in ius concepta*, so muß die *demonstratio* e Veränderung, die *condemnatio* eine Beschränkung erfahren haben.

Eine besondere Fassung mußte die Formel der *actio negotiorum gestorum* alten, wenn ein Sklave die Führung der Geschäfte eines anderen begonnen nach der Freilassung von seiten seines Herrn fortgesetzt hatte. Nach Ansicht des Pomponius und des Paulus sollte hier, wenn die Absicht auf eitliche Geschäftsführung gerichtet war, auf die *conditio* des *gestor* beim inn der Geschäftsführung gesehen und danach die Formel abgefaßt werden *qualitate personarum actio formatur)*. Falls also der frühere Sklave nach der ilassung die Geschäftsführung fortgesetzt hatte, war die *actio negotiorum gestorum* en ihn etwa so zu formulieren: *Quod N^us^ N^us^ A^i^ A^i^ negotia in servitute gerere it, deinde manumissus in eodem actu perseveravit, q. d. r. a., quidquid ob eam N^um^ N^um^, si tunc liber fuisset, A^o^ A^o^ dare facere oporteret ex fide bona, eius* u. s. w.[2]

Bei der Darstellung des Civilrechts schon ist zu zeigen versucht worden, das in l. 3 pr. D. h. t. überlieferte Edikt sich auf die *actio negotiorum gestorum ·aria* bezog. Hätte der Edicent bei seiner Bestimmung beide Klagen, die *ta* und *contraria*, vor Augen gehabt, so hätte er wohl nicht sagen können: *ium eo nomine dabo*, sondern hätte etwa sagen müssen: *iudicium eo nomine in eum dabo*. Der Fassung des Edikts gegenüber läßt sich auch sonst der anke nicht abweisen, daß dasselbe uns nicht unverkürzt überliefert ist, daß Kompilatoren es beschnitten haben, und zwar wohl deshalb, weil es in der h die Verkürzung erhaltenen unbestimmteren Fassung eher als Grundlage beide Klagen, die *directa* und *contraria*, erscheinen konnte. Vergleichen wir Edikt über die unserer *contraria actio* ähnliche *actio funeraria*, so wird es scheinlich, daß dem *iudicium eo nomine dabo* noch ein auf die Kosten- endung des *gestor* bezüglicher Satzteil vorherging, etwa: *et quid (utiliter?) in eius impendit* —. Daß die auf Grund solchen Edikts gewährte Formel *in*

[1] L. 48 (49) D. h. t.; l. 23 D. de r. c. 12, 1.

[2] Vgl. L. 14 (15) D. h. t.; l. 37 D. de a. et p. tut. 26, 7; l. 1 § 4 D. quar. rer. 44, 5.

factum konzipiert gewesen sein wird, bedarf wohl keiner näheren Darlegung. Die *quasi intentio* der Formel muß wohl eine Erwähnung des (*utiliter*) gerirens und der Aufwendung von Kosten enthalten haben. Den Begriff des *utiliter gerere* hier dogmatisch zu entwickeln, wollen wir uns in dieser historischen Darlegung ersparen. Bezüglich der Verwendungen kam vielleicht in der Formel der Ausdruck *abesse* vor (vgl. l. 2 i. f. D. h. t.: — *praestari, quidquid eo nomine abest aut afuturum est*). Auch im Hinblick auf den Rückgriff des Bürgen mit *actio mandati contraria* kommt, worauf LENEL[1] aufmerksam gemacht hat, der Ausdruck „*pecuniam abesse*" ein paarmal in einer Weise vor, der die formelmäßige Verwendung desselben nahe legt.[2] So erscheint es nicht unmöglich, daß nicht bloß die *actio negotiorum gestorum* und die *tutelae contraria*, sondern auch die *actio mandati contraria in factum* konzipiert waren, überhaupt also die aus Geschäftsführungen für andere entspringenden *contraria iudicia*.

Für die früher besprochenen Fälle, in denen der Magistrat beim *alieno negotia gerere* wegen Irrtums über die Person des *dominus negotiorum* eine *utilis negotiorum gestorum actio directa* gab, wurde dementsprechend dem *gestor* wegen seiner Verwendungen eine *utilis negotiorum gestorum actio contraria* gegeben (vgl. l. 46 (47) D. h. t.: — *an utili actione agat vel conveniatur*. Es werden hier die Worte der ursprünglichen *in factum actio* eine Abänderung erlitten haben. Hat der *gestor* das Geschäft irrtümlich für ein eigenes gehalten, während es in Wahrheit das eines anderen war, so wird gegen diesen auch eine *utilis actio negotiorum gestorum contraria* gewährt sein, aber auch nur bis auf den Betrag der Bereicherung desselben durch die Geschäftsführung (l. 48 (49) i. f. D. h. t.)

Das Edikt über die *negotiorum gestio* enthält noch die Worte: — *sive quae negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit* —. Gaius bezeichnet die Geschäfte, um welche es sich hier handelt, in l. 21 (22) D. h. t. als *hereditaria negotia* und setzt sie den *negotia quae alicuius essent* gegenüber. Der Sache nach sind allerdings im Edikt mit jenen Worten die *hereditaria negotia* gemeint, aber es drückt sich der altrömischen Vorstellung entsprechender aus. Diese kennt nur *negotia* eines lebenden Menschen mit seinen lebendigen Interessen und Bedürfnissen. Die ruhende Erbschaft ist allerdings eine Vermögenseinheit, sie ist aber nur das Residuum der Interessen des Verstorbenen. Danach gab es keine *negotiorum gestio* weder für den Verstorbenen, noch für den noch nicht vorhandenen Erben desselben. Das praktische Bedürfnis verlangte aber, daß auch für die ruhende Erbschaft Geschäfte mit ähnlicher Wirkung, wie für einen Lebenden, besorgt wurden. Deshalb wurde jene Ediktsbestimmung getroffen, auf Grund welcher sowohl eine *actio negotiorum gestorum in factum concepta directa* wie *contraria* proponiert sein wird. Schwerlich aber wird sie als ein Zusatz in die Ediktsbestimmung über die *negotiorum gestio* für einen Lebenden eingeschoben sein, sondern ein besonderes Edikt für sich gebildet haben. Die jetzt überlieferte Stellung ist wohl erst auf die Vereinfachungsbestrebungen Justinian's zurückzuführen. Sicherheit ist hier aber nicht zu erlangen. Möglich wäre immerhin, daß die Zusammenziehung und die das Edikt verallgemeinernde Fassung schon herrühre von dem Redaktor der Hadrianischen Zeit, Julian, dem es nicht gelungen wäre, seiner Redaktion den Eindruck der Verallgemeinerung und Zusammenfassung zu nehmen.

---

[1] Edictum S. 236.

[2] L. 26 § 2, l. 47 pr. D. mandati 17, 1.

Eine besondere Betrachtung erheischt noch die *actio funeraria*, welche zwar
r *actio negotiorum gestorum contraria* verwandt ist, aber doch in wichtigen
nkten von ihr abweicht. Das darauf bezügliche Edikt lautet nach l. 12 § 2
de relig. et sumptibus funerum 11, 7 so: *Quod funeris causa sumptus factus erit,*
s *recuperandi nomine in eum, ad quem ea res pertinet, iudicium dabo.*

Dieses Edikt ist wohl alt, es war im öffentlichen religiösen Interesse auf-
tellt.[1] Trebatius kannte dasselbe.[2] In l. 16 D. h. t. heißt es bei der Er-
erung einer auf die *funeraria* bezüglichen Frage: *aequissimum visum est*
eribus u. s. w. Von dieser Klage heißt es nun in l. 14 § 6 D. h. t.: *ex bono*
aequo oritur, und daß hiermit nicht die gewöhnliche Natur der *bonae fidei*
icia angedeutet werden soll, zeigt § 13, wo gesagt ist, ein *iustus iudex* solle
r nicht *meram negotiorum gestorum actionem imitari*, sondern *solutius aequitatem*
i, cum hoc ei et actionis natura indulget. Auf diese ungebundene *aequitas*,
er deren Herrschaft die Klage steht, wird auch sonst mehrfach Bezug ge-
nmen. Daß das in der Formel der Klage seinen Ausdruck gefunden, darauf
tet geradezu hin § 6: *aequum autem accipitur ex dignitate* u. s. w. Es ist daher
LENEL[3] anzunehmen, daß die Klage zu denen gehörte, welche auf *quantum*
um iudici videbitur eum — condemnari lauteten.[4] Wenn wir nun auch nicht
arten können, daß die Klagformel lediglich eine Umschreibung der sie ver-
enden Ediktsworte sei, so muß man es doch als auffällig bezeichnen, daß die
ktsworte mit keinem Worte diese freiere Natur der Klage andeuten. Daraus
f man jedoch nicht mit SAVIGNY[5] schließen, daß die Formel nicht in der
egebenen Weise konzipiert war, denn was giebt uns die Garantie dafür,
die Ediktsstelle nicht von den Kompilatoren verkürzt worden ist, welche
Natur der Klage in den aufgenommenen Fragmenten erörtert glaubten.
der vollständigen Fassung des Edikts mögen auf *iudicium dabo* noch Worte
lgt sein, wie: *ut, quanti aequum videbitur, condemnetur.* Ein Erfordernis der
raria ist es, daß der Kläger die Bestattung *animo alienum negotium gerentis*
rgt hat, nicht also bloß *pietatis gratia.* Auch dieses Erfordernis muß irgendwie
er *in factum* konzipierten Formel Ausdruck gefunden haben; etwa so: *Si paret*
A^um in funus L^i T^i contemplatione N^i N^i, in cuius potestate fuit, oder unbestimmter:
mplatione eius, ad quem ea res pertinebat, sumptum fecisse, quanti u. s. w. Hat
and die Bestattung eines anderen besorgt in der irrtümlichen Meinung, ihn
e die Pflicht dazu, etwa als Erben, so ist ihm eine *utilis funeraria actio*
n den Verpflichteten auf Kostenersatz zu geben (l. 14 § 11, l. 32 pr. D. h. t.).
Klage war eine subsidiäre: sie fand nur statt, wenn mit anderer Klage
Ersatz nicht gefordert werden konnte. Die besondere *aequitas*, unter deren
rschaft die Klage stand, machte sich dahin geltend, daß unter Umständen
Kostenersatz gefordert werden konnte, wenn auch die Bestattung durch den
ger gegen Verbot dessen, *ad quem res pertinebat*, besorgt war; ferner dahin,
der Aufwand überhaupt nicht zu ersetzen war, wenn das Begräbnis in
ständig dürftiger Weise besorgt war. Nur, was *funeris causa* aufgewendet

---

[1] L. 12 § 3 D. de rel. 11, 7: — *sic enim fieri, ne insepulta corpora iacerent* —. L. 43
od. tit.: — *nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera iacerent. strictam*
nem insuper habemus.

[2] L. 14 § 11 D. h. t. [3] Edictum S. 182 f.

[4] Ob dieser Passus der Formeln als zur *intentio* oder *condemnatio* gehörig anzusehen
larüber ist bei der Darstellung der *iniuriarum actio* gehandelt.

[5] System II, S. 95 A. i.

ist, also zum Zweck der Hinausführung der Leiche, der Erwerbung des notwendigen Begräbnisplatzes u. s. w., nicht Aufwendung, die damit nicht zusammenhängt, kann ersetzt verlangt werden. Der Betrag des zu Ersetzenden ist vom *iudex* nach Billigkeit festzusetzen unter Berücksichtigung des Standes und der Würde des Bestatteten, überhaupt aller in Betracht zu ziehenden Umstände. Die Klage ist keine *annua*, sondern eine *perpetua*, und ist aktiv und passiv vererblich (l. 31 § 2 D. h. t.).

6. Die *pecunia traiecticia*.

§ 155. Die neueren Darstellungen des Rechts des Seedarlehns haben zwar die historische Entstehung des Instituts im römischen Recht nicht übergangen, aber die gewonnenen Resultate geben über verschiedene Fragen von Bedeutung keine Aufklärung, und, das möge gleich bemerkt werden, diese Aufklärung wird sich bei dem gegenwärtigen Stande der Quellen auch kaum genügend gewinnen lassen. Es sind aber vielleicht auch die Fragen, auf die es ankommt, noch nicht bestimmt genug gestellt, es dürfte sich in dieser Beziehung wenigstens einiges nachholen lassen. Das Seedarlehn in seinem vollen Umfange, also einschließlich der Übernahme der Seegefahr des über See zu versendenden Kapitals seitens des Darleihers und des Versprechens höherer Zinsen für die Übernahme dieses Risiko durch formlose Beredung, gehörte jedenfalls nicht zu den dem alten *ius civile* bekannten Kontrakten. Mit Recht nimmt man an, daß es aus dem griechischen Recht rezipiert sei. Das Seedarlehn mit den einzelnen Modalitäten,[1] die wir aus den justinianischen Rechtsbüchern kennen, war in Griechenland früher in Übung als in Rom. „Von dem griechischen Rechte, seiner Quelle, aus ist das *foenus nauticum* unter dem Drucke der Forderungen des Handelsverkehrs in das römische — Recht geflossen —."[2] Diese Aufnahme nun, sagt Matthiass, soll sich im Wege der gewohnheitsmäßigen Übung vollzogen haben. Wie soll man sich aber die Durchführung dieser gewohnheitsmäßigen Übung denken? Der Römer, der ein Seedarlehn, wie es dem griechischen Verkehr bekannt war, gab, mußte darauf bedacht sein, es so abzuschließen, daß ein römischer Magistrat ihm eventuell eine Klage daraus gewährte. Von den altrömischen Kontrakten war nur die Stipulation fähig, den Inhalt des Seedarlehns in sich aufzunehmen, und zunächst mag man sich auch mit einer solchen beholfen haben. Aber es lag dann ein Geschäft vor, aus welchem keine einheitliche Klage entsprang, denn: *qui sortem stipulatur et usuras quascunque, certum et incertum stipulatus videtur et tot stipulationes sunt, quot res sunt* (l. 75 § 9 D. de v. o. 45, 1). Ein Grieche, der einem Römer ein solches Darlehn gab, wird sich ungern zum Abschluß in dieser Form entschlossen haben, denn nach griechischem Recht war das Seedarlehn an keine Form gebunden. Auch war das Zinsversprechen in Stipulationsform zunächst noch den römischen Zinsgesetzen unterworfen. Das römische Recht ist dahin gekommen, Hingabe des Seedarlehns mit formloser Abrede zuzulassen. Aber ist diese Abrede als civilrechtlich bindend anzusehen? Man könnte sich das so zurechtlegen, als sei in diesem Falle auch beim Darlehn das bloße *pactum adiectum* als klagerzeugend betrachtet, aber dem steht entgegen, daß die ganze Natur des Vertrags der Auffassung des Zinsversprechens als eines *pactum ad-*

[1] Vgl. darüber Büchsenschütz, Besitz und Erwerb im griech. Altertum.

[2] Matthiass, Das foenus nauticum S. 4.

tum widerspricht. Die Übernahme der Seegefahr für die *usurae maritimae* , um Huschke's[1] Ausdruck zu gebrauchen, der Begründung der Obligation manent, nicht eine durch hinzugefügtes *pactum* ausgemachte Modalität, ohne sse Verabredung liegt der eigentümliche Kontrakt gar nicht vor. Bezeichnend , daß das Geschäft selbst mit dem Ausdruck *foenus* bezeichnet wird: *foenus* das zinstragende Kapital selbst, nicht bloß der Zins. Der Zins ist dabei versprochen zu denken in dem Darlehnsgeschäft selbst, *pactum ad augendam igationem prodest* (l. 5 § 1 D. de naut. f. 22, 2). Es ist eine ungerechtfertigte nzession an die Auffassung des Geschäfts als eines römischen *mutuum*, wenn n die Zinsberedung, welche von der Gefahrsübernahme nicht zu trennen , als ein *pactum adiectum* ansieht.[2] Daß das *foenus nauticum* nicht die strenge tur des gewöhnlichen Darlehns hatte, zeigt sich in folgendem. Häufig neint für den Fall glücklicher Ankunft des Schiffs am Bestimmungsort ein stimmter Termin für die Rückzahlung von Kapital nebst Zinsen bestimmt, d für den Fall der Nichtinnehaltung durch Stipulation eine *poena* versprochen sein. Damit diese *poena* verfalle, dazu bedurfte es keiner Mahnung nach ntritt des Termins (l. 23 D. de v. o. a. 44, 7). Formlos konnte solche *poena* hl kaum versprochen werden. Beim formlos abgeschlossenen *foenus nauticum* nte aber, wenn die Forderung entstanden war, eine Mahnung des Schuldners ttfinden (l. 2 D. h. t.), welche natürlich eine *mora* begründete. Bei der gehnlichen Darlehnsklage hätten keine Verzugszinsen berücksichtigt werden nen. Die Frage drängt sich auf, was für eine Klage denn aus solchem schäft gewährt werden konnte? Savigny u. a. fassen das Geschäft als einen nominatkontrakt auf und wollen aus demselben die *actio praescriptis verbis* geben. lassen auch die unter formloser Beredung abgeschlossene *pecunia traiecticia* ß lange vor dem Aufkommen der *actio praescriptis verbis* klagbar gewesen sein. hts weiter als ein Notbehelf ist auch die Annahme einer *condictio ex lege* aus n *foenus nauticum*. — Wir werden bei dem Suchen nach der aus dem *foenus ticum* entspringenden Klage wieder auf die Frage geführt, durch welche Quelle griechische Seedarlehn in das römische Recht aufgenommen ist. Daß unmittelbar auf Grund eines Gewohnheitsrechtssatzes eine *actio in ius concepta* gert sei, ist gewiß nicht anzunehmen. Näher liegt es zu fragen, ob hier die torische Jurisdiktion bezw. das Edikt eingegriffen habe. Nun hat aber schon schke[3] darauf hingewiesen, daß die Stellen des Pandektentitels *de nautico*

[1] Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehn S. 223.

[2] Man könnte gegen die im Text verteidigte Auffassung einwenden, daß das Geschäft Natur eines gewöhnlichen Darlehns annehme, sobald die Beredung über die Gefahrsnahme nicht in Wirksamkeit trete, weil es nicht zu der Seefahrt kommt, vielleicht weil Empfänger die Reise aufgiebt, oder sobald sie nach der glücklichen Ankunft des Schiffs das ferner noch dem Empfänger belassene Kapital ihre Wirksamkeit verliere. Indessen n nach überstandener Gefahr das Dargeliehene dem Empfänger freiwillig noch weiter ssen wird, so ist das ein neues Geschäft, welches mit dem *foenus nauticum* nichts mehr hun hat, wie die *stipulatio foenoris post diem periculi separatim interposita* (l. 4 § 1 n. t.) genügend andeutet. Demgemäß wird auch, wenn das Darlehn schon längere Zeit der Abfahrt des Schiffes bezw. vor der verabredeten Abfahrtszeit gegeben wurde, das schäft für die Zeit vorher als ein anderes von dem, welches mit der Abfahrt in Wirkung , zu sonderndes anzusehen sein. Das *foenus nauticum* selbst ist kein bedingtes, aber die kung desselben ist eine ungewisse, nach dem Inhalt der Verabredung von Eventualitäten ingende, perfekt wird der Anspruch erst mit der überstandenen Seegefahr bezw. nach auf der verabredeten Zeit.

[3] A. a. O. S. 222 A. 2.

foenore 22, 2 nicht aus systematischen Werken entnommen sind. Was aber hier besonders von Interesse ist, sie sind, mit Ausnahme zweier kleiner Stellen, nicht aus Ediktskommentaren entlehnt. Das scheint nicht für eine Beteiligung des Prätors an der Aufnahme des Instituts in das römische Recht zu sprechen. Indessen bleibt doch folgendes zu erwägen. Das Ansinnen, aus Seedarlehen, die wohl zunächst im Verkehr der Römer mit den Griechen abgeschlossen sind, eine Klage zu gewähren, wird zunächst nicht an den *praetor urbanus*, sondern an den *praetor peregrinus* gerichtet worden sein. Hätte dieser eine Klage in seinem Edikt versprochen bezw. proponiert, so würden zunächst die Bearbeiter des Peregrinenedikts Veranlassung gehabt haben, über das *foenus nauticum* zu handeln. Es ist nicht sehr wahrscheinlich, daß in der Hadrianischen Redaktion eine Vereinigung der Edikte beider Prätoren zu einem einzigen Edikt stattgefunden habe. Seit Caracalla's Bürgerrechtsverleihung hatten weder das Edikt des *praetor peregrinus* noch die etwaigen Kommentare dazu noch ein praktisches Interesse. Für die Lehren also, die, aus dem Edikt des Peregrinenprätors stammend, in der Kaiserzeit etwa allgemeinere Bedeutung gewonnen hatten, wie z. B. das formlos abgeschlossene *foenus nauticum*, sind für Justinian's Digesten nicht mehr etwaige Arbeiten über das Peregrinenedikt excerpiert, sondern andere, diese Materien gelegentlich behandelnde Werke, wie die Responsen- und Quästionensammlungen. Der Ausdruck *„traiecticia pecunia"*, vergleichbar dem *„constituta pecunia"*, macht ganz den Eindruck, als verdanke er einem Edikt oder einer Ediktsrubrik bezw. einer Klagformel die feste technische Bedeutung. Die Klage würde als eine *in factum* konzipierte zu denken sein, deren Formel mit dem *quanti ea res erit* ihrer *condemnatio* dem Geschworenen unbeschränkten Spielraum für die Berücksichtigung der versprochenen Zinsen ließ. Über mehr als Fragen und Vermutungen kommt man hier nicht hinaus. Wenn der Geber des Seedarlehns einen Sklaven mitsandte, der ermächtigt war, nach Ankunft des Schiffs die etwa nötige Mahnung vorzunehmen und die Zahlung zu empfangen, so ließ er sich auch wohl eine Entschädigung für die dem Empfänger zur Disposition gestellten *operae* dieses Sklaven versprechen. Dieses Versprechen *ob operas* scheint mit dem der *poena* im Fall nicht rechtzeitiger Erfüllung in einer Stipulation zusammengefaßt zu sein. In l. 23 D. de obl. et act. 44, 7 sind in dem Passus: *poena uti adsolet ob operas eius qui pecuniam peteret* u. s. w. wohl zwei Worte ausgefallen, es ist wohl zu lesen: *poena, uti adsolet, et pecunia ob operas* u. s. w.

7. *Formulae in factum conceptae* aus *Depositum*, *Commodatum*, *Pignus*.

§ 156. Aus Gai. IV, 47 wissen wir, daß der Prätor im Edikt *ex quibusdam causis* sowohl *in ius* als *in factum* konzipierte Klagformeln aufgestellt hat, z. B. aus dem Depositum und dem Kommodat. Beide *formulae depositi* teilt Gaius mit. Was wir hiernach schon annehmen dürfen, daß die Erteilung der *formula in factum concepta* durch ein Edikt versprochen sei, findet sich durch die Digesten bestätigt. Das auf das Depositum sich beziehende Edikt ist in l. 1 § 1 D. depositi 16, 3 überliefert, wohl nicht ganz unverändert. In den Worten: *Quod neque tumultus neque incendii* u. s. w. *causa depositum sit, in simplum — — — iudicium dabo* fällt der Konjunktiv *depositum sit* auf. Man erwartet statt dessen eher: *depositum est* oder *erit, eius in simplum* u. s. w. In den folgenden Worten aber kann eine Angabe der Verschiedenheit der Verjährungszeiten, wie sie Neratius in l. 18 D. h. t. doch wohl auf Grund des

kts mitteilt, nicht gefehlt haben. Daß in den besonders hervorgehobenen len aus dem *dolus* des Depositars gegen ihn selbst *in perpetuum*, gegen seinen en *intra annum* die Klage gegeben werden solle, versteht sich doch nicht selbst. Für die Behauptung DERNBURG's, es sei offenbar ein späterer atz, wenn das Edikt fortfahre: *in heredem eius, quod dolo malo eius factum dicetur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo*, t ein innerer Grund nicht vor; sie ist eine Konsequenz seiner allgemeinen fassung der sprachlichen Fassung der Ediktssatzungen.

Wir wollen zunächst die sachlichen Unterschiede zwischen der *formula ius* und der *in factum concepta* mit Bezug auf das Depositum darlegen. Die *ula in ius concepta* hat die Fassung aller *bonae fidei actiones*. Mehrfach hat behauptet, auch die *formula d. in factum concepta* habe die Eigenschaften r *bonae fidei actio*, wofür man sich auf l. 1 § 23 D. h. t. beruft: *Hanc nem bonae fidei esse, dubitari non oportet*, denn, auf die *formula in ius concepta* gen, sei diese Hervorhebung unnötig oder eine Trivialität gewesen. Indessen die *formula in factum concepta* als solche bezogen, wäre der Satz geradezu h, denn diese hat den Zusatz *ex fide bona* nicht. Der Ausspruch hat haupt keine der beiden Formeln vor Augen, er erklärt den materiellen pruch aus dem Depositum, die *actio* für *bonae fidei*, wobei man das *dubitari oportet* gewiß nicht urgieren darf. Wegen dieses Ausdrucks braucht man t anzunehmen, daß wirklich ein bei den Juristen aufgetauchter Zweifel damit ckgewiesen werde, es soll vielleicht nur die Möglichkeit eines Zweifels, ge- mit Rücksicht auf die doch auch *ex causa depositi* gewährte *formula in m concepta*, abgeschnitten werden. Es wird jetzt zu zeigen sein, daß der der *formula in factum concepta* geltend zu machende Anspruch ein strenger für welchen die Sätze der *bonae fidei actiones* nicht galten. Die *in factum* wird zwar auch *ex causa depositi* gegeben, hat also insoweit eine kontrakt- Grundlage, aber sie wird nicht bloß auf Grund des *deposuisse*, sondern in nüpfung daran auf Grund des *rem dolo malo — redditam non esse* gegeben, hat damit eine deliktische Grundlage: es ist ein aus dem dolosen Bruch übernommenen *depositum* erwachsener Strafanspruch, der einen strengen akter hat. Als ein mehr der Analogie strenger Klagen folgender Anspruch er sich in folgenden Punkten. Da in der Formel der Kondemnations- hl an die (negative) Bedingung des *rem dolo malo redditam non esse* geknüpft so kann wegen doloser Verweigerung der Rückgabe das *simplum* bezw. *um* verlangt werden, ohne daß der Depositar durch Rückgabe noch nach Litiskontestation der Kondemnation entgehen könnte. Für die *actiones in ius ptae* gilt, wie für alle *bonae fidei actiones*, der Satz, *iudicia absolutoria esse*, gehörige Rückgabe noch nach der Litiskontestation sichert dem Beklagten Absolution. Damit hängt weiter folgender Unterschied zusammen. Wenn deponierte Sache *sua natura*, d. h. durch einen *casus*, nach der Litiskon- tion vor dem Urteil untergegangen, z. B. der deponierte Sklave gestorben so muß nach Sabinus und Cassius der beklagte Depositar absolviert werden, bei anderen *bonae fidei iudicia* auch, nach l. 14 § 1 D. h. t. Anders ent- idet l. 12 § 3 D. h. t.: *Quemadmodum quod ex stipulatu vel ex testamento dari eat, post iudicium acceptum cum detrimento rei periret, sic depositum quoque eo c) die, quo depositi actum sit, periculo eius apud quem depositum fuerit est, si ii accipiendi tempore potuit id reddere reus nec reddidit.* Man hat diese Stelle, elcher die Prästation des *casus* an die Litiskontestation geknüpft wird,

dadurch mit l. 14 § 1 cit. zu vereinigen gesucht, daß man gesagt hat, bei der l. 12 § 3 sei hinzuzudenken, daß durch die Litiskontestation *mora* begründet sei. Allein l. 12 § 3 läßt durch die Schlußworte: *si iudicii accipiendi tempore potuit id reddere reus nec reddidit* erkennen, daß der Jurist die *formula in factum concepta* vor Augen hatte: bei ihr wurde, wie bei Klagen auf *dare oportere* aus Stipulation oder Testament, nur gefragt, ob zur Zeit der Litiskontestation die Leistung möglich war oder nicht, und trug ersteren Falls der Beklagte unbedingt den nach der Litiskontestation eingetretenen Casus, während es bei der *actio in ius concepta*, wie bei anderen *bonae fidei iudicia*, im Fall der mora doch darauf ankam, ob nicht die Sache im Fall rechtzeitiger Restitution auch beim Kläger untergegangen wäre. Die *formula in factum concepta* folgt hier also der Analogie der strengen Klagen. — Gaius führt J. IV, 61 die *actio depositi* unter den *bonae fidei iudicia* auf, bei welchen *officio iudicis continetur, ut habita ratione eius quod invicem actorum ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum cum quo actum est condemnare.* Hier hat er natürlich die *formula in ius concepta* im Sinne. Doch stand es dem *iudex* auch frei, *nullam omnino invicem compensationis rationem habere* (Gaius IV, 63), und dem dolosen Depositar wird er wohl immer die Kompensation versagt haben. Darauf dürften die Worte des Paul. sent. II, 12, 12: In *causa depositi compensationi locus non est, sed res ipsa reddenda est* zu beziehen sein. Bei der *formula in factum concepta*, bei welcher der Kondemnationsbefehl nur an die Bedingungen des *depositum esse* und *rem dolo malo — redditam non esse* geknüpft war, hatte der *iudex* die Befugnis zur Kompensation nicht, bei dieser hätte nur vermöge eines besonderen Zusatzes zur Formel Kompensation ermöglicht werden können. Der Charakter der Klage als einer Art Strafklage schloß es aber aus, dem dolosen Depositar die Kompensation zu gestatten. Wenn ferner gesagt ist, daß *in iudicio depositi ex mora et fructus veniunt et usurae rei depositae praestantur* (Paul. sent. II, 12, 7), daß der Depositar, wenn er mit Erlaubnis des Deponenten das deponierte Geld für sich verwandt habe, deshalb Zinsen zu leisten gezwungen werden könne, *ut in caeteris bonae fidei iudiciis* (l. 29 § 1 D. h. t.), und ähnliches, so beziehen sich diese Äußerungen nur auf die *formula in ius concepta*, die *actio in factum* ging nur auf das *simplum* oder *duplum* der deponierten Sache. Wie die Frage, was deponiert oder kommodiert sei, strikter bei der *actio in factum*, als bei der *in ius concepta* beurteilt wurde, zeigen folgende Äußerungen. In l. 1 § 5 dep. 16. 3 heißt es: *Quae depositis rebus accedunt, non sunt deposita, ut puta si homo vestitus deponatur, vestis enim non est deposita: nec si equus cum capistro, nam solus equus depositus est.* Meines Erachtens kann sich die Äußerung nur auf die *actio in factum*, nicht auf die *bonae fidei actio in ius concepta* beziehen. Der *bona fides* entspricht eine solche buchstäbliche Auslegung des *deponere* gewiß nicht. So wird denn auch in l. 5 § 9 D. commodati 13, 6 in Bezug auf das Kommodat gesagt: *Usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat: ut puta equam tibi commodem, quam pullus comitabatur: etiam pulli te custodiam praestare debere veteres responderunt.* Hier ist von dem *bonae fidei negotium* und der daraus entspringenden *actio commodati in ius concepta* die Rede. — Daß die *actio in factum concepta* der Analogie der strengen Klagen folgt, zeigt endlich die Äußerung des Gaius über die Folgen der *plus petitio* IV, 60. Wenn der Kläger in der *intentio* der *formula in factum concepta* mehr Sachen als deponiert bezeichnet hatte, als wirklich deponiert waren, so trat, wie bei den *actiones stricti iuris*, das *litem perdere* infolge der

s petitio ein, während durch eine *falsa demonstratio* der *formula in ius conta* auch bei der *actio depositi* und *commodati* der wahre Anspruch nicht *in icium* deduziert war.

Wenngleich es sich bei der Verwischung des Unterschieds zwischen der *mula in ius* und der *in factum concepta* in den Digesten nicht direkt beweisen t, so stehe ich doch nicht an, meine Ansicht auszusprechen, daß die *formula factum* eine Pönalklage war, die gegen den, welcher dolos das Depositum abeugnet oder die Rückgabe verweigert hatte, wegen des *perfidiae crimen* gegeben rde. Um diesen Charakter der *actio in factum* zu erkennen, ist es von Wert, l. 18 D. h. t. (Neratius libro II membranarum) mit l. 1 § 1 D. eod. zuımenzustellen. Nach l. 18 cit. wird, wenn *tumultus, incendii, ruinae, naufragii sa* deponiert ist, gegen den Erben des Depositars wegen des *dolus* des Ver:benen (*pro hereditaria portione*) Klage *et in simplum et intra annum quoque* geeben. Das *quoque* findet in der Stelle selbst keine Erklärung. Sinn erhält nur, wenn man berücksichtigt, daß die Stelle aus einem Zusammenhange ommen ist, in welchem Neratius zuerst von der *in factum actio* bei dem gewöhnen *depositum* sprach. Er hatte gesagt, daß hier gegen den Depositar, welcher *malo* nicht zurückgegeben hat, eine *actio in simplum* während eines Jahres ıben werde. Dann ging er über zu den Klagen aus dem *depositum* in den esonderten Fällen und führte zunächst an, daß gegen den Erben des Detars aus dem *dolus* des letzteren eine *actio in simplum* und auch innerhalb eines res gegeben werde, gegen den Depositar selbst auf das *duplum* und *in etuum*. Die civilrechtliche reipersekutorische *actio in ius concepta* war natürvererblich und *perpetua*, auf sie wird sich Paul. sent. II, 12, 10 beziehen: *'em apud te depositam vendideris eamque postquam redemeris perdideris, semel isso dolo perpetua depositi actione teneberis.* Die Strafklage aber gegen den se leugnenden oder Rückgabe verweigernden Depositar wurde nur *intra annum* ıben und war passiv nicht vererblich. Die Angabe des Theoph. IV, 12 § 2, die *actio* aus dem *depositum* nicht gegen den Erben gehe, ist nur auf die *in factum concepta* zu beziehen. Auch das in l. 1 § 1 D. h. t. erhaltene :t giebt bei dem gewöhnlichen Depositum die Klage *in simplum*, ohne dabei Erben zu erwähnen; hätte es die Klage auch gegen den Erben gewähren ɔn, so würde das besonders gesagt sein. Größere Strenge ließ der Prätor inigen besonders hervorgehobenen Fällen walten. Bereits die XII Tafeln ɔn gegen den (dolosen) Depositar eine Strafklage *in duplum* gegeben. Der or aber unterscheidet: für gewöhnlich will er gegen den dolosen Depositar eine Strafklage *in simplum* geben; nur wenn *tumultus* oder *incendii* oder ıe oder *naufragii causa* deponiert ist, will er gegen den dolosen Depositar t die Klage *in duplum* und *in perpetuum* geben, gegen den Erben aber dem *dolus* des Erblassers *in simplum* und *intra annum*, aus seinem eigenen wie gegen den Depositar selbst.

Der Grund größerer Strenge in jenen Fällen liegt nicht fern und wird :tücklich in l. 1 §§ 2—4 auseinandergesetzt. Die plötzlich hereinbrechende mität läßt den davon Betroffenen oder Bedrohten keine Wahl: sie müssen der Hilfe anderer zur Rettung ihrer Sachen bedienen und können nicht prüfen, wem sie dieselben anvertrauen. Der, welcher die Persönlichder er seine Sache anvertrauen will, erst prüfen und aussuchen kann, nach der Anschauung des Edikts, wenn sein Vertrauen vom Depositar scht wird, mit dem *simplum* als Strafe zufrieden sein (*contentus esse debet*

simplo). Wenn aber im Drange der Not ohne Auswahl jedem Beliebigen Sach anvertraut wurden, so erscheint der Bruch des Vertrauens als etwas Schlimmer die Sicherheit des Verkehrs ist durch solche Treulosigkeit stärker bedroht, u das Gemeininteresse erheischt hier eine höhere Strafe. Immer aber liegt au in dem *simplum* eine Strafe des *crimen perfidiae*. Die auf Grund der 12 Tafe bestimmung gegen den dolosen Depositar stattfindende *actio* war ohne Zwei keiner Verjährung unterworfen. Es liegt also ein *imitari ius legitimum* v wenn der Prätor wenigstens in jenen Fällen die Klage gegen den dolos Depositar aufs doppelte und *in perpetuum* gewährt. Die hier erforderlich größere Strenge erklärt auch, daß *ex dolo defuncti* auch gegen den Erben d Klage, wenn auch nur auf das *simplum* und *intra annum*, gewährt wurde.

Nach der Mitteilung der *depositi formulae* sagt Gaius IV, 47: *similes eius commodati formulae sunt.* Das die *in factum actio* versprechende Edikt laut nach l. 1 pr. D. commodati vel contra 13, 6: *Quod quis commodasse dicetur, i eo iudicium dabo.* Schwerlich ist uns damit der volle ursprüngliche Wortla des hadrianischen Edikts überliefert: es fehlt der Betrag, auf den die Kla gegeben werden soll (wahrscheinlich *in simplum*) und die Angabe der Verjährung frist. Der Prätor wird auch gegen den Kommodatar, der dolos das Kommod ableugnete oder die Rückgabe der geliehenen Sache verweigerte, eine Strafkla auf das *simplum* binnen eines Jahres versprochen haben. Das Verhält zwischen *actio in ius* und *actio in factum concepta* wird hier dasselbe gewes sein, wie beim Depositum. In der *formula in factum concepta* aus dem Kommod wird auch gesagt sein: *eamque rem dolo malo N. Negidii A. Agerio redditam n esse;* so daß wegen *culpa levis*, wofür der Kommodatar ja auch haftet, nur m der *actio in ius concepta* geklagt werden konnte, wie schon Keller[1] annahm Nur den dolosen Vertrauensbruch sollte noch eine Strafe treffen. Anders stel die Sache nach Rudorff[2] und Lenel[3]; nach ihnen sollen in der *formula in factu concepta* aus dem Kommodat die Worte *dolo malo* weggefallen sein, doch wol weil der Kommodatar nicht bloß für *dolus*, sondern auch für *culpa* haftet. Durch Weglassen der Worte *dolo malo* würde aber ein anderes Resultat herauskommen es würde der Kommodatar streng fürs Interesse wegen Nichtrückgabe haften auch wenn die Sache durch einen *casus* untergegangen wäre. Die Klage würde dadurch einen viel strengeren Charakter annehmen, als die gegen den Depositar wofür ein innerer Grund nicht zu finden wäre. Lenel sagt auch an anderer Stelle (S. 31), für die Stellung der *commodati* und *pigneraticia actio* (hinter den Kondiktionen) sei wahrscheinlich das scharf bestimmte „*eamque rem redditam non esse*" der Formel, das sie in nächste Nähe zur *condictio certae rei* rückt entscheidend gewesen. Wie es sich dazu reime, daß nach Lenel die Eigen schaft als *bonae fidei actio* auch bei der *in factum* konzipierten *commodati act* anerkannt sein soll, bleibt unklar. Man sollte nach jener Stellung der Klag mehr den Charakter einer *condictio* zuschreiben. — Auch hier hat die justinia nische Kompilation die Strafklage, welche vielleicht schon durch die Praxis abgekommen war, neben der Ersatzklage fallen lassen, in den Digesten ist der Unterschied zwischen den beiden Formeln verwischt, und dadurch mag sich der Schein erklären, daß auch die *formula in factum concepta* als eine *bonae fidei actio* bezeichnet werde. Wenn es auch von Gaius nicht gesagt wird, s ist doch anzunehmen, daß im Edikt auch für den dritten zu den *bonae*

[1] Institutionen S. 116. [2] De jurisd. ed. p. 109. [3] Edictum S. 301

negotia gehörenden Realkontrakt doppelte Formeln, eine *in ius* und eine *factum concepta*, proponiert waren, die in demselben Verhältnis zu einander nden, wie die entsprechenden Formeln beim *depositum* und *commodatum*. s l. 1 § 1 D. de r. c. 12, 1: *ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de nore edixit* geht hervor, daß der Prätor auch über das *pignus* ein besonderes ikt aufgestellt hatte, auf Grund welches eine *formula in factum concepta* pro- niert sein wird. Daß es eine solche gab, wird ferner dadurch erwiesen, daß den Ediktskommentaren die in der *intentio* derselben bezeichneten Be- gungen der Zuständigkeit (welche nicht etwa aus der *demonstratio* der *formula ius concepta* entlehnt sein können) erläutert werden. Bestätigt wird dies dann ch durch die Worte in l. 3 C. de luitione pignoris 8, 30 (31): — *cum etiam icto perpetuo, actione proposita pecunia soluta creditori vel si per eum factum sit, o minus solveretur, ad reddenda quae pignoris acceperat iure eum satis evidenter gueri manifestum sit.*

Fragen wir nun noch nach dem Altersverhältnis der *formula in ius* und r *in factum concepta* in den genannten drei Fällen, so scheint kein Grund handen, hier eine Abweichung von der regelmäßigen Erscheinung, daß die vilrechtliche Klage die ältere ist, anzunehmen. Dem Prätor schienen bei den ei Realkontrakten die civilrechtlichen, reipersekutorischen Klagen für den Fall nes dolosen Treubruchs nicht auszureichen, seiner rechtspolizeilichen Aufgabe am er hier dadurch nach, daß er für diesen Fall noch eine besondere, in kurzer rist verjährende, auf die Erben des Treulosen nicht übergehende Strafklage afstellte, welche ein starkes Kompelle für den Depositar, Kommodatar, Pfand- läubiger enthielt, getreu ihrer Verpflichtung zur Rückgabe nachzukommen.

8. Das *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum.*[1]

§ 157. Im Hadrianischen Edikt waren unter dem Titel *de receptis* drei dikte oder doch Klagen proponiert, betreffend das *receptum* des *arbiter*, das der *nautae, caupones, stabularii* und die *recepticia actio* gegen den *argentarius*. Es liegt ie Frage nahe, welcher Grund diese doch etwas auffallende Zusammenstellung ewirkt hat, und für sie alle drei kann der Grund wohl nur darin gefunden erden, daß in allen drei Fällen die Übernahme der Verbindlichkeit durch das ort *recipere* bezeichnet wird. Zwischen den beiden ersteren Fällen besteht aber ohl noch ein etwas näherer Zusammenhang, und es mag die civilrechtliche *cepticia actio* gegen die *argentarii*, der kein besonderes verheißendes Edikt vor- usgeschickt sein wird, erst durch Julian hierher gestellt sein, für welchen be- immend gewesen sein wird, daß, wie die Klage aus dem *receptum* der *nautae* auf ewisse Klassen von Gewerbetreibenden beschränkt war, so auch die *actio recepticia* ir gegen die, welche *argentariam exercebant,* ging. Zwischen dem *receptum* des *biter* und dem der *nautae* u. s. w. besteht noch der Zusammenhang, daß beide keine besondere Form gebunden waren, und daß der auf Grund derselben währte Rechtszwang ein prätorischer, durch den Prätor verheißener ist.

Bei der Aufstellung der *actio de recepto* gegen die *nautae, caupones* und *bularii* handelt es sich um Kategorieen von Gewerbetreibenden, welche sich i den Alten keines guten Rufs erfreuten. Was zunächst die Schiffer betrifft, sollen auch noch heute Unterschlagungen insbesondere von seiten der Strom-

[1] Die beste Arbeit darüber ist die von Goldschmidt in dessen Zeitschr. f. d. gesamte ndelsr. III, S. 58 ff. 331 ff.

schiffer sehr häufig vorkommen, häufiger als bei Landfuhrleuten.[1] Der Schiffer, welcher fast zu jeder Reise anderes Volk dingt, wird darunter sehr leicht schlechtes Gesindel haben. Und doch sind die Gefahren des Wassertransports größere, die Dauer desselben gewöhnlich länger. Das Publikum, welches seine Sachen durch Schiffer transportieren läßt, ist genötigt, denselben größeres Vertrauen zu schenken. Ähnlich liegen die Verhältnisse bei den Gast- und Stallwirten. Sie standen im übelsten Rufe. Sehr häufig waren die Wirte und Wirtinnen zugleich Kuppler, die Wirtshäuser Orte der Prostitution, die weibliche Bedienung bestand vielfach aus gewerbsmäßigen Dirnen. So kam es, daß viel schlechtes Gesindel in den Wirtshäusern verkehrte, mit welchem die Wirte zum Zweck der Ausplünderung der Gäste gemeinsame Sache machten.[2] In den Verzeichnissen der Polizei waren sie neben Dieben und Würfelspielern eingeschrieben.[3] Und doch mußte ihnen von den Reisenden ein ähnliches großes Vertrauen, wie den Schiffern, geschenkt werden. Diese Umstände machten einen stärkeren Rechtsschutz durch die Jurisdiktion zu einem dringenden Bedürfnis, wie dies von den Juristen als Grund der Ediktsbestimmungen ausdrücklich hervorgehoben wird (l. 1 § 1. l. 3 § 1 D. nautae, caupones, stabularii 4, 9). Dieses Bedürfnis war um so dringender, je schwieriger es in den meisten Fällen gewesen sein wird, dem *exercitor navis* oder dem *caupo* selbst eine Schuld nachzuweisen. Das Edikt, welches uns vollständig überliefert zu sein scheint, lautet nach l. 1 pr. D. h. t.: *Nautae, caupones, stabularii quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos iudicium dabo.* Die versprochene Klage ist also an das *salvum fore recipere* von seiten des *nauta* u. s. w. und an das *non restituere* geknüpft. Die Klagformel ist uns nicht erhalten,[4] aber die Klage wird ausdrücklich als eine *honoraria actio*, als eine *in factum actio* die *ex hoc edicto proficiscitur*, bezeichnet. In der Quasiintentio derselben müssen das *salvum fore recepisse* von seiten des *nauta* u. s. w. und das *non restituisse* als Bedingungen der *condemnatio* bezeichnet gewesen sein. Die *condemnatio* wird auf *quanti ea res erit* gelautet haben. Zu den *actiones arbitrariae* aber, zu welchen sie Goldschmidt[5] zählt, gehört die *actio de recepto* nicht, und es kann daher auch nicht von Feststellung des klägerischen Interesses durch das *iurandum in litem* die Rede sein.[6]

[1] Vgl. den von Goldschmidt, a. a. O. S. 356 A. 1, citierten Büsch, Darstellung der Handlung I, S. 538. 539.

[2] Vgl. Friedländer, Darstellungen aus d. Sittengeschichte Roms 5. Aufl. (2. T.) S. 5. L. 4 § 2 D. de his qui not. i. 3, 2; l. 43 pr. § 9 D. de r. n. 23, 2; l. 29 C. ad leg. Jul. de adult. 9, 9. Paul. sent. II, 26 § 11.

[3] Tertull. De fuga in persecut. c. 13.

[4] Lenel, Edictum S. 104, meint, die Formel sei auf das *receptum nautarum* abgestellt gewesen. Das ist möglich, aber aus l. 3 § 2 D. h. t.: *eodem modo tenentur caupones et stabularii* folgt es nicht. Das *eodem modo*, meint Lenel A. 10, erkläre sich, da die Anwendbarkeit des Edikts auf *caupones et stabularii* bereits in l. 1 § 5 erörtert wäre, hinlänglich daraus, daß die Musterformel auf die *nautae* ging. Indessen in l. 1 § 5 D. h. t. ist nur angegeben, was unter *caupo* und *stabularius* zu verstehen sei, wie in den vorhergehenden Paragraphen, welchen Sinn „*nautae*" habe. Das schließt also nicht aus, daß mit den Worten „*eodem modo*" die Anwendbarkeit des übrigen Ediktstextes, der zunächst in Bezug auf *nautae* erläutert ist, auf *caupones* und *stabularii* konstatiert wird.

[5] A. a. O. S. 117.

[6] Für Goldschmidt's Meinung spricht nicht das im Edikt gebrauchte Futurum „*restituent*", denn das Edikt verspricht ja überhaupt, in Zukunft die Klage zu geben, es gebraucht daher auch in *salvum fore receperint* das Futurum exactum. In die Formel setzen haben Rudorff und Lenel mit Recht „*recepisse neque restituisse*" gesetzt. Auch die Ab-

Eine nähere Betrachtung verlangt der Sinn des *salvum fore recipere*. Betrachten wir zunächst den sprachlichen Sinn dieser Worte. GOLDSCHMIDT[1] meint, sie könnten ein Doppeltes bedeuten: 1. „aufnehmen, so daß das aufgenommene Gut unversehrt bleibe solle", also „aufnehmen mit dem Versprechen, für die Integrität einzustehen"; 2. „versprechen, für die Integrität einstehen zu wollen". GOLDSCHMIDT entscheidet sich mit Recht dafür, daß das *recipere* in jenen Worten nicht die thatsächliche Übernahme der Ware, sondern „Versprechen" bedeute. Wenn er aber sagt, für diese Bedeutung spreche die einfachere, ungezwungenere Konstruktion, so muß dem gegenüber bemerkt werden, daß gerade wegen des von *recipere* abhängigen *salvum fore* die Bedeutung „aufnehmen", „thatsächlich übernehmen" hier geradezu ausgeschlossen ist, denn sprachlich wäre es nicht möglich, das *salvum fore* damit in Zusammenhang zu bringen.[2] Es ist gewiß mit Absicht das Wort „*recipere*" für das Versprechen, und nicht ein anderes, gebraucht. Das *recipere* bedeutet ein Versprechen, welches ein Überweisen der Sachen seitens des anderen voraussetzt. GOLDSCHMIDT denkt sich nun die historische Entwickelung so. Ursprünglich ist ein mündliches einseitiges Garantieversprechen in der Sitte begründet gewesen. Dann habe man sich daran gewöhnt, das *recipere* von dem bloß thatsächlichen formlosen Aufnehmen durch die dazu legitimierten Personen zu verstehen, und das Garantieversprechen zu subintelligieren. Das prätorische Edikt habe an diese Entwickelung angeknüpft und durch seine Bestimmung die Garantiepflicht zu einer gesetzlichen gemacht. Diesem Satz, daß sich eine gesetzliche Garantiepflicht aus einem ursprünglich ausdrücklichen Garantieversprechen herausgebildet habe, muß widersprochen werden. Das *salvum fore recipere* war und ist auch noch in der klassischen Zeit ein Versprechen, die *custodia* zu übernehmen, ein Versprechen, welches in beliebiger Form, also auch durch konkludentes Handeln, gegeben und angenommen werden konnte, und, wie GOLDSCHMIDT[3] mit Recht sagt, durchaus nicht eine Übernahme zufälliger Gefahr *(periculum casus)*, sondern lediglich Übernahme der *custodia* enthielt. Von besonderer Wirkung wurde dieses Versprechen erst durch das Edikt, erst dadurch, daß der Prätor versprach, wenn der *nauta* u. s. w. auf Grund dieses Versprechens nicht restituiere, gegen ihn ein *iudicium* zu geben, d. h. ihn auf das *quanti ea res erit* kondemnieren zu lassen. Von einem Subintelligieren ist hier also nicht die Rede: die strenge Wirkung des Versprechens, die *custodia* zu übernehmen, besteht lediglich in dem vom Prätor versprochenen bezw. gegebenen *iudicium*. Das Versprechen aber, die *custodia* zu übernehmen, wird nicht subintelligiert: es liegt in der Überweisung der Sachen an den *nauta*, *caupo* u. s. w., bezw. an das von diesen dazu bevollmächtigte Personal, oder in dem Einbringen der Sachen in das Schiff, Wirts-

---

gie der *actiones depositi* und *locati* (*in ius conceptae*) kann GOLDSCHMIDT nicht als seine Meinung bestärkend heranziehen. Eine gewisse Analogie gewährt nur die *formula depositi factum concepta*, welche nach Gai. IV, 47 auf „*eamque (rem) dolo malo N^i N^i A^o A^o redditam non esse*" lautete, und auch keine *actio arbitraria* war. Bei diesen *in factum actiones* kann auch wohl Rückgabe *in natura* nur bis zur Zeit der Litiskontestation stattfinden. LENEL, a. a. O. A. 16 sagt, an das *quanti ea res erit* habe sich wahrscheinlich eine prätorische *taxatio* angeschlossen, auf Grund von l. 6 § 2 D. h. t.; allein die *actio poenalis*, worauf sich jener Paragraph bezieht, gewährt für die *actio de recepto* keine Analogie.

[1] A. a. O. S. 98.

[2] Vgl. BEKKER in d. Zeitschr. d. Savignystiftung f. Rechtsgesch. III, S. 7.

[3] A. a. O. S. 112.

haus mit Vorwissen jener Personen, wie es Ulpian in l. 1 § 8 D. h. t. auseinandersetzt: *Recipit autem salvum fore utrum si in navem res missae ei adsignatae sunt: an et si non sint adsignatae, hoc tamen ipso, quod in navem missae sunt receptae videntur? et puto omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt* —. Und Pomponius bemerkt mit Recht, daß das *recipere* (durch Überweisen des Gepäcks) schon vor dem Einbringen in das Schiff, am Ufer geschehen kann (l. 3 pr. D. h. t.).

In welchem Verhältnis steht nun das *recipere salvum fore* zu dem in dem betreffenden Fall abgeschlossenen civilrechtlichen Kontrakt? Das *receptum* kann vorkommen, sowohl wenn eine *merces intervenit*, als auch wenn *gratis res susceptae sint*, also bei einer *locatio conductio rei* oder einer *locatio conductio operis* oder einem *depositum*, auch wohl bei einem Mandat (denn vom Innominatkontrakt, der jünger ist als die erste Aufstellung des Edikts über das *receptum nautarum*, kann hier abgesehen werden). Goldschmidt führt aus, die von Rechts wegen eintretende Garantieverpflichtung, in welcher das Wesen des *receptum* zu sehen sei, trete stets einem vollkommen verbindlichen civilen Vertrage hinzu, der Inhalt des letzteren werde dadurch nach einer gewissen Richtung modifiziert, das *receptum* dürfe nicht als ein eigentümliches, selbständiges Vertragsverhältnis bezeichnet werden. Richtig scheint mir nur, daß die *actio de recepto* nicht als eine *actio ex pacto* bezeichnet werden kann: sie entspringt nicht lediglich aus dem *recipere salvum fore*, sondern aus diesem und dem Nichtrestituieren des Recipierten. Daß das *receptum* aber nur eine vorliegende civilrechtliche Verpflichtung modifiziere, kann nicht als richtig anerkannt werden. Die *actio de recepto* setzt den gewerbsmäßigen Betrieb von Schiffahrt und Beherbergung von Menschen bezw. Vieh voraus, sie geht gegen denjenigen, auf dessen Rechnung dieser gewerbemäßige Betrieb stattfindet, also immer gegen den *exercitor navis*, den *caupo*, den *stabularius*. Das *recipere salvum fore* kann aber nicht bloß unmittelbar durch den *exercitor*, den *caupo* stattfinden, sondern in Vertretung desselben auch durch den *magister navis*, den *institor* des *caupo*, bezw. das Personal, welches diese zum *recipere* bevollmächtigt haben. Immer aber wird durch das *recipere* des *magister*, des *institor* u. s. w. der *exercitor* oder *caupo* unmittelbar verpflichtet, nicht der *magister* oder *institor*. Das geht hervor aus l. 1 § 2 D. h. t: *Sed a exercitore solummodo Praetor sentit, nec enim debet, inquit Pomponius, per remigem vel mesonautam obligari, sed per se vel per navis magistrum* u. s. w. Den civilrechtlichen Kontrakt der *locatio conductio rei* oder *operis* kann der *magister* oder *institor* nur für sich abschließen, so daß daraus gegen den *exercitor* oder Prinzipal die *actio exercitoria* oder *institoria* gegeben wird. Hier erscheint das *receptum* nicht als eine Modifikation des civilrechtlichen Vertrags; denn der *exercitor* ist durch die vom *magister navis* abgeschlossene *locatio* gar nicht civilrechtlich verpflichtet, während aus dem durch den *magister* vorgenommenen *receptum* der *exercitor suo nomine*, und nicht der *magister navis*, haftet. Weiter Ginge der Abschluß der *locatio* des Schiffs bezw. eines Teils desselben oder der *locatio operis* der Zuweisung des Gepäcks an den *magister navis* bezw. die von ihm beauftragten Leute voraus, so wäre mit dem Abschluß der *locatio* die strenge Haftung aus dem *receptum* noch nicht begründet. Ginge andererseits die Zuweisung des Gepäcks an den Schiffer oder Wirt dem Abschluß der *locatio* schon voraus, so wäre die strenge Haftung aus dem *receptum* schon vor Abschluß des civilrechtlichen Geschäfts begründet. Ja wenn der, der das Gepäck bereits dem Schiffer oder Wirt überwiesen, anderen Sinnes würde und

e *locatio* mit jenem nicht abschlösse, so würde für den Recipienten doch die strenge ediktsmäßige Haftung begründet sein, denn immer hätte er in Ausübung seines Gewerbes die betreffenden Sachen bereits in seine *custodia* übernommen. Man kann also nicht sagen, das der prätorischen Klage zu Grunde liegende Rechtsverhältnis sei das nämliche, welches die civilen Klagen begründe. Man wird das auch nicht schließen können aus l. 3 § 1 D. h. t.: — *Sed an et necessaria (sc. in factum actio ex edicto), videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit.* Hier wird von Paulus nur die Frage aufgeworfen, ob überhaupt ein Bedürfnis für die durch das Edikt aufgestellte Klage vorhanden gewesen sei, da ja aus diesem Grunde (nämlich der Aufnahme von Gepäck reisender in Schiffe oder Wirtshäuser) immer eine *civilis actio*, je nach Verschiedenheit der Fälle eine verschiedene, angestellt werden könne. Daß man die Worte „*ex hac causa*" nicht pressen und nicht sagen dürfe, das der prätorischen Klage zu Grunde liegende Rechtsverhältnis werde hier als das nämliche bezeichnet, welches die civilen Klagen begründe, ist nach dem dargelegten Zusammenhange klar. — Es ist GOLDSCHMIDT (a. a. O. S. 67) zuzustimmen, wenn er sagt, auch das scheine nicht unbezeichnend, daß in l. 5 pr. D. h. t. für *nautae, caupones* das *tenentur* dem *ex locato tenentur* für *fullo* und *sarcinator* entgegengestellt werde, aber damit ist nicht das *ex hoc Edicto* dem *ex locato* entgegengestellt, sondern das *de recepto teneri* dem *ex locato teneri*, während das *ex Edicto teneri* dem nach Civilrecht *teneri* gegenübersteht.

Nach dem Edikt haftet der Recipient, welcher nicht restituiert, *omni modo*, d. h. er haftet unbedingt fürs Interesse, auch wenn die Sache ohne seine Schuld untergegangen, abhanden gekommen oder beschädigt ist; er haftet also auch für jede Beschädigung und jeden Verlust, welche durch Verschulden der Schiffer, Dienstleute und Passagiere sowie sonstiger Dritter herbeigeführt sind. Die Recipienten haften also schlechthin für jede durch irgend jemand verübte Entwendung. Erst Labeo scheint beim *receptum* geltend gemacht zu haben, daß der durch Schiffbruch und Seeräuber bewirkte Schaden billigerweise dem Recipienten nicht zur Last gelegt werden könne; er befürwortete bei Schaden, der durch solche Ereignisse, welche man unter den Begriff der *vis maior*[1] subsumierte, bewirkt war, die Gewährung einer *exceptio* gegen die *actio de recepto*.

Nach den Worten „*quod cuiusque — receperint*" könnte man annehmen, daß nur dem Schiffer oder Wirt anvertraute eigene Sachen des Anvertrauenden unter dem Schutze dieser strengen Haftung des Recipienten stünden. Eine ausdehnende Interpretation hat hier angenommen, daß das Edikt sich auch auf solche dem Schiffer u. s. w. anvertraute Sachen bezieht, an deren Unversehrtheit der Anvertrauende ein rechtliches Interesse hat, z. B. die für ein *foenus nauticum* verpfändeten Sachen. Ferner soll sich das Edikt auch nicht bloß auf die unmittelbar anvertrauten Waren und das Gepäck beziehen, sondern auch auf die Kleidungsstücke der Passagiere und anderes zu ihrem täglichen Gebrauch dienende, so den mitgenommenen Mundvorrat (l. 1 § 6; l. 4 § 2 D. h. t.).

Die *actio de recepto* entspringt zwar, wie bereits früher hervorgehoben, nicht unmittelbar aus dem Versprechen *salvum fore*, sondern erst aus dem hinzukommenden *non restituere*, sie hat aber nicht irgendwie den Charakter einer Deliktsklage, sondern durchweg *rei persecutionem continet.* Daraus folgt, daß wenn ein *servus* der *exercitor navis* ist, und zwar ohne Zustimmung seines

[1] Über *vis maior* vgl. II, S. 829 ff.

Herrn, die *actio de recepto* gegen den Herrn desselben als *actio de peculio* gegeben wird, ferner, daß sie schlechthin auch gegen den Erben des *exercitor* gegeben wird und *perpetua*, unverjährbar ist.[1]

Hinsichtlich des Alters des Edikts über das *receptum* bezw. der *actio de recepto* wissen wir nur, daß Labeo die Klage bereits kannte, und es liegt kein Grund zu der Annahme vor, daß sie damals erst kürzlich aufgestellt war.[2] Goldschmidt[3] sucht durch folgende Argumentation einen näheren Anhaltspunkt für die Zeit des Aufkommens der Klage zu gewinnen. Der immerhin auffallende Ausdruck *nauta* für Schiffsrheder, meint er, würde sich erklären, wenn wir annehmen dürften, daß unser Edikt älter sei, als das über die *exercitoria actio*. Denn in diesem Fall habe ursprünglich der Ausdruck *nauta* im Edikt wirklich den Kapitän, *magister navis*, mochte dieser selbst Rheder sein oder nicht, bezeichnet. Erst als die Möglichkeit aufgekommen sei, aus den Verträgen des Schiffers direkt gegen den Rheder zu klagen, habe mit der *actio de recepto* auch der Rheder belangt werden können, welcher nicht selbst Kapitän war und die Güter entgegennahm. Danach soll es also eine Zeit gegeben haben, zu welcher die *actio de recepto* gegen den *exercitor navis* als solchen nicht zulässig war, während die Klage doch gerade auf die, *qui negotium suum exercentes recipiunt* berechnet ist. Sodann geht die ganze Argumentation von der unrichtigen Voraussetzung aus, als ob die *actio de recepto* gegen den *magister navis* als solchen angestellt werden könne, während nach Ulpian's Ausspruch in l. 1 § 2 *de exercitore solummodo praetor sentit*, und nur das den *exercitor* obligierende *recipere salvum fore* auch durch den *magister navis* geschehen kann. Auch die Äußerung in l. 1 § 5 D. h. t.: *Caupones autem et stabularios ergo eos accipiemus, qui cauponam vel stabulum exercent, institoresve eorum* will nur sagen, daß auch die *institores* der *caupones* und *stabularii* diese durch das *recipere salvum fore* obligieren können, nicht aber, daß sie selbst mit der *actio de recepto* hafteten. Das ergiebt sich aus dem unmittelbar folgenden Satze: *ceterum si quis opera mediastini fungitur, non continetur, ut puta atriarii et focarii et his similes.* Die hier genannten *atriarii, focarii, mediastini* können den *caupo* durch *recipere salvum fore* nicht obligieren.

Im Anschluß an die *actio de recepto* möge hier auch auf die prätorischen Strafklagen gegen *nautae, caupones, stabularii* eingegangen werden. Es sind deren zwei: eine wegen *damnum iniuria datum*, eine andere wegen *furtum*. Das Edikt über die letztere ist uns wenigstens inhaltlich (ob unverändert, wird demnächst zu prüfen sein) erhalten. Es wird auch in Julian's Edikt, wie in den Digesten, hinter den allgemeinen Edikten über das *furtum* gestanden haben, denn es ist im 38. Buch des Ulpianischen Kommentars erklärt, in welchem Ulpian auch noch die im 37. Buch begonnene Erklärung jener allgemeinen Edikte fortgesetzt hat. Dagegen über die Strafklage wegen *damnum iniuria datum* gegen Schiffer u. s. w. findet sich in den Digesten kein besonderer Titel.

[1] L. 2 §§ 3 u. 4 D. h. t.

[2] Dernburg, Pandekten 2[6] S. 108, bezeichnet unser Edikt als ein Notgesetz, hervorgerufen durch die Unsicherheit der Straßen und Transporte in den letzten Zeiten der Republik. Es liegt indessen keinerlei Andeutung dafür vor, daß es durch vorübergehende durch unruhige revolutionäre Zeiten hervorgerufene Unsicherheit des Verkehrs entstanden sei; und auf Fuhrleute bezw. den Landfrachtverkehr, der durch solche vorübergehende Verkehrsunsicherheit besonders betroffen sein würde, hat die *actio de recepto* nach römischem Recht nie Anwendung gefunden (Goldschmidt, a. a. O. S. 353 ff.).

[3] A. a. O. S. 61 A. 1.

Daß die Klage hinter dem Edikt über das *damnum iniuria datum* im Julianischen Edikt proponiert war, geht daraus hervor, daß die sie betreffenden Digestenfragmente aus dem 18. Buch des Ulpianischen und dem 22. Buche des Paulinischen Kommentars entnommen sind, in welchen jene Juristen vorzugsweise die *ad legem Aquiliam* proponierten Klagen erläutert haben. Ein Edikt über diese *actio* ist uns nicht erhalten, und LENEL[1] meint, ein solches habe auch nicht existiert. Das würde, da den *actiones* wegen *furtum* stets ein solches Edikt vorausgeschickt ist, und ein die *actio furti* gegen Schiffer u. s. w. verheißendes Edikt existiert hat, sehr auffallend sein. Der Grund aber, warum uns dieses Edikt nicht erhalten ist, liegt nahe. Die Kompilatoren haben keinen besonderen Titel über die Klage in die Digesten aufgenommen; sie haben sich damit begnügt, die Hauptfragmente über dieselbe in den Titel über das *receptum nautarum* aufzunehmen (l. 6 und 7) und haben es dementsprechend gefunden, auch das die Klage versprechende Edikt wegzulassen. Der *exercitor navis* soll aber haften für Sachbeschädigungen und *furta*, welche von den Personen, *qui in ea navi navigandi causa* sind *i. e. qui adhibentur, ut navis naviget*, also von den Schiffsleuten, den *nautae*, begangen sind: für deren *furta* soll er einstehen, nicht dagegen für von den Schiffspassagieren, den *vectores*, verübte derartige Thaten. Ebenso soll der *caupo* und der *stabularius* für die Sachbeschädigungen und *furta* der Leute einstehen, welche er zum Betriebe der Wirtschaft in dem Wirtshaus verwendet, sowie derer, welche dauernd in dem Gasthause wohnen, nicht aber für solche Delikte vorübergehend aufgenommener Reisender. Es müssen ferner die beschädigten oder entwendeten Sachen sich auf dem Schiff oder in dem Wirtshaus befunden haben, wenn sie auch nicht gerade Gegenstände des *receptum* waren, und das Delikt muß auf dem Schiff bezw. in dem Wirtshaus selbst verübt sein. Es handelt sich hier also um *actiones quasi ex delicto*, welche von vornherein aufs *duplum* gehen. Sie werden daher nicht gegen die Erben gegeben, sind aber, obwohl *honoraria iudicia in factum*, doch *perpetua*, unverjährbare. GOLDSCHMIDT meint, diese Unverjährbarkeit beruhe einfach darauf, daß diese Klagen lediglich als erweiterte Anwendungen der *actio furti nec manifesti* und der *actio legis Aquiliae* erschienen, und um deswillen gleich diesen behandelt würden. Allein es sind doch nur *actiones quasi ex delicto*, und andererseits giebt GOLDSCHMIDT selbst zu, daß man in anderen Fällen analoger Anwendung nicht immer den gleichen Weg eingeschlagen habe, z. B. bei der ähnlichen Klage gegen die *Publicani*. In unserem Fall muß doch wohl ein besonderer Grund für die Unverjährbarkeit vorgelegen haben. Es war wohl der, daß man *id genus hominum* besonders streng behandeln und damit der Sicherheit des Reiseverkehrs dienen wollte.

Zu fragen ist hier noch, ob die strenge Haftung aus dem *recipere res salvas fore* durch vorhergehende Verabredung des Schiffers, Wirts mit dem Passagier, Gast ausgeschlossen werden könne. Ausgesprochen ist das nur in l. 7 pr. D. nautae 4, 9 in Bezug auf die Pönalklagen. Man will das hier Gesagte aber auf das *receptum* analog anwenden. Dafür spreche die Stellung in demselben Titel. Allein erst durch die Kompilatoren ist das Fragment in diesem Titel untergebracht, in Ulpian's Kommentar selbst stand es unter einem anderen Titel. Ob man den Pönalklagen eher einen absoluten Charakter zuschreiben könne, als der durch das Edikt angeordneten Haftung aus dem *receptum*, ist

[1] Edictum S. 161.

doch sehr fraglich. Die Sicherheit des Verkehrs, die im Interesse des reisenden Publikums überhaupt liegt, erheischte die unbedingte Haftung der Schiffer und Wirte für den Schaden im Falle des *non restituere* noch mehr, als die Pönalklagen. Der einzelne Reisende kann sich, um nur vom Schiffer u. s. w. aufgenommen zu werden, aus Not zur Eingehung einer auf Ausschließung der strengen Haftung gerichteten Verabredung bringen lassen. Die Strenge der Haftung beruht, wie gezeigt wurde, nicht auf einer subintelligierten Garantieklausel, sondern auf der Bestimmung des Edikts. Danach ist zu behaupten, daß diese strenge Haftung *publici iuris* war, und also nicht *privatorum pactis* beseitigt werden konnte.

Lenel[1] hat mit Recht gesagt, die Stelle Ulpian's in l. un. D. furti adversus nautas 47, 5, welche den Inhalt des Edikts über die *actio furti* gegen Schiffer u. s. w. berichtet, könne in ihrer zweiten Hälfte nicht so, wie sie überliefert ist, von Ulpian geschrieben sein. Die erste Hälfte, sagt Lenel, enthält anscheinend wortgetreues Ediktsreferat. Aber doch nicht vollständiges, denn es fehlt hier die Angabe, daß das *iudicium in duplum* gegeben werden solle. Daß die zweite Hälfte zur ersten Hälfte stilistisch nicht paßt, ist von Lenel klar gezeigt, und auch darin ist ihm zuzustimmen, daß es sich nicht um eine Erfindung der Kompilatoren handelt. Er meint nun, die Kompilatoren hätten die Angabe des Ediktsinhalts aus der Formel ungeschickt ergänzt. Daß ein derartiges Verfahren bei ihnen vorkommt, kann nicht bezweifelt werden, wohl aber ob es auch hier angewandt ist. Das Edikt könnte auch mehrere Absätze enthalten haben, deren Inhalt sie ungeschickt zusammengeschweißt hätten. Das zweite Edikt könnte eine Klage versprochen haben, wenn *ope consilio* des Schiffers, Wirts oder *ope consilio* ihrer Leute das *furtum* verübt sei. Fand sich eine besondere Klagformel für diesen gewiß so häufig vorkommenden Fall im Edikt proponiert, so dürfte ein diese Klage versprechendes Edikt vorhergegangen sein. Hat ein eigener Sklave des *exercitor navis* u. s. w., den er auf dem Schiff verwendete, das *furtum* oder die Sachbeschädigung begangen, so wird jener milder behandelt, es wird ihm das Recht der *noxae deditio* zugestanden, was nur auf einem besonderen Ediktszusatz beruhen kann. (Ulpian könnte in l. un. § 5 D. furti adversus nautas 47, 5 und l. 7 § 4 D. nautae 9, 4 nicht so reden, wie er thut, wenn nicht das Edikt selbst den *exercitor* und *caupo* bezüglich der Thaten ihrer eigenen Sklaven milder behandelte.)

Bezüglich der Zeit, in welcher unsere Pönalklagen aufgestellt sind, finde ich keine besonderen Anhaltspunkte, namentlich auch darüber nicht, ob sie älter oder jünger als die *actio de recepto* sind. Labeo kannte, wie schon bemerkt wurde, die *actio de recepto* bereits, und, wie es scheint, war sie damals nichts ganz Neues. Auch das Bedürfnis der Aufstellung besonderer Pönalklagen gegen Schiffer und Wirte dürfte sich schon in republikanischer Zeit geltend gemacht haben.

II. Klagen aus Delikten und Quasidelikten.

1. *Furtum.*

§ 158. Die Unterscheidung zwischen *furtum manifestum* und *nec manifestum* ist im prätorischen Edikt beibehalten; es behielt auch die anderen durch das Civilrecht aufgestellten Diebstahlsklagen bei, wie das Gaius[2] an-

[1] Edictum S. 266 f. [2] Gaius III, § 191.

drücklich bezüglich der *actio furti concepti* und der *actio furti oblati* bemerkt. Fragen wir nach der Reihenfolge, in welcher die *actiones furti* im Edikt aufgestellt bezw. in den Kommentaren behandelt waren, so müssen wir mit Rudorff[1] wohl die *actio furti manifesti* der *nec manifesti* voranstellen. Lenel[2] dagegen behauptet, im Kommentar Ulpian's sei die *actio furti nec manifesti* der *actio furti manifesti* vorangegangen: die *actio furti nec manifesti* sei im 37. Buch des Kommentars, die *manifesti* erst im 38. Buch behandelt. Diese Voranstellung der Civilklage entspreche ja auch der allgemeinen Regel des Kommentars. Dabei scheint mir verschiedenes außer acht gelassen zu sein. Bei den Erörterungen in den Schriften der Juristen wird regelmäßig das *furtum manifestum* dem *nec manifestum* vorangestellt: so bei Gaius III, 189 ff. und bei Paul. III, 31 §§ 2 ff. Diese dem Civilrecht entsprechende Ordnung auch für das Edikt beizubehalten, lag nahe, da, wie Gai. IV, 111 sagt, der Prätor bei dieser Klage *imitatur ius legitimum — —. furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius praetoris iurisdictione proficiscatur, perpetuo datur; et merito; cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit.* Daß aber in der That Ulpian die *actio furti manifesti* schon im 37. Buch seines Kommentars behandelt hat, zeigt die aus diesem Buche entnommene l. 9 D. ad leg. Cornel. de sicariis 48, 8: *Furem nocturnum si quis occiderit, ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit.*[3] Und in der aus demselben Buche entnommenen l. 50 D. de furtis 47, 2 heißt es denn auch: *In furti actione non quod interest quadruplabitur vel duplabitur, sed rei verum pretium.* Zu der Annahme, daß die Erwähnung des *quadruplum* hier nur eine gelegentliche oder gar eine Interpolation sei, liegt gar keine Veranlassung vor. Wenn Ulpian im Verlauf der Stelle nur vom *duplum* spricht, so erklärt sich das ausreichend daraus, daß die Fälle des *furtum nec manifestum* das viel häufigere, das regelmäßige waren. Meines Erachtens darf überhaupt nicht angenommen werden, daß Ulpian je eine Art des *furtum (manifestum* und *nec manifestum)* in einem Buche behandelt habe. Über die besondere Art der Konstatierung des *furtum manifestum* wird er im Ediktskommentar überhaupt wohl nicht ausführlich gehandelt haben: dafür eignete sich der Sabinuskommentar besser. Im Ediktskommentar werden mehr die den *furta* gemeinschaftlichen Momente sowie die Erörterung der *actiones* ihre Stelle gefunden haben.

Mit der Aufstellung der *quadrupli actio* im Fall des *furtum manifestum*, welche an Stelle der *capitalis poena* der XII Tafeln trat, hat der Prätor eine Milderung der *asperitas poenae* vorgenommen. Plautus kennt diese *actio* schon. Immerhin hat das Edikt für das *furtum manifestum* eine doppelt so hohe *poena* angeordnet, wie für das *furtum nec manifestum*. Die Formel der *actio furti manifesti* scheint *in factum* konzipiert gewesen sein zu müssen, da sie *ex ipsius praetoris iurisdictione* hervorgegangen ist, doch ist ein Zweifel daran nicht ausgeschlossen, weil der Prätor hier das *ius legitimum imitatur*, und das *pacisci* auch bei der *actio furti manifesti* derart zulässig war, daß *ipso iure* dadurch der Anspruch des Bestohlenen aufgehoben wurde. Unmöglich ist es daher

[1] De jurisd. ed. p. 133 sqq. [2] Edictum S. 259.

[3] Lenel, a. a. O. S. 268 A. 6, behauptet, die citierte l. 9 sei Kommentar zum Legaltext, der dem Kommentar zur Formel vorausgeschickt sei. Wie sollte aber Ulpian dazu gekommen sein, den Text der 12 Tafeln über das *furtum manifestum*, wenn er es überhaupt that (wofür keine Analogieen sprechen), vor der *actio furti nec manifesti* und nicht vor der *actio furti manifesti* zu kommentieren?

nicht, daß der Prätor sich als berechtigt ansah, für die an die Stelle der *capitalis poena* gesetzte Klage auf das *quadruplum* einfach die *intentio* der *actio furti nec manifesti* anzunehmen. Wie haben wir uns die *intentio* der *actio furti nec manifesti* zu denken? Für die Gestalt derselben im Formularprozeß können wir unbedenklich Schlüsse ziehen aus der von Gai. IV, 37 mitgeteilten Formel der *actio furti* für und gegen einen Peregrinen, da die gewöhnliche Formel nur vermöge der Fiktion der Civität auf die Peregrinen ausgedehnt wurde. Danach muß die *intentio* gelautet haben: *Si paret, a N° N° A° A° furtum factum esse paterae aureae, quamobrem N^um N^um A° A° pro fure damnum decidere oportet.* Da das *duplum* oder *quadruplum* nur eine Vervielfältigung eines durch *aestimatio* zu ermittelnden Geldbetrags ist, so kann die Erwähnung desselben erst in der *condemnatio* erfolgt sein. Damit steht nicht im Widerspruch Gai. IV, 173: *Statim autem ab initio pluris quam simpli actio est veluti furti manifesti quadrupli, nec manifesti dupli, concepti et oblati tripli:* auch wenn die Anweisung, das *quadruplum, duplum, triplum* in Berücksichtigung zu ziehen, erst in der *condemnatio* erfolgte, ging die *actio statim ab initio in quadruplum* u. s. w., denn die Anweisung war nicht an die Voraussetzung des *negare, infitiari* seitens des Beklagten geknüpft. Die normale *condemnatio* wird gelautet haben: *quanti ea res fuit, cum furtum factum est, tantae pecuniae in quadruplum (duplum) N^um N^um A° A° c. s. n. p. a.* Aber sie kann nicht immer so gelautet haben. Es sind Spuren davon erhalten, daß der Kläger zur eidlichen Erhärtung seines Schadens unter Festsetzung einer *taxatio* zugelassen wurde. So sagt die aus dem 37. Buch von Ulpian's Ediktskommentar entlehnte l. 192 D. de v. s. 50, 16: *Haec adiectio „plurisve" non infinitam pecuniam continet, sed modicam, ut taxatio haec „solidos decem plurisve" ad minutulam summam referatur.* Und l. 9 D. de in lit. iur. 12, 3 sagt: *Cum furti agitur, iurare ita oportet „tanti rem fuisse, cum furtum factum sit", non adici „eo plurisve", quia quod res pluris est, utique tanti est.* Nach der ersten Stelle ist anzunehmen, daß (in gewissen Fällen) der Kläger in der Formel der *furti actio* zur Zulassung des Klägers zum *iusiurandum* unter Festsetzung einer *taxatio*, über welche die eidliche Schätzung nicht hinausgehen solle, ermächtigt wurde, etwa so: *quanti A^us A^us iuraverit rem fuisse, cum furtum factum sit, duntaxat solidos decem plurisve, tanti in duplum.* Durch das *plurisve* sollte angedeutet werden, daß es nicht als eine Überschreitung der *taxatio* angesehen werden solle, wenn der Eid des Klägers den bezeichneten Betrag um eine unbedeutende Summe übersteigen werde. Um den *fur* zu strafen, mag in schwereren Fällen, namentlich bei hartnäckigem Leugnen des Beklagten, der Prätor eine so eingerichtete Formel gegeben haben. Vielleicht hat er sich das durch eine besondere Ediktsklausel zu der *actio furti* vorbehalten.

Zu fragen ist hier zunächst, wie die Klage gegen den, *cuius ope consilio furtum factum est,* zu denken sei? Mit den Worten *ope consilio* wird immer die Teilnahme an der von einem Anderen begangenen That durch Rat und That bezeichnet. Wer *ope consilio* das fremde *furtum* unterstützt, begeht nicht selbständig ein *furtum*, wenn er auch aus dem fremden von ihm unterstützten *furtum*, wie der Thäter selbst, haftbar ist. Danach ist anzunehmen, daß gegen solchen Helfer keine selbständige *actio*, sondern dieselbe *actio*, wie gegen den *fur*, nur mit einem auf die Beihilfe bezüglichen Zusatz, gegeben wurde: die Formel der *actio furti* war so eingerichtet, daß sie gegen den Thäter, aber auch wegen des etwa mit *aut si paret ope consiliove N^i N^i furtum factum esse* oder ähnlich gefaßten Zusatzes gegen den Beihelfer angestellt werden konnte

Nicht in allen Fällen aber kann die *actio* gegen den Teilnehmer mit der gegen den *fur* so zu einer Formel zusammengefaßt sein, denn wer Beihilfe zu einem *furtum* geleistet, dessen Thäter auf frischer That ergriffen, haftet nicht wie der *fur manifestus*, sondern nur wie wegen *furtum nec manifestum*[1]: hier ist also keine Zusammenfassung zu einer Formel anzunehmen.

An die Formeln der *actio furti manifesti* und *nec manifesti* werden sich die anderen, aus dem Civilrecht übernommenen besonderen *actiones furti* angeschlossen haben, zunächst wohl die *actio furti concepti* und die *furti oblati* (jede aufs *triplum*), wofür spricht, daß sowohl Gaius als Paulus die Klagen in dieser Reihenfolge aufführen (Gai. III, 191, Paul. sent. III, 31 §§ 3, 5, 14). Daß neben *actio furti manifesti* und *nec manifesti* je eine Noxalformel aufgestellt war, ist sicher. Ob dasselbe für *actio furti concepti* und *oblati* anzunehmen ist, steht dahin.

Gaius III, 188 erwähnt dann eine *actio furti prohibiti*, welche gegen den zustehe, welcher den Bestohlenen, der die gestohlene Sache bei ihm suchen wollte, daran verhindert habe. Dabei ist wohl an eine Haussuchung zu denken, welcher der, bei dem sie gehalten werden sollte, sich widersetzte. Nach dem Juristen bei Gell. XVI, 10 gehört die *furtorum quaestio cum lance et licio* zu der *duodecim tabularum antiquitas*, welche durch die *lex Aebutia* in Vergessenheit gebracht sei. Wohl von jeher hatte der auf frischer That Verfolgte, wenn er sich der unter Beobachtung des vorgeschriebenen Rituals vorzunehmenden Haussuchung widersetzte, als *fur manifestus* gegolten. Das Ritual kam ab. Haussuchungen vor Zeugen nach den gestohlenen Objekten scheinen aber auch später zulässig gewesen zu sein,[2] wenn wir auch nicht wissen, unter welchen Voraussetzungen. Im Anschluß an den Gedanken des alten Rechts gab der Prätor gegen den die Haussuchung Verhindernden dieselbe Klage, wie gegen den *fur manifestus*. Die *prohibiti actio* geht aufs Vierfache des Werts der gestohlenen Sache (Gaius III, 192). Nicht Gaius, aber die justinianischen Institutionen (§ 4 I. de ob. q. e. d. n. 4, 1) erwähnen dann noch eine durch das prätorische Edikt aufgestellte *actio furti non exhibiti* gegen den, welcher die bei ihm gesuchte und gefundene gestohlene Sache nicht herausgegeben habe, auf eine *poena*, deren Betrag nicht angegeben wird. Die reiche Fülle von Klagen, die schon das alte Civilrecht je nach der Verschiedenartigkeit der Fälle den Bestohlenen zu Gebote stellte, ist danach anscheinend vom prätorischen Edikt noch vermehrt worden.

Nach dem Vorbilde des Sabinussystems ist im Edikt die *actio de tigno iuncto* zu den *actiones* aus dem *furtum* gestellt. Schon dieser Umstand macht es nicht unwahrscheinlich, daß auch in der Formel derselben irgend welche Hinweisung auf das Entwendetsein des fraglichen *tignum* sich fand. Dagegen wird nun geltend gemacht, wenn die XII Tafeln das *tignum* als *furtivum* bezeichnet hätten, so habe Neratius in l. 63 D. de donat. int. vir. et ux. 24, 1 unmöglich sagen können: *quamvis decemviros non sit credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum aedificium coniunctae essent.* Indessen, daß Neratius sich hier recht unpassend ausgedrückt hat, ergiebt sich doch aus der Zurückweisung in der Note des Paulus, der demgegenüber ja gerade sagt: *non in duplum ex lege duodecim tabularum: neque enim furtivum est, quod sciente domino inclusum est.* Lenel[3] vermutet nun, die Formel der Klage habe den dem der *actio furti* völlig entsprechenden Passus „*quamobrem* N^um^ N^um^ *pro*

[1] L. 34 D. de furtis 47, 2. [2] § 4 I. de obl. q. e. d. n. 4, 1. [3] Edictum S. 205.

fure damnum decidere oportet" enthalten. Solche Formulierung ließe sich aber doch nur denken, wenn man den Einbauer des *tignum furtivum* auch subjektiv als *fur* behandelt hätte. Wozu dann aber eine besondere *actio de tigno iuncto*? Es hätte dann die gewöhnliche *actio furti* ausgereicht. Auch kann ich nicht finden, daß sich gerade bei der Gestaltung unserer Klage die Gleichgültigkeit des älteren Rechts gegen die *bona* und *mala fides* zeigt.[1] Ganz absichtlich sind die subjektiven Voraussetzungen des *furtum* hier weggelassen. Wo nachweisbares *furtum* vorliegt, besteht kein Bedürfnis für die Klage: die *actio furti* reichte dafür aus. Aber es wurde darauf Rücksicht genommen, daß meistens dem Einbauer des Materials nicht nachgewiesen werden konnte, daß er wissentlich fremdes Material verbaut habe. Daß die *actio de tigno iuncto* von dem Nachweis dieses Wissens absah, zeigen recht deutlich Paulus' Worte in l. 23 § 6 D. de rei v. 6, 1: — *nec eo nomine ad exhibendum agi nisi adversus eum, qui sciens alienum iunxit aedibus: sed est actio antiqua de tigno iuncto* u. s. w. In Gegensatz zur *actio ad exhibendum*, die hier nur brauchbar wäre gegenüber dem *qui sciens alienum iunxit aedibus*, wird hier die *actio de tigno iuncto* als die richtige Klage bezeichnet, für welche also dieses Erfordernis nicht gilt.

Gegen den, der *sciens alienum iunxit*, war sowohl *actio de tigno iuncto*, als auch die *actio ad exhibendum* zulässig, gegen den, dem die *scientia* nicht nachzuweisen war, nur die *actio de tigno iuncto*. Sowohl die 12 Tafeln selbst, als auch die Formeln der *antiqua actio* wie der im Edikt proponierten müssen das objective Merkmal der Furtivität des *tignum* hervorgehoben haben. Für eine Rekonstruktion der Formel mangelt es an dafür zu verwendenden Anhaltpunkten.

Eine neue Klage proponierte der Prätor im Edikt gegen den im Testament direkt Freigelassenen, welcher nach dem Tode des Herrn vor Antretung der Erbschaft von seiten des Eingesetzten, also bevor er frei geworden, die Erbschaft bestohlen oder beschädigt hatte. Lenel[2] meint, der Text dieses Edikts sei in l. 1 pr. D. h. t. 47, 4 fast wörtlich erhalten. Meines Erachtens ist uns aber vielmehr in der Titelrubrik: *Si is, qui testamento liber esse iussus erit, post mortem domini ante aditam hereditatem subripuisse aut corrupisse quid dicitur* der Ediktstext wenigstens teilweise erhalten: es fehlt noch der die Klage versprechende Nachsatz. In l. 1 pr. aber scheint mir bis zu den Worten: *in eum* u. s. w. die Formel der Klage, wenn auch durchaus nicht unverändert, wiedergegeben zu sein. Nach § 10 umfaßte die Klage zweierlei: *Haec actio locum habet non tantum in rebus, quae in bonis fuerunt testatoris, sed et si heredis interfuit dolum malum admissum non esse, quominus ad se perveniret.* In l. 1 pr. ist dieser Doppelinhalt der *actio* verwischt: an den ersten auf die *res, quae in bonis fuerunt testatoris*, bezüglichen Teil der Formel, wie er auch gelautet haben mag, müssen sich etwa die Worte angeschlossen haben: *dolove malo eius (sc. N^i N^i) factum est, quominus ex his bonis ad heredem aliquid perveniret.* Die plump zusammenziehende bezw. ändernde Hand der Kompilatoren ist nicht zu verkennen.

Das Bedürfnis, welches zur Aufstellung dieser Klage, die ausdrücklich als eine *honoraria* bezeichnet wird, geführt hat, liegt klar zu Tage. Wegen der *ante aditam hereditatem* verübten Entwendungen und Sachbeschädigungen konnte der im Testament direkt Freigelassene, der mit der Antretung der Erbschaft von seiten des Eingesetzten frei wurde, nicht mehr wie ein Sklave gezüchtigt werden;

[1] So Pernice, Labeo II[2], S. 318.

[2] Edictum S. 266.

andererseits fehlte es hier an einer *civilis actio*, denn die Entwendungen waren noch gegen den Herrn, die *hereditas*, begangen: der Herr kann aber wegen der zur Zeit seines Herrseins vom Sklaven gegen ihn begangenen Entwendungen u. s. w. keine *actio* haben. *In locum deficientis furti actionis*, aber doch *ad similitudinem* derselben hat der Prätor diese Klage aufgestellt. Nicht aber bloß wegen Entwendungen, sondern auch wegen Beschädigungen findet die Klage statt. Doch fand die Klage nicht wegen nur mit *levis culpa* begangener Beschädigungen statt. War der Thäter im Testament nur *sub conditione* freigelassen und die Bedingung bei Antritt der Erbschaft noch nicht eingetreten, so konnte der *statu liber*, der noch nicht frei war, wie ein Sklave gezüchtigt werden, unsere *actio* griff also nicht Platz. Sie soll aber doch zulässig sein, wenn die Bedingung schnell, in recht kurzer Zeit nach dem Antritt der Erbschaft eintritt (l. 1 § 6 u. l. 3 D. h. t.). Auch gegenüber einem nur *per fideicommissum* Freigelassenen würde, streng genommen, die Klage nicht zustehen, aber Ulpian sagt, da die Freilassung vom Erben nicht hinauszuschieben sei, § 7: *arbitror igitur et hic posse hanc actionem competere.* — Die Klage hat aber eine von dem Wortlaut des Edikts sich noch weiter entfernende Ausdehnung erfahren. Sie soll auch gewährt werden, wenn ein *pure* legierter Sklave *hereditate iacente* die betreffenden Vergehen gegen die Erbschaft verübt. Er geht bei Antritt der Erbschaft in das Eigentum des Legatars über, kann also vom Erben nicht mehr wie sein Sklave gezüchtigt werden, und die That war verübt zu einer Zeit, wo keine *actio noxalis* zur Entstehung kommen konnte. Daß hier aber nicht die ursprüngliche, sondern eine entsprechend abzuändernde Klage, eine *utilis actio* gegeben wurde, zeigen die Worte: *hanc actionem indulgendam* (§ 7). Die Klage ging, wie die *actio furti*, aufs Doppelte, und zwar auf das Doppelte des Interesses des Erben (*cum in id quod interest condemnatio fiat*). Die Klage, welche ohne Zweifel zu den *in factum* konzipierten gehörte, war, wie die *actio furti*, eine Deliktsklage: haben mehrere Sklaven sich an der Entwendung beteiligt, so hat jeder das *duplum* als eine *poena* zu ersetzen, durch Leistung des einen wird der andere nicht befreit. Das die Klage versprechende Edikt reicht in republikanische Zeit zurück, denn Labeo kannte es bereits (l. 1 § 1 u. l. 3 D. h. t.). Im Provinzialedikt scheint eine gleiche *actio* proponiert gewesen zu sein (l. 2 D. h. t.: Gaius libro XIII ad edictum provinciale).

Über die gleichfalls im Anschluß an die allgemeinen *actiones furti* im Edikt proponierte *actio furti adversus nautas caupones stabularios* ist schon ausreichend bei Gelegenheit der *actio de recepto nautarum* gehandelt worden. Auch das dann folgende Edikt: *si familia furtum fecisse dicetur*[1] ist bereits früher in dem Abschnitt über die Noxalklagen berührt worden, doch ist hier noch einmal darauf zurückzukommen. Wenn mehrere zur *familia* desselben Herrn gehörende Sklaven ein *furtum* begehen, so würde nach den gewöhnlichen Grundsätzen der Herr entweder für das Delikt jedes von ihnen die *litis aestimatio* zahlen müssen oder sich nur durch *noxae dedito* der einzelnen Delinquenten von der betreffenden *litis aestimatio* frei machen können: so viel Delinquenten, so viel Noxalklagen. Das Edikt *si familia furtum fecisse dicetur* will dem Herrn für solchen Fall ein *beneficium*, ein *levamentum*, eine Erleichterung gewähren. Diese besteht darin, daß der Herr, von dessen Sklaven ohne sein Vorwissen das *furtum* begangen ist, als *litis aestimatio* so viel zahlen soll, wie wenn ein Freier das Delikt begangen, wovon er sich nur befreien kann, wenn er die einzelnen Schuldigen

[1] Dig. 47, 6.

benennt und *noxae* dediert. Nicht also mehrere *litis aestimationes*, sondern nur eine *litis aestimatio* soll er wegen des von mehreren seiner Sklaven verübten *furtum* zu zahlen brauchen, und gerade diese Wahl, entweder als *litis aestimatio* zu zahlen, *quantum, si unus liber fecisset*, oder alle Schuldigen *noxae* zu dedieren, muß dem Herrn der Delinquenten in dem Edikt freigestellt gewesen sein. Hat aber bei einem von mehreren Sklaven desselben Herrn begangenen *furtum* der Verletzte namens eines der Delinquenten die gewöhnliche Noxalklage gegen den Herrn angestellt, so soll eine gleiche Klage namens der anderen so lange nicht gewährt werden, als der *actor* durch das früher anhängig gemachte *iudicium* so viel erlangen kann, als er erlangen würde, *si unus liber id furtum fecisset*. der Verletzte soll also durch Anstellung der gewöhnlichen Noxalklagen das *beneficium* unseres Edikts nicht vereiteln können. Und hätte der Herr einen der betreffenden Sklaven z. B. verkauft, so soll auch wegen dieses die Noxalklage gegen den Käufer so lange verweigert werden. Daß, wenn mehrere Sklaven desselben Herrn eine Sachbeschädigung, vielleicht nur kulpos, begangen hätten, dem Herrn dasselbe *levamentum* zugestanden werden müsse, hatte zwar das Edikt nicht ausgesprochen, wurde aber von der Jurisprudenz mit Recht angenommen (l. 1 § 2 D. h. t.). — Das Edikt ist auch schon in republikanischer Zeit aufgestellt, denn nach l. 6 D. h. t. kannte Labeo dasselbe.

Eine gleichlautende Bestimmung wurde auch in das *edictum provinciale* aufgenommen, wie wir aus l. 32 D. ad leg. Aqu. 9, 2, Gaius libro VII ad edictum provinciale erfahren: *Illud quaesitum est, an quod proconsul in furto observat quod a familia factum sit (id est ut non in singulos detur poenae persecutio, sed sufficiat id praestari, quod praestandum foret, si id furtum unus liber fecisset), debeat et in actione damni iniuriae observari.* Und auch hier wurde die Ausdehnung auf die Sachbeschädigung unbedenklich angenommen.

An den Titel: *si familia furtum fecisse dicetur* schloß sich ein Edikt über die *furta* der *familia publicanorum* an, welches sich nicht bloß im städtischen Edikt, sondern auch im *edictum provinciale* fand. Über dasselbe ist bereits in dem Abschnitte über das Staatsvermögensrecht II, S. 35 ff. ausreichend gehandelt worden. Auch die *actio arborum furtim caesarum* hat bereits ausreichende Berücksichtigung gefunden. Obwohl sie kein eigentliches *furtum* voraussetzt, ist sie wegen des *furtim* zu den Klagen aus einem *furtum* gestellt. Die Stellung aber der gesamten *actiones* aus Entwendungen hinter die Materie von der Vormundschaft erklärt sich aus der Verwandtschaft der *actio rationibus distrahendis* mit jenen.

2. *Iniuria.*

§ 159. Bei der Darstellung des Civilrechts ist gezeigt, daß die Bestimmungen der XII Tafeln über *membrum ruptum, os fractum* und über die *iniuria* schlechthin durch den einheitlichen Gedanken der durch jene Mittel zugefügten

[1] Mit Unrecht sagt Lenel, Edictum S. 267, die Worte des Paulus in l. 31 D. de noxal. act. 9, 4: . . . . *ait praetor, cum familia furtum faciat, ad eum modum se actionem daturum, ut tantum actor consequatur, quantum, si liber fecisset, consequeretur*, enthielten den ganzen Inhalt des Edikts: Ulp. l. 1 pr. § 1 D. h. t. enthalte schon Erläuterung. Der Prätor versprach nicht schlechthin eine Klage auf die eine *litis aestimatio*. Der Herr konnte es vorziehen, sich auch von dieser einen *litis aestimatio* durch *noxae deditio* der nichtsnutzigen und wertlosen Sklaven, welche das Delikt verübt, frei zu machen. Das verstand sich nicht von selbst, sondern diese Wahl mußte ihm im Edikt bezw. in der Formel der Klage ausdrücklich gegeben sein.

contumelia miteinander verbunden waren. Den von mir früher geäußerten Zweifel, ob man unter *iniuria*, welche mit 25 *asses* geahndet wurde, nur Realinjurien, *iniuriae in corpus*, begriffen habe, muß man wohl fahren lassen. Die Gestaltung der prätorischen Bestimmungen über die Injurien wird verständlicher bei der Annahme, daß die Zwölftafelbestimmungen, abgesehen von dem *occentare* u. s. w., sich nur auf *iniuriae in corpus* bezogen. Welche Verhältnisse zu einer Umgestaltung des Zwölftafelrechts über die Injurien durch das prätorische Edikt geführt haben, ist bereits von Huschke[1] dargelegt worden. Der As war schließlich auf $^1/_{12}$ seines alten Gewichts reduziert, und der bedeutend gestiegene Reichtum ließ schon die Strafansätze der XII Tafeln, auch wenn man sie im Sinne der alten schweren *asses* verstand, von geminderter Bedeutung erscheinen. Bei steigender Kultur mußte es auch unerträglich erscheinen, daß jede nicht als *membrum ruptum* oder *os fractum* zu qualifizierende Realinjurie ganz gleichmäßig mit der Strafe von 25 *asses* geahndet wurde. Man verlangte nach den Umständen des einzelnen Falles abgemessene Strafen. Die von Labeo überlieferte Anekdote über L. Veratius zeigt drastisch, daß das Zwölftafelrecht über die Injurien sich überlebt hatte. Die vom prätorischen Edikt getroffene Änderung wird bei Gell. XX, 1 § 13 so angegeben: — *praetores* — — *iniuriisque aestimandis recuperatores se daturos edixerunt.* Bei Gellius ist auch später nur von einem *edictum praetorium de aestimandis iniuriis* die Rede. Wir wissen nun, daß es verschiedene Ediktsbestimmungen über Injurien gab. Eine derselben wurde nach Ulpian's Angabe in l. 15 § 26 D. de iniuriis 47, 10 schon von Labeo als *generale edictum* bezeichnet. Als solches *generale edictum* wird nun von Rudorff[2] und Lenel[3] das in d. Coll. Leg. Mos. et Rom. II, 6 § 1 erhaltene Ediktsstück angeführt: *Qui autem iniuriarum agit, certum dicat, quid iniuriae factum sit, et taxationem ponat non minorem, quam quanti vadimonium fuerit.* Indessen dieses Edikt, welches nur von der äußeren Gestaltung der Formel handelt, kann unmöglich das von Labeo als *generale* bezeichnete Edikt gewesen sein, welches eine materielle Bestimmung enthalten haben muß. Zum mindesten müßte man mit Huschke annehmen, daß dem Satz: *Qui autem iniuriarum agit* u. s. w. schon etwas vorausgegangen sei. Die aus Paulus' *liber singularis de iniuriis* in der Collatio überlieferten Stellen machen aber eine andere Annahme wahrscheinlicher. Das vorher erwähnte Ediktsstück wird angeführt aus Paulus' *eodem libro singulari sub titulo quemadmodum iniuriarum agatur*, was nahe legt, daß das Edikt selbst einen solchen Titel *quemadmodum iniuriarum agatur* enthalten habe. In dem vorhergehenden Fragment II, 5 mit der *inscriptio* Paulus' *libro singulari et titulo de iniuriis* heißt es § 3: *hoc edictum ad eam iniuriam pertinet, quae contumeliae causa fit.* Dieses Edikt ist nicht das II, 6 unter dem Titel *quemadmodum iniuriarum agatur* mitgeteilte. Aus dem citierten § 3 ersehen wir, daß seine Bestimmung materieller Natur war. Es wird dasjenige gewesen sein, welches Labeo als *generale edictum* bezeichnete, und der Inhalt dürfte der gewesen sein, der bei Gellius dahin angegeben wird: *iniuriis aestimandis recuperatores se daturos edixerunt*, wobei aber doch wohl ausgesprochen sein wird, daß der Prätor dem, welchem die Injurie widerfahren sei, gestatten wolle, selbst die Summe anzugeben, zu welcher er die Genugthuung für die Injurie abschätze (Gai. III, 224).

Wenn Labeo das ursprüngliche *edictum de aestimandis iniuriis* im Gegensatz

[1] Gaius, Beiträge u. s. w. S. 127 ff. [2] De iurisd. ed. p. 174. [3] Edictum S. 320.

zu späteren Ediktsbestimmungen über besondere Injurien als *generale edictum* bezeichnete, so faßte er *iniuria*, d. h. den Ausdruck, welchen das älteste Edikt im Anschluß an die XII Tafeln gebraucht haben muß, schon in einem weiteren Sinne auf, als es nach der ursprünglichen Bedeutung jenes Edikts geschehen durfte.[1] Nachdem jene weiteren Bestimmungen erfolgt waren, erweiterte man den Begriff: man subsumierte insbesondere auch das *infamandi causa quid facere* unter den Begriff der *iniuria*. Labeo ist nicht der erste, der diese Erweiterung vorgenommen hat. Schon der Auct. ad Herenn. II, 26, 41 warnt vor einer zu engen Definition des Begriffs: *Falsae sunt huiusmodi, si quis dicat iniuriam esse nullam, nisi quae ex pulsatione aut convicio constet.* Er selbst definiert später (IV, 25, 35): *Iniuriae sunt, quae aut pulsatione corpus aut contumelia aures aut aliqua turpitudine vitam cuiuspiam violant.* Nur von diesem späteren erweiterten Begriff aus konnte Labeo sagen (l. 15 § 26 D. h. t.): *Hoc edictum* (nämlich: *ne quid infamandi causa fiat* u. s. w.) *supervacuum esse — —, quippe cum ex generali iniuriarum agere possumus.* Man legte dabei dem Prätor eine Absicht unter, welche bei der Aufstellung der späteren Edikte gewiß nicht obgewaltet hat: *praetorem eandem causam secutum voluisse etiam specialiter de ea re loqui: ea enim, quae notabiliter fiunt, nisi specialiter notentur, videntur quasi neclecta.* Als die anderen Edikte über weitere Injurien aufgestellt wurden, faßte man die *iniuria* des ursprünglichen Edikts eben noch als Realinjurie auf: jene späteren Edikte trafen also Bestimmungen über Fälle, welche man damals nicht unter die *iniuria* des ursprünglichen Edikts subsumierte.

Bestimmt läßt sich behaupten, daß alle Edikte über Injurien, von welchen wir Kenntnis haben, schon der republikanischen Zeit angehörten. Das älteste, später als *generale edictum* charakterisierte muß bald nach Einführung des Formularprozesses aufgestellt sein, da es nicht glaublich ist, daß man die aus der Münzreduktion in Bezug auf die Ahndung von Realinjurien hervorgegangenen Mißstände, welche durch die den L. Veratius betreffende Anekdote eine grelle Beleuchtung empfangen, lange ertragen haben wird.[2] Daß die anderen Edikte aber schon republikanischer Zeit angehörten, zeigen schon die Äußerungen des Rhet. ad Herennium, welcher die nur *pulsatio* und *convicium* berücksichtigende Definition der Injurie zu eng findet und in seiner eigenen Definition neben *pulsatio* und *convicium* noch die *iniuriae* berücksichtigt, welche *aliqua turpitudine vitam cuiuspiam violant.* Mit den letzteren Worten ist doch wohl auf das *infamandi causa factum* hingedeutet. Aus den Digesten geht sodann hervor, daß Labeo die drei erhaltenen Edikte bereits kannte und erklärte. Das Edictum: *ne quid infamandi causa fiat* kannte nach l. 15 § 32 D. h. t. auch Servius Sulpicius. Das chronologische Verhältnis dieser weiteren Edikte zu einander läßt sich zwar nicht mit Sicherheit bestimmen, doch darf man wohl annehmen, daß das Edikt über das *convicium* älter ist, als das Edikt: *ne quid infamandi causa fiat.* Die von Auct. ad Herenn. als zu eng getadelte Definition, welche nur *pulsatio* und *convicium* berücksichtigte, wird wohl zu einer Zeit aufgekommen sein, als das Edikt: *ne quid infamandi causa fiat* noch nicht existierte. Auch später waren ja noch häufig das *pulsare* oder *verberare* und das *convicium facere* als die

[1] Landsberg, Iniuria S. 36. Pernice, Labeo, II, 1² S. 24.

[2] Die älteste Spur der Formel der *actio iniuriarum (aestimatoria)* findet Lenel, a. a. O. S. 321 A. 4, bei Plaut. Asinaria II, 2, 104: *Pugno malam si tibi percussero.* Indessen die *pugno malam percutere* kann schon in der Formel einer *legis actio* gestanden haben und aus dieser demnächst in die prätorische Klagformel übertragen sein.

hauptsächlichsten Injurienfälle allein berücksichtigt (l. 3 § 1, l. 7 § 5, l. 34 D. h. t.). Auffällig ist nun, daß gerade das älteste, ursprünglich nur auf Realinjurien bezogene Edikt uns seinem Wortlaute nach nicht erhalten ist bezw. auch der Kommentar darüber fehlt. Das erklärt sich wohl einfach daraus, daß jenes Edikt durch die wirksamere *lex Cornelia de iniuriis*, welche ja namentlich auch das *verberare* und *pulsare* betraf, in den Hintergrund gedrängt wurde, so daß die Kompilatoren verschmäht haben, es aufzunehmen.

Unter dem nach den Realinjurien vom Prätor verpönten *adversus bonos mores convicium cui facere* ist nicht *omne maledictum*, nicht jede Schmähung, nicht jedes *infamandi causa dictum* verstanden, sondern die lärmende, also Aufsehen erregende oder vor einer Versammlung von Menschen ausgestoßene Schmähung. Derselben Klage ist, wie der Anstifter des *furtum*, auch der Anstifter des *convicium facere* ausgesetzt. Ebenso alt, wie das Edikt über das *convicium*, mag das über die Attentate auf die Keuschheit sein. Von demselben sind uns in dem Kommentar Ulpian's zwar einzelne Worte, aber nicht der zusammenhängende Text erhalten, so daß wir nicht mit Sicherheit sagen können, ob der Text, wie ihn Lenel[1] konstruiert, vollständig sei.

Beiden Edikten, dem über das *convicium* und dem über die *adtemptata pudicitia* ist das gemeinsam, daß die betreffenden verpönten Handlungen, ebenso wie das *verberare* und *pulsare*, wenn absichtlich vorgenommen, objektiv kontumeliös sind, es also weiter keines *animus iniuriae faciendae* bedarf. Beiden ist auch gemeinsam, daß die betreffenden Handlungen *adversus bonos mores* vorgenommen sein müssen. Nicht jede *vociferatio* ist schon *adversus bonos mores*, auch nicht jedes *appellare* oder *adsectari matremfamilias*, es kann auch *officii honesti faciendi gratia* geschehen. Nur das *abducere comitem* läßt keine andere Auslegung zu, hier bedurfte es des Zusatzes *adversus bonos mores* nicht. Unter den *boni mores* sind die *boni mores huius civitatis* verstanden. Das Edikt über das *infamandi causa facere* hat eine von den beiden betrachteten abweichende Fassung. Zunächst begann es mit einem allgemeinen Verbot: *ne quid infamandi causa fiat.* Zufällig ist das gewiß nicht. Es gab hier kein objektives Kriterium, auf welches der Prätor als maßgebend verweisen konnte. Die *boni mores civitatis* versagten hier. Daher mußte zunächst der Prätor selbst mit einem allgemeinen Verbot einschreiten. Wie aber der einzelne Fall zu ahnden sei, das will er nicht schlechthin der Schätzung der verletzten Partei und dem Ermessen des *iudex* überlassen, sondern er will den einzelnen Fall selbst erwägen und entscheiden: *si quis adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animadvertam.* Es handelt sich hier nicht um ein Thun, welches schon objektiv stets den kontumeliösen Charakter an sich trüge, so daß man nach dem *animus* dabei nicht zu fragen brauchte. Das *facere* muß *infamandi causa* geschehen sein; es muß der Betreffende die That vorgenommen haben in der Absicht, *ut alium infamet.*

Fassen wir nun die Injurienklage ins Auge. Hätte das Edikt in den verschiedenen im Vorhergehenden angeführten Fällen von Injurien dasselbe Verfahren eintreten lassen wollen, so würde es dieselben wohl in einem Edikt zusammengefaßt haben. Wir wissen, daß für die Aburteilung einer Injurienklage entweder Rekuperatoren oder ein *iudex* bestellt wurde. Die Frage ist, wann das eine, wann das andere geschah. Die Annahme, daß es ein selbstverständliches Recht der Parteien gewesen sei, statt der Rekuperatoren einen

[1] A. a. O. S. 322.

Einzelgeschworenen, einen *iudex* zu erbitten, scheint mir bedenklich. Sehen wir, ob aus den Quellen selbst nicht etwas darüber zu ermitteln sei. Das von Labeo bei Gell. XX, 1 § 13 erwähnte Edikt, in welchem die Prätoren *iniuria aestumandis recuperatores se daturos* versprochen haben, ist, wie früher gezeigt wurde, das Edikt über Realinjurien, das von Labeo selbst als *generale edictum* bezeichnet wird. Damit, daß bei einer Klage wegen Realinjurien Rekuperatoren gegeben wurden, stimmt überein Cic. de inventione II, 20, 59, 60. Danach handelt es sich bei einer Injurienklage eines *eques Romanus, cui (gladio) manus praecisa est*, um Bestellung eines *recuperatorium iudicium*. — Das in l. 15 § 2 D. de iniur. 47, 10 mitgeteilte Edikt über das *convicium* verspricht dem Beleidigten: *in eum iudicium dabo*. Möglich wäre ja, daß hier hinter *iudicium* das Wort *recuperatorium* weggelassen sei, aber wahrscheinlich ist es nicht; in diesem weniger schweren Injurienfalle wurde zur Aburteilung der Sache ein *iudex* gegeben. Geradezu bewiesen ist dies, wenn die vom Auct. ad Herenn. II, c. 13 § 19 mitgeteilten Fälle von Injurienklagen als Klagen wegen eines *convicium* anzusehen sind. — Was für ein Gericht bei einer Klage *de adtemptata pudicitia* niedergesetzt wurde, wissen wir nicht. In dem Edikt „*ne quid ivfamandi causa fiat*" sagt der Prätor: *uti quaeque res erit, animadvertam*, er mag also, je nachdem es sich um einen schweren oder weniger schweren Fall handelte, Rekuperatoren oder einen *iudex* mit der Aburteilung der Sache betraut haben.

Aus dem Bisherigen ergiebt sich schon, daß, entsprechend den verschiedenen Edikten über die Injurien, auch verschiedene Klagformeln im Edikt aufgestellt waren, und so sind denn in der Collat. II, 6, 4 u. 5 für die Fälle der Realinjurie und des *infamatum esse* zwei verschiedene *formulae* erwähnt. Daß auch für den Fall des *convicium* eine Formel aufgestellt war, zeigt Vellei. 2, 28 § 3: *petulantis convicii iudicium iniuriarum ex albo redditur* (vgl. Arnob. adv. gent. 4, 37). Alle diese Formeln hatten eine *demonstratio*, in welcher die erlittene Injurie mit ihrem Namen genau bezeichnet sein mußte. Das Vorkommen einer *demonstratio* in einer prätorischen Klage erklärt sich wohl daher, daß dieselbe sich doch an die *iniuriarum actio legitima* insofern anlehnte, als die *legis actio* eine *demonstratio* enthalten haben wird. Sodann waren wohl alle Formeln der *iniuriarum actio in bonum et aequum* konzipiert: *quanti tibi* (bezw. *vobis*) *aequum videbitur duntaxat — —, tanti — condemna*. Dieser Formelteil ist nicht als eine *intentio*, sondern als eine *condemnatio* aufzufassen.[1] Es war hier nicht etwa konzipiert auf ein objektives *quantum aequum est*, sondern auf das subjektive *quanti aequum tibi videbitur*, und nicht auf ein *dare facere oportere* oder ähnliches, sondern auf ein *condemnari*. Überall, auch bei anderen in dieser Weise konzipierten Klagen heißt es immer: *quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari* (l. 1 pr. D. de his qui effuderint 9, 3), *quanti bonum aequum iudici videbitur condemnetur* (l. 42 D. de aedilicio edicto 21, 1), *sed non esse aequum pro maiore parte — damnationem fieri; non esse bonum aequum, ob eam rem condemnari* (l. 15 u. 18 pr. D. de iniuriis 47, 10), *in factum iudicium dabo, ut ei, ad quem pertinet quanti ob eam rem aequum videbitur, condemnetur* (l. 3 pr. D. de sepulchro violato 47, 12), *quoniam desiit bonum et aequum esse condemnari eum* (l. 34 pr. D. de obl. e act. 44, 7). Eine *intentio* kann nicht wohl auf ein *aequum videri condemnari* abgestellt gewesen sein. — Darum braucht man nicht etwa anzunehmen, daß der so gefaßten *condemnatio* bei der *iniuriarum actio* noch eine *intentio* vorausgegangen

[1] Die Darstellung im Text weicht hier ab von der in meiner Schrift: Das Rechtsgeschäft S. 153.

sei. Was diese enthalten könnte, bildete schon den Inhalt der *demonstratio*. Daß man jene *condemnatio* als eine *intentio* hat auffassen wollen, hat wohl nur seinen Grund in dem Gedanken, es gebe keine Formel ohne *intentio*. Allein das widerspricht den Worten des Gaius IV, 44: — *nihil enim omnino (demonstratio) sine intentione vel condemnatione valet; item condemnatio sine demonstratione vel intentione.* Danach muß man annehmen, daß es Formeln gab, welche nur aus *demonstratio* und *condemnatio* bestanden. Solche sind die Formeln der *iniuriarum actio*. Die *demonstratio* leistet hier, was sonst die *intentio* leisten muß. Es wurde daher auf die Abfassung derselben eine besondere Sorgfalt verwandt. Unter einem besonderen Titel des Edikts: *quemadmodum iniuriarum agatur* schrieb der Prätor vor, wie der Kläger *formulam edere* müsse. Er soll *certum dicere, quid iniuriae factum sit*, also nicht bloß angeben, daß er gestoßen oder geschlagen sei, sondern in der *demonstratio* auch angeben, welche *pars corporis* betroffen sei, und ob er mit der Faust oder einem Knittel geschlagen sei; in welcher Weise er *infamatus* sei. Ob die *demonstratio* genügend bestimmt sei, darüber stand die Prüfung dem Prätor selbst zu. Die Schätzung der Injurie zu Geld, welche in einer der *condemnatio* hinzugefügten *taxatio* ihren Ausdruck fand, überließ der Prätor im allgemeinen dem Kläger selbst, nur soll er keine *taxatio* zu geringerem Betrage in die *condemnatio* setzen, als worauf das *vadimonium* laute. Mit Recht hat sich Mommsen[1] gegen die von Huschke[2] vorgeschlagene und von anderen[3] gebilligte Abänderung des *taxationem ponat non minorem* in *maiorem* erklärt. Bei dieser Änderung hat man die Ediktsvorschriften über das *vadimonium* nicht berücksichtigt. Abgesehen von der *actio iudicati* und *depensi*, soll das *vadimonium* auf *quanti actor iuraverit non calumniae causa postulare sibi vadimonium promitti*, jedoch auf nicht mehr als die *pars dimidia* des Streitwerts, eingegangen werden. Wenn also der Betrag des *vadimonium* nur der Hälfte des Streitobjekts entspricht, so muß der Kläger bei der *iniuriarum actio* mindestens den Betrag, auf welchen das *vadimonium* lautet, in die *taxatio* setzen, denn sonst würde er ja zugeben, daß er unehrlicherweise im *vadimonium* sich zuviel habe versprechen lassen. Dem Geschworenen stand natürlich vermöge des *quanti tibi aequum videbitur* ein Ermäßigungsrecht zu. Die *atrox iniuria* pflegte aber der Prätor selbst zu taxieren, nach Gaius III, 224, und demgemäß den Betrag in die Formel zu setzen; wahrscheinlich in Gemäßheit eines im Edikt getroffenen Vorbehalts. Auch in diesem Fall stand dem Geschworenen das Ermäßigungsrecht zu. Hatte aber auch der Prätor die Summe der *taxatio* nicht formal bestimmt, aber den Betrag, auf welchen das *vadimonium* lauten sollte, festgesetzt und dadurch die Partei genötigt, die *taxatio* auf keinen geringeren Betrag zu setzen, so wagte auch der *iudex* nicht, bei der Abschätznng unter diesen Betrag herunterzugehen (Gaius III, 224).

Da die *demonstratio* so bestimmt abgefaßt sein mußte, so liegt die Frage nahe, ob hier der Satz Anwendung fand, *falsa demonstratione rem non perimi*. Gaius berichtet IV, 60, es seien einige der Meinung, daß bei allen Klagen, bei welchen die *condemnatio* die Infamie für den *condemnatus* nach sich zog, für den Kläger, der sich einer *plus petitio* schuldig machte, das *litem perdere* die Folge sei, z. B. auch, wenn bei der Injurienklage *is, cui pugno mala percussa est, in actione iniuriarum etiam aliam partem corporis percussam sibi demonstraverit.*

[1] Collectio librorum iuris anteiustiniani III, p. 145 n. 16. [2] Gaius S. 137.
[3] Rudorff, De iurisd. edictum p. 178 § 188. Lenel, Edictum S. 320 § 190. Heffke, Taxatio S. 56.

Leider ist uns die betreffende Erörterung des Gaius über die Injurienklage nicht erhalten. Da aber nach der Collat. II, 6 § 1, wenn dieselbe Realinjurie mehrere *partes corporis* betroffen, der Beleidigte nicht etwa wegen jeder betroffenen *pars corporis* eine besondere Klage anstellen konnte, ähnlich wie der, welcher Eros und Stichus gekauft, wegen jedes Sklaven besonders klagen konnte, sondern in der *demonstratio* alle durch die eine Injurie betroffenen Teile nennen, und auch daß sie alle betroffen seien, beweisen mußte, so ergiebt sich als Konsequenz, daß, wenn er *in iudicio* nicht den vollen Inhalt der *demonstratio* nachwies, er abgewiesen wurde und nicht etwa von neuem klagen konnte.

Die *demonstratio* der *actio iniuriarum* wegen Realinjurien lautete nach Coll. II, 6 § 4: *quod A^i A^i mala pugno percussa est*, während die wegen *infamare* nach § 5 so gefaßt ist: *quod N^{us} N^{us} libellum misit A^o A^o infamandi causa*.[1] Dieser Unterschied ist wohl kein zufälliger. In der ersteren *demonstratio* ist nicht angegeben, von wem die *mala pugno percussa est*, und es ist das wohl deshalb unterlassen, weil der betreffende Teil der *demonstratio* anders lautete, je nachdem die Ohrfeige von dem Beklagten selbst oder nur auf sein Anstiften gegeben war. Lenel meint, die ediktale *demonstratio* habe gelautet: *quod dolo malo N^i N^i A^o A^o pugno mala percussa est.* Indessen für den Fall, daß nach des Klägers Behauptung der Beklagte selbst die Ohrfeige gegeben hat, sind die Worte *dolo malo N^i N^i* nicht passend; für diesen Fall lautete die *demonstratio* ohne Zweifel: *quod A^o A^o a N^o N^o pugno mala percussa est;* denn es war, auch ohne Anweisung in der Formel, Sache des Geschworenen, zu untersuchen, ob die Ohrfeige dem Kläger vom Beklagten absichtlich gegeben war (l. 4 D. h. t.). Anders war aber wohl die *demonstratio* zu fassen, wenn der Beklagte nur der Anstifter des *percutere* war, etwa so: *Quod N^{us} N^{us} dolo fecit, ut A^o A^o pugno mala percuteretur* (vgl. l. 11 pr. D. h. t.). Die beiden Fälle der unmittelbaren Begehung der Injurie und der Anstiftung zu derselben werden auch im Edikt über das *convicium* auseinander gehalten (l. 15 §§ 2 u. 10 D. h. t., Paul. sent. V, 4 § 20). Auch bei der Klage wegen *convicium* wird also die *demonstratio* in dem einen und dem anderen Falle anders gelautet habea. — In den Fällen, in welchen einem Gewalthaber, Ehegatten u. s. w. wegen Beleidigung seiner Angehörigen die *actio iniuriarum suo nomine* zusteht, muß die *demonstratio* natürlich die dem Angehörigen widerfahrene Beleidigung bezeichnet haben.

Ein besonderes Edikt gab es über die fremden Sklaven zugefügten Beleidigungen. Auszuscheiden ist der Fall, wo jemand den Herrn selbst in seinen Sklaven injurieren wollte: hier steht dem Herrn die betreffende *iniuriarum actio*, weil er unmittelbar beleidigt ist, zu, die *demonstratio* wird hier dem Fall angemessen zu konzipieren gewesen sein. Anders steht die Sache, wenn jemand einen fremden Sklaven, ohne dessen Herrn dabei im Auge zu haben, beleidigt. Nicht alles, was einem Freien gegenüber Beleidigung ist, erscheint als solche auch einem Sklaven gegenüber. Ein *convicium* gegenüber einem fremden Sklaven, selbst ein Schlag bringt keine *iniuriarum actio* hervor. Erst ein *adversus bonos mores verberare* thut dies, es muß *atrocius quid commissum esse*. Sodann wird das Foltern des fremden Sklaven ohne Einwilligung des Herrn als klagbegründend hervorgehoben. Dem Edikt ist dann später auch eine Klausel hinzugefügt, in welcher der Prätor sich vorbehält, auch noch wegen anderer Injurien gegen fremde Sklaven eine Klage zu gewähren, aber nur *causa cognita*, nach vorher-

[1] Vgl. dazu Lenel in d. Zeitschr. der Savignystiftung XX, S. 31 f.

gehender Prüfung des Einzelfalles. Das Formelschema im Edikt war auf das *adversus bonos mores verberare* konzipiert (vgl. Gai. III, 222: — *et in hunc casum formula proponitur*). Die *actio* steht natürlich dem Herrn als dem mittelbar Beleidigten zu. Die *condemnatio* auch dieser wegen Beleidigung seines Sklaven vom *dominus* anzustellenden Klage war, wie gewöhnlich, *in bonum et aequum* konzipiert. Über die aus von Sklaven begangenen Injurien entspringende Noxalklage ist bei der Darstellung der Noxalklagen gehandelt.

Ein besonderes Edikt verspricht, für den Fall, daß der Gewalthaber eines injurierten Hauskindes abwesend ist und auch kein Prokurator des Abwesenden da ist, der namens desselben die Klage anstellt, *causa cognita* der Person selbst, welche die Injurien erlitten, eine Klage zu geben.[1] Das beleidigte Hauskind klagt hier auf Erlaubnis des Magistrats *suo nomine*. Ob die Voraussetzungen vorhanden sind, unter denen der Prätor diese Erlaubnis erteilen will, darüber stellt er selbst die Untersuchung an. Das ist in dem *causa cognita — iudicium dabo* genügend angedeutet und wird zum Überfluß von Ulpian in l. 17 § 17 D. h. t. so erklärt. Hat der Prätor also dem Hauskind die Klage gewährt, so hat der Geschworene jene ediktsmäßigen Voraussetzungen der Gewährung nicht weiter zu untersuchen, diese können also in der Klagformel nicht etwa erwähnt sein. Da dem Hauskind in solchem Fall die Klage *suo nomine* zusteht, so kann es zur Führung derselben auch einen *procurator* bestellen.[2]

3. *Damnum iniuria datum.*

§ 160. Die *actio ex lege Aquilia* hatte ihr eng begrenztes Gebiet. Was die subjektiven Grenzen betrifft, so konnte sie nur stattfinden, wenn das Delikt von einem römischen Bürger gegen einen römischen Bürger verübt war. Die Ausdehnung auf solche Delikte, begangen von einem Peregrinen oder gegen einen Peregrinen, erfolgte vermittelst Gewährung einer *actio ficticia* (Gai. IV, 37: — *similiter si ex lege Aquilia peregrinus damni iniuriae agat aut cum eo agatur, ficta civitate Romana iudicium datur*. Die betreffende Formel dafür wird im Edikt des Peregrinenprätors proponiert gewesen sein. — Die *actio ex lege Aquilia* war sodann nur anwendbar für den Eigentümer der vernichteten bezw. beschädigten Sachen. Das Gesetz nannte als den durch die That Beschädigten bezw. Ersatzberechtigten den Eigentümer, und zwar bezeichnete es ihn wohl mit dem Ausdruck *herus*, wenngleich Pomponius nach l. 43 D. ad leg. Aq. 9, 2 sagt: *dominum enim lex Aquilia appellat* u. s. w., denn warum Ulpian nach l. 11 § 6 D. h. t. gesagt hätte: *Legis autem Aquiliae actio ero competit*, mit der Erklärung *hoc est domino*, wäre doch nicht wohl erklärlich, wenn das Gesetz nicht selbst den Ausdruck *erus* gebraucht hätte. Das praktische Bedürfnis verlangte aber, daß die Klage auch anderen dinglich Berechtigten, deren Recht durch die Vernichtung bezw. Beschädigung der Sache auch getroffen war, gewährt werde. Manche sind zu der Annahme geneigt, daß die Ausdehnung der *actio legis Aquiliae* nach Seite der Subjekte, auf andere dinglich Berechtigte durch *actiones ficticiae* geschehen sei. Zunächst ermangelt es nun aber ganz des Beweises, daß mit dem Ausdruck *actio in factum* jemals auch eine *actio ficticia* bezeichnet sei. In dem Formelschema der ursprünglichen *actio legis Aquiliae*

[1] L. 17 § 10 D. h. t.
[2] L. 17 § 20 D. h. t.; l. 8 pr. D. de proc. 3, 3; l. 9 D. de obl. et act. 44, 7.

war der getötete oder beschädigte Sklave gewiß nicht als *illum servum*, als *servus* bezeichnet, wie LENEL[1] sich zu denken scheint, sondern als *servum A^i A.* d. h. als im Eigentum des Klägers stehender Sklave. Die Ausdehnung auf andere dinglich Berechtigte konnte also einfach dadurch geschehen, daß man statt *servum A^i A^i* setzte z. B. *servum A° A° pignori datum* oder *servum, in quo A° A° ius erat* (bezw. *est*) *utendi fruendi*. Warum SAVIGNY, welcher einen derartigen Satz in seine Formel aufnimmt, daneben noch die Fiktion einfügt *eiusque rei causa, si is servus A. A^i ex iure Quiritium esset, damnum decidere oportere*, ist nicht abzusehen, denn die durch die *lex Aquilia* vorgeschriebene eigentümliche Schätzung des vernichteten Gegenstandes und Verurteilung des Beklagten, der die That leugnete, konnte der Prätor dem *iudex* auch ohne Aufnahme jener Fiktion aufgeben.

Weiter erheischte aber die *actio legis Aquiliae* eine Ausdehnung in objektiver Beziehung, in Bezug auf das Thatmoment. Die *lex Aquilia* selbst hat ihre Bestimmung angeknüpft an das *occidere*, das *urere*, *frangere*, *rumpere*. Eine gewisse Erweiterung konnte schon erfolgen durch Interpretation, es konnte die *directa actio* z. B. gewährt werden, wenn ein Sklave ins Wasser gestoßen wurde und nicht unmittelbar durch den Stoß oder Schlag, sondern durch Ertrinken umkam. Diese Erweiterung hatte aber ihre engen Grenzen, wenn man auch nicht immer darüber einig gewesen sein wird, ob die Erweiterung durch solche Interpretation erfolgen könne. Lag keine That vor, die man noch als Tötung oder Beschädigung unmittelbar durch den Körper des Thäters auffassen konnte, so konnte die Ausdehnung des der *lex Aquilia* zu Grunde liegenden Gedankens nur durch die prätorische Jurisdiktion, durch die Gewährung einer nicht unmittelbar auf das Gesetz sich stützenden Klage erfolgen. Wo man die Handlung als *causam mortis, causam damni praestare* charakterisieren kann, da wird eine *actio in factum* nach Analogie der *actio legis Aquiliae* gewährt, z. B. es werden Kühe in die Enge getrieben oder gejagt und stürzen infolgedavon in einen Abgrund; ein Sklave wird eingesperrt, und es werden ihm Nahrungsmittel vorenthalten, so daß er verhungert; ein Hund wird auf einen Sklaven gehetzt und beißt denselben u. s. w. Am vollständigsten wird solche Klage bezeichnet als *in factum legi Aquiliae accommodata* oder als *ad exemplum legis Aquiliae in factum actio*, kürzer als *utilis actio* oder *in factum actio*. Wenn die Klagformel auch keine Fiktion enthielt, so war sie doch der *directa legis Aquiliae actio* auch insofern nachgebildet, daß die Kondemnation die von der *lex Aquilia* vorgeschriebene eigentümliche *aestimatio*[2] und, gegenüber dem Leugnenden, die Anweisung zur Verurteilung *in duplum* enthielt. Das Letztere zeigen l. 5 C. de leg. A. 3, 35 und die Basiliken,[3] welche die *in factum actio* als *ἡ τὸ διπλοῦν ἀπαιτοῦσα* bezeichnen[4] und besonders ein Scholion zu fr. 9 (5, 271). — Zu Bedenken und Meinungsverschiedenheiten[5] hat Veranlassung gegeben § 16 I. de lege Aquilia 4, 3 durch die Worte: *sed si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri: veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.* Sehen wir zu, wie die

[1] Edictum S. 158. [2] L. 12 D. h. t.

[3] Darauf hat A. PERNICE, Sachbeschädigungen S. 163, aufmerksam gemacht.

[4] Sch. 26. Bas. 60, 3, 11 p. 274.

[5] Vgl. namentlich A. PERNICE, a. a. O. S. 144 ff. LENEL, Edictum S. 160 f. DERNBURG Pandekten II[5], S. 359 A. 4.

Beispiel hier angeführte Fall von den Digestenjuristen behandelt wird. In
§ 7 D. de dolo malo 4, 3 wird derselbe dahin entschieden „*in factum actionem
i debere*", ohne irgend eine Andeutung, daß die *in factum ad exemplum legis
uiliae* gemeint sei. Dementsprechend wird in l. 55 D. de acquirendo r. d. 41, 1
gen den, der ein gefesseltes fremdes Tier befreit hat, so daß es entkommen
l für den bisherigen Eigentümer verloren ist, eine *in factum actio* gegeben
ctionem mihi in factum dari oportere"), wieder ohne irgend welchen Hinweis
auf, daß es sich um die *in factum accommodata legi Aquiliae* handle. Ebenso will
beo nach l. 50 § 4 D. de furtis 47, 2 auch ohne den erwähnten Hinweis gegen
, welcher fremde Tiere mutwilligerweise zur Flucht gebracht hat, die dann in
Hände von Dieben geraten sind, eine *actio in factum* geben. Besonders inter-
ant ist, wie Pomponius (unter stillschweigender Billigung Ulpian's) nach l. 14
2 D. de praescriptis verbis 19, 5 den Fall entscheidet, daß jemand einen
nden Becher nicht *lucri faciendi*, sondern *damni dandi causa* in tiefes Gewässer
rorfen, aus welchem er nicht wieder herausgebracht werden kann. Er sagt,
ue furti neque damni iniuriae actionem esse, in factum tamen agendum. Die
cta legis Aquiliae actio kommt hier gar nicht in Frage; es wird überhaupt
mni iniuriae actio versagt, also auch die *utilis*, eine *in factum* soll gegeben
den, die also nicht *legi Aquiliae* akkommodiert ist. Der citierte § 16 I. steht
darin, daß er von der *utilis legis Aquiliae actio* oder der *in factum ad
mplum legis Aquiliae* eine andere *in factum actio* unterscheidet, welche in dem
ihm angeführten Beispiel platzgreifen soll, keineswegs mit den Digesten-
isten in Widerspruch. Daß Gaius III, 219 bei seiner Erörterung der *utiles
ones*, welche der *directa legis Aquiliae actio* nachgebildet sind, die hier in Frage
hende *in factum actio*, obwohl er sie gekannt haben muß, gar nicht erwähnt,
icht auch dafür, daß sie gar keine Klage *ad exemplum legis Aquiliae* war; und
in handelte er klüger, als die Verfasser der justinianischen Institutionen.
gends findet sich auch eine Spur, daß diese *in factum actio* gegen den
ignenden aufs doppelte ging und bezüglich der eigentümlichen Schätzung
Schadens die *actio legis Aquiliae* nachahmte.

Es möge hier schließlich noch bemerkt werden, daß kein bezüglich einer
chädigten Sache nur obligatorisch Berechtigter aquilisch klagen kann.[1]

Actio de vi hominibus coactis armatisve damno dato. Actio vi bonorum raptorum.

§ 161. Die Digesten enthalten in l. 2 pr. D. vi bonorum raptorum 47, 8
Edikt, aus welchem Huschke,[2] Keller[3] u. a. eine einzige, beide in dem-
den erwähnte Fälle (den des *damnum vi factum* und den der *bona rapta*),

[1] Auf Grund von l. 27 § 14 D. h. t. nimmt man an, daß der Pächter aquilisch klagen
ne, wenn die auf dem Pachtgut stehenden Früchte beschädigt würden, und Dernburg,
. O. S. 361, will darauf einen allgemeineren Satz gründen. Die Stelle lautet: *Et ideo
us quaerit, si lolium aut avenam in segetem alienam inieceris, quo eam tu inquinares,
solum quod vi aut clam dominum posse agere vel, si locatus sit fundus, colonum, sed
n factum agendum, et si colonus eam exercuit, cavere eum debere amplius non agi, sci-
ne dominus amplius inquietet etc.* Allein hier wird dem *colonus* nur das *interdictum
d vi aut clam* zugestanden. Die Worte: *et si colonus eam exercuit* mit Hasse auf das
rdictum quod vi aut clam zu beziehen, erklärt A. Pernice, a. a. O. S. 207 A. 5, für eine
mmatische Unmöglichkeit, allein das Wort *interdictum* kommt in dem vorhergehenden
t vor, der Jurist dachte bei *eam* an *actio quod vi aut clam.*

[2] Analecta litter. p. 187. [3] Semestria p. 601.

berücksichtigende Klage hervorgehen lassen, auf Grund dessen LENEL[1] aber zwei Formeln proponiert sein läßt, die eine für den Fall des *damnum vi factum*, die andere für den Fall der *bona vi rapta*. Weiter geht COHN[2]: nach ihm sind zwei im Hadrianischen Edikt und dementsprechend im Ulpianischen Kommentar getrennt gewesene Edikte — eines über das *damnum hominibus coactis factum*, das zweite über den Raub — von Justinian's Arbeitern in eines verschmolzen.

Das Edikt hat nun allerdings sprachlich eine solche Gestalt, welche schwerlich so von Julian oder einem älteren Verfasser herrührt. Man beachte zunächst die dreimalige schleppende Wiederholung: *(factum esse) dicetur — (rapta esse) dicentur, — (fecisse) dicetur*; sodann den mit dem Übergang in den Plural verbundenen unbehilflichen Subjektswechsel: *damni quid factum esse dicetur aut cuius bona rapta esse dicentur*. Da ferner in dem Vordersatz zwei gesonderte Thatbestände zusammengefaßt sind, so müßte dementsprechend im Nachsatz das *iudicium* gegen den, der das eine oder das andere verübt habe, versprochen sein; es heißt aber einfach: *in eum, qui id fecisse dicetur, iudicium dabo*. Es scheint mir COHN, wenn man ihm auch nicht überall in den Einzelheiten zustimmen kann, überzeugend gezeigt zu haben, daß das in den Digesten überlieferte Edikt aus einer durch Justinian's Arbeiter[3] vorgenommenen Verschmelzung zweier Edikte (oder Ediktsrubriken) entstanden ist. LENEL, welcher sich gegen COHN erklärt hat, ohne auf dessen einzelne Argumente einzugehen, sieht sich zu der viel mißlicheren Annahme genötigt, daß Ulpian das Edikt gewaltsam sinnwidrig, spitzfindig kommentiert habe. Besonders augenfällig sind die Einschiebungen der Kompilatoren in l. 4 § 6 D. vi bonor. raptor. 47, 8: — *eripuit haec differentia inter hoc edictum et superius, quod ibi de damno praetor loquitur, qui dolo malo hominibus coactis datum est vel raptum etiam non coactis hominibus*. Ist das etwa Ulpianische Ausdrucksweise: *de damno loquitur — quod raptum*? Der Anstoß ist beseitigt, wenn man den auf das *rapere* bezüglichen Zusatz wegläßt. Auch in l. 2 §§ 2 ff. eod. tit. gewinnt alles eine bessere Gestalt, wenn man die auf *rapere* bezüglichen Zusätze streicht, bezw. an Stelle des *rapere* das *damnum dare* setzt. Der § 2 könnte etwa gelautet haben: *Dolo autem malo facit — — qui praecedente consilio ad hoc ipsum homines colligit armatos, ut damnum det.* § 3: *Item sive ipse quis cogat homines sive ab alio coactis utitur ad damnum dandum, dolo malo facere videtur*. Wie sie jetzt lauten, stehen sie auch mit dem überlieferten Edikt in Widerspruch. Nach dessen Fassung: *Si cui dolo malo hominibus coactis damni quid factum esse dicetur sive cuius bona rapta esse dicentur* können sich die Worte *dolo malo* nur auf das erste Satzglied *hominibus coactis damni quid factum esse d.*, nicht auf das zweite *cuius bona rapta esse d.* beziehen, die Stellung des *dolo* nach *cui* und der Beginn des zweiten Thatbestandes mit dem neuen *cuius* läßt eine Beziehung des Wortes *dolo* auf dieses zweite Satzglied gar nicht zu. In den § 2 und § 3 soll aber offenbar das *dolo malo* auch auf das zweite Satzglied bezogen werden. Auch in der Erörterung des § 12 wird *dolo malo hominibus coactis* nicht bloß auf *damnum datum*, sondern auch auf *raptum* bezogen. Auch sprachlich Anstößiges bietet dieser Paragraph, wie das *ex coactis — damnum datum* u. a.

Gehen wir dann auf die Klagen selbst ein, so wird sich auch da zeigen

[1] Edictum S. 317 ff. [2] Zum röm. Vereinsrecht S. 187 ff.

[3] Vielleicht ist auch die Verschmelzung schon im 5. Jahrhundert auf den Rechtsschulen vorgenommen. Manches, was wir auf die Justinianischen Kompilatoren zurückführen, mag schon auf Konto der Rechtsschulen vor ihnen zu setzen sein.

sie, wenn auch in verschiedenen Punkten übereinstimmend, doch so von-
ander abweichen, daß sie nicht auf Grund eines einheitlichen Edikts gewährt
können. Die Formel der *actio de vi hominibus armatis coactisve damno dato*
uns zum Teil bei Cic. pro Tull. 7 erhalten: *Quantae pecuniae paret dolo malo*
iliae P. Fabi vi hominibus armatis coactisve damnum datum esse M. Tullio. Aus
Folgenden: *eius rei taxationem nos fecimus: aestimatio vestra est; iudicium*
m est in quadruplum geht dann noch hervor, daß die Formel eine *taxatio*
hielt, und daß die Klage *in quadruplum* ging. Die *intentio* oder *quasi intentio*
Klage ist also eine sehr unbestimmte: sie geht auf *quantae pecuniae paret*
damnum datum esse. Da wir aus Gaius wissen, daß die *taxatio* nicht eine
intentio, sondern der *condemnatio* hinzugefügte Beschränkung war, so dürfen
die sie enthaltenden Worte *duntaxat HS. tot millium* nicht mit KELLER[1] und
EL[2] an den Schluß der *intentio,* sondern müssen sie in die *condemnatio* setzen,
es von HEFFKE[3] geschehen ist, also etwa: *Quantae pecuniae paret dolo malo*
iliae N^i N^i vi hominibus armatis coactisve damnum datum esse A° A°, tantae
niae, duntaxat sestertium tot millium, quadruplum c. s. n. p. a. Unrichtig ist
auch, hier die *condemnatio* mit dem die Schätzung in Geld andeutenden
itiv *eius* beginnen zu lassen, da schon die *intentio* auf *quantae pecuniae*
t — damnum datum esse lautet. Natürlich ist auch das *quadruplum,* wie es
allgemein geschieht, in die *condemnatio* zu stellen. Zu Cicero's Zeit wurde
jedenfalls die Klage wegen des *dolo familiae damnum datum* gegen den
rn *sine noxae deditione* gegeben, auch wenn der Herr um die That nicht
ußt hatte. Es scheint auch die Ansicht KELLER's richtig zu sein, daß die
ge nur wegen des von der *familia,* nicht wegen des vom Herrn angestifteten
adens gegeben wurde.

Jedenfalls war sie für den von der *familia* angestifteten Schaden besonders
chnet. Darauf weisen die wiederholten Äußerungen Cicero's hin, pro Tullio
: — *Nam cum multae familiae dicerentur in agris longinquis et pascuis — armatae*
caedesque facere, cumque ea consuetudo non solum ad res privatorum, sed ad
mam rempublicam pertinere videretur, M. Lucullus, qui summa aequitate et sa-
tia ius dixit, primus hoc iudicium composuit, et id spectavit, ut homines ita fa-
as suas continerent, ut non modi armati damnum nemini darent u. s. w. C. 10:
temporibus cum ex bello diuturno atque domestico res in eam consuetudinem ve-
et, ut homines minore religione armis uterentur, necesse putavit esse, et in uni-
am familiam iudicium dare, quod a familia factum diceretur,
. s. w. Den Inhalt der Klage (die *intentio)* bildet das gesamte durch den
s der *familia* gewaltsam *hominibus armatis coactisve* angerichtete zu Geld ab-
hätzende *damnum.* Der Begriff des *damnum* war ein weiter: nach Cicero
n darunter nicht bloß die verschiedensten Sachbeschädigungen und Sach-
ichtungen *(aedificiorum expugnationes, agri vastationes, hominum trucidationes,*
idia), sondern auch *rapinae.* Vgl. pro Tullio § 42. Weil der Schaden in
em weiten Umfange insgesamt zu Geld abzuschätzen war, deshalb hat der
tor eine äußerste Grenze, über welche die *condemnatio* nicht hinausgehen
, in der *taxatio* gesetzt. Nicht bloß aber muß der *dolo* herbeigeführte
aden gewaltsam, sondern auch vermittelst bewaffneter oder zusammen-
tteter Menschen angerichtet sein.

---

[1] Semestria ad M. Tullium Cic. III, S. 594. [2] Edictum S. 318.
[3] Bedeutung und Anwendung des *Taxatio* im röm. Recht S. 61.

Betrachten wir nun zunächst die andere Klage, welche mit jener zu einer Formel zusammengefaßt oder doch auf Grund eines einheitlichen Edikts gewährt sein soll: die *actio vi bonorum raptorum*. Von der Formel derselben ist uns nichts überliefert. Die *intentio* derselben wird wohl einfach auf *a N° F° vi bona A^i A^i rapta esse* oder *N^um N^um vi bona A^i A^i rapuisse* abgestellt gewesen sein. Wichtig für die Natur der Klage ist aber, was in l. 2 § 13 D. h. t. angegeben ist: *In hac actione intra annum utilem verum pretium rei quadruplatur non etiam quod interest.* Die Formel enthielt also doch wohl die Worte „quanta ea res est", wenn dies auch nicht ausdrücklich gesagt ist. Da die einzelnen geraubten Objekte nach dem *verum rei pretium* abzuschätzen waren, hier also gar keine Unbestimmtheit der *intentio* vorlag, so wird die *condemnatio* auch keine *taxatio* enthalten haben; es heißt ja auch: *verum rei pretium* (der wahre Sachwert ohne irgend welche andere Grenzbestimmung) *quadruplatur.* Das *quanta ea res est* in die Formel aufzunehmen und darauf noch die *taxatio* folgen zu lassen, ist ganz sinnlos. Weil jene Worte aber in der Formel der *actio vi bonorum raptorum* gestanden haben müssen, ist es nicht möglich, sie mit der *actio de vi hominibus armatis coactisve damno dato,* die eine viel unbestimmtere *intentio* hatte und dem entsprechend die *taxatio* enthielt, zu einer Formel zusammenzufassen. Wenngleich in l. 2 § 12 D. h. t. gesagt wird: *quod ait praetor ‚bona rapta', sic accipiemus: etiam si una res ex bonis rapta sit* (vgl. Gai. IV § 209), so bedarf es doch einer Erklärung, warum denn das Edikt und, ohne Zweifel, die Formel auf *bona rapta* gestellt waren. Sie scheint mir darin zu liegen, daß die nächste Veranstaltung zur Proponierung dieser *actio* die durch Provinzialbeamten und andere Machthaber verübten ganze Vermögen betreffenden Spoliationen waren. Die *actio* setzte wohl Gewalt voraus, aber nicht notwendig durch bewaffnete oder zusammengerottete Menschen verübte Gewalt.

Bevor wir die Veränderungen ins Auge fassen, welche diese Klagen vor der Julianischen Ediktsredaktion etwa erfahren haben, ist die Zeit ihrer ersten Entstehung anzugeben. Für die *actio de vi coactis armatisque hominibus domus* wissen wir aus Cic. pro Tullio 8, daß M. Lucullus während seiner Prätur diese Klage zuerst aufgestellt hat. Nun berichtet aber Asconius in orat. in toga candida Or. p. 84, daß M. Lucullus Prätor *qui ius inter peregrinos dicebat* gewesen sei. Danach müßte man annehmen, daß das *iudicium de vi coactis armatisque hominibus damno dato* zuerst im Edikt des *praetor peregrinus* proponiert gewesen sei. Dazu paßt seine vorher dargelegte Natur ganz und gar nicht. Der Begriff der *familia* ist ein dem römischen *ius civile* angehöriger: das gegen die Ausschreitungen der *familiae* der römischen Großen gerichtete *iudicium* muß im Edikt des *praetor urbanus* seine Stelle gehabt haben. Cicero deutet denn auch mit keinem Worte an, daß M. Lucullus die Klage als *praetor, qui inter peregrinos ius dicebat* aufgestellt habe. Auch hat L. Metellus das *iudicium de vi coactis armatisque hominibus damno dato* zwischen M. Tullius und P. Fabius, welche ohne Zweifel römische Bürger waren, als *praetor, qui inter cives ius dicebat,* erteilt. Man muß also annehmen, daß inzwischen schon dieses *iudicium* aus dem Edikt des Peregrinenprätors in das des *praetor, qui inter cives ius dicebat,* übergegangen war.

Von der *actio vi bonorum raptorum* wissen wir, daß sie in der *lex Iulia municipalis* noch nicht unter den *iudicia famosa* aufgezählt wird. Daraus mit Cohn zu schließen, daß diese *actio,* welche Labeo nach l. 2 § 20 D. h. t. bereits kannte, zur Zeit des Zustandekommens der *lex Julia municipalis* noch nicht existiert habe, wäre gewiß unbegründet. Von Bedeutung wird nun hier die

n erwähnte Erzählung des Asconius in orat. in toga candida Or. p. 84: — *nam is (C. Antonius) multos in Achaia spoliaverat, nactus de exercitu Sullano itum turmas. Deinde Graeci, qui spoliati erant, eduxerunt Antonium in ius M. Lucullum Praetorem, qui ius inter peregrinos dicebat.* — — — *Hunc Antonium lius et Lentulus Censores sexennio, quo haec dicerentur, senatu moverunt caussasque scripserunt, quod socios diripuerit, quod iudicium recusarit* u. s. w. Liegt nicht, was ja denkbar wäre, eine Verwechselung des M. Lucullus mit iem Bruder L. Lucullus, der etwas früher die Prätur bekleidete, vor, so n man nur annehmen, daß M. Lucullus die *iurisdictio inter cives* und die r *peregrinos* bezw. *inter cives et peregrinos* miteinander kombinierte, wie das lge Anordnung des Senats wohl vorgekommen ist. Gleichzeitig würde er dann *inter cives ius dicens* die *actio de vi hominibus coactis damno dato,* als *inter pere-os* bezw. *cives et peregrinos ius dicens* die *actio vi bonorum* zuerst konzipiert bezw. eben haben. Die Nachricht des Asconius spricht nur von einer Klage wegen *iare, diripere* der Graeci, legt also die Beziehung auf die *actio vi bonorum orum* näher. Auch würde die Veranlassung der ersten Gewährung der Klage, gewaltsame *spoliare,* die Fassung der Formel auf *bona rapere* erklären, denn jenem Falle handelte es sich um das Rauben ganzer Vermögenskomplexe. h ein anderes würde, wenn die *actio vi bonorum raptorum* zunächst nur im kt des Peregrinenprätors proponiert war, seine Erklärung finden: das Fehlen selben unter den Klagen, welche in der *lex Iulia municipale* als infamierende gezählt werden. Die *infamia* war ein streng civilrechtliches Institut: ein *cium* unter römischen Bürgern, nicht eines unter Peregrinen, bezw. unter gern und Peregrinen konnte infamierend wirken. Im Infamenkatalog des lrianischen Edikts, wie es in l. 1 D. de his qui not. infam. 3, 2 uns überrt ist, steht die *actio vi bonorum raptorum,* sie war inzwischen in das Edikt des tors, *qui inter cives ius dicebat,* übergegangen. Da das *rapere* immer ein *furtum* ält, so mußte sie jetzt, wie die *actio furti,* infamieren. Dagegen wurde die *actio i hominibus coactis damno dato* wohl nie zu den *actiones famosae* gezählt: bloße adenszufügung, wenn auch gewaltsame, gilt nicht als ehrlos machend.

Das Edikt über die *actio de vi hominibus coactis damno dato* hat bis zu seiner nahme in die Julianische Redaktion, wie manche andere ältere Edikte, Vererungen erfahren. Zunächst scheint das Wort *vi* in die Julianische Redaktion t aufgenommen zu sein, es fehlt in dem in l. 2 pr. D. h. t. angeführten kt. LENEL[1] meint, es sei das Referat hier ungenau: *vi* sei hinter den angsworten *si cui* ausgefallen. Wir können hier absehen von dem Argut, welches er aus dem Namen der *actio vi bonorum raptorum* sowie aus den diese sich beziehenden Stellen entnimmt, denn nach unserer Annahme ist Edikt über die *actio vi bonorum raptorum* von dem hier in Frage stehenden rennen. Auch der Anfang des Kommentars in l. 2 § 1 D. h. t.: *Hoc edicto ra ea, quae vi committuntur, consuluit praetor* . . . beweist nichts, denn mit Weglassung des Worts *vi* ist das Erfordernis der *vis* nicht beseitigt. Wäre EL's Annahme richtig, so würde eine auffallende Umstellung des Wörtchens tattgefunden haben. Bei Cic. pro Tullio c. 7 steht es vor *hominibus armatis bisve,* nach LENEL soll es vor *dolo malo* gestanden haben, eine Umstellung, nicht erklärlich sein würde und nur deshalb angenommen ist, weil ein Aus-n des *vi* nach dem gleichlautend endenden *cui* plausibler ist, als nach *dolo*). Der Kommentar beginnt mit der Erklärung des *dolo malo,* geht dann

[1] Edictum S. 315.

auf *hominibus coactis,* weiter auf *damni* über. Lenel meint nun, wenn in § 7 versichert werde, daß schon nach den Worten des Edikts *(non puto defi verba)* auch derjenige hafte, welcher *solus vim fecerit,* so verstehe man die Auslegung Ulpian's nur, wenn man *„vi dolo malo hominibus coactis"* lese und in wie so oft, die asyndetisch nebeneinander stehenden Worte alternativ dem lasse: *sive vi sive hominibus coactis.* Allein so deutet er eben nicht, sonst lag ja für ihn so nah, es uns klar, wie Lenel, zu sagen. Er sagt vielmehr nach dem überlieferten Text, *hominibus coactis* sei so zu verstehen, als sei *etiam* hinzugesetzt, was mit der Deutung Lenel's keineswegs identisch ist. Halten wir die folgende im § 8 gegebene Erläuterung, daß die *doli mali mentio* hier auch die *vis* in sich schließe, damit zusammen, so geht daraus einmal hervor, daß die *vis* nicht besonders erwähnt sein kann, sodann scheint danach die Auffassung Ulpian's, der ja ausdrücklich hinzufügt, daß der, *qui dolo malo fecit* nicht in jedem Falle auch *vi* handle, die zu sein, *dolo malo* in Verbindung mit *hominibus coactis* sei so zu verstehen, daß auch die von jemandem allein gewaltsam zugefügte Schadenszufügung darunter zu subsumieren sei, weil der *hominibus coactis* zugefügte Schaden nur eine besondere Art gewaltsamen Schadens sei. Mit dem „auch durch zusammengerottete Menschen" zugefügten Schaden soll *implicite* auch der durch einen allein gewaltsam zugefügte Schaden bezeichnet sein *(non puto deficere verba).*

In der Formel Cicero's ist von einem *vi hominibus armatis coactisve damnum datum* die Rede, dagegen in dem in Justinian's Digesten überlieferten Edikt steht nur *hominibus coactis,* nicht *hominibus armatis coactisve.* Ob schon in Julian's Redaktion das *„armatis"* ausgefallen sei, ist nun zu fragen. Die Worte Ulpian's in l. 2 § 7 D. h. t.: *sive etiam hominibus coactis vel armatis vel inermibus* sprechen für die Weglassung, denn nach ihm umfaßt *coactis* beides, sowohl *armati* wie *inermes.* Daß er den Unterschied überhaupt erwähnt, läßt sich wohl daraus erklären, daß früher eben das *armatis* im Edikt stand und die von ihm benutzten älteren Ediktskommentare demgemäß auf den Unterschied eingingen. Dadurch mochte er veranlaßt werden, zu erklären, daß das *„coactis"* nun beides umfasse. Gaius aber sagt in der aus dem 21. Buch seines Kommentars zum *edictum provinciale,* in welchem er wohl von unserer Klage handelte, entnommenen l. 41 D. de v. s. 50, 16: *Armorum appellatio non utique tantum scuta et gladios et galeas significat, sed et fustes et lapides.* Daraus geht wohl hervor, daß im *edictum provinciale* noch das Wort *„armatis"* beibehalten war, oder daß doch, wenn es überhaupt vielleicht nicht ganz gleichlautend mit dem städtischen Edikt aufgefaßt war, das Wort *arma* darin vorkam. Das beweist aber nichts für das städtische Edikt, denn man mochte Grund haben, für die Provinzen noch ausdrücklich auf die *arma* hinzuweisen.

Bezüglich beider Klagen, der *de damno vi hominibus coactis dato* und der *vi bonorum raptorum* ist nun noch mit Keller darauf hinzuweisen, daß, als die Gewaltthätigkeiten der Bürgerkriege zurückgetreten und die Verhältnisse unter der Kaiserherrschaft geordnetere und friedlichere geworden waren, die erstere an praktischer Bedeutung verlor und daher in den Erörterungen der Juristen in den Hintergrund trat, während die letztere deshalb in viel häufigeren Gebrauch kam, weil die spätere Anschauung dahin ging, daß der Raub, das mit Gewalt verübte *furtum,* welches zu allen Zeiten nicht so selten ist, eine weit schärfere Ahndung verdiene, als das gewöhnliche *furtum.* Da mag denn auch die von einigen vertretene Ansicht aufgekommen sein, daß das *quadruplum* der

vi bonorum raptorum als reine *poena* aufzufassen sei, nicht die *rei persecutio* ich schließe, weil es unbillig scheine, daß das mit Gewalt verübte *furtum* er, als das gewöhnliche *furtum manifestum*, behandelt werde.

5. *Damnum in turba datum. De incendio ruina naufragio rate nave expugnata.*

§ 162. An das Edikt über die *actio de damno hominibus coactis dato* schloß ein anderes über das *damnum in turba datum* an, wie das deutlich die e Ulpian's in l. 4 § 6 D. vi bonorum raptor. et de turba 47, 8 aus dem Buch seines Ediktskommentars zeigen: *eritque haec differentia inter hoc m et superius, quod ibi de eo damno praetor loquitur, quod dolo malo hominibus s datum est — —: at hic de eo damno, quod dolo malo in turba datum est —.* Edikt über das *damnum in turba datum* ist uns nicht unverkürzt überliefert. uf deutet verschiedenes hin. So zeigen zunächst die Worte in l. 4 § 9 t.: *Loquitur autem hoc edictum de damno dato et de amisso*, daß in dem auch von dem *in turba amissum* die Rede gewesen sein muß. Man könnte men, daß *amissumve quid* nicht gestrichen, sondern nur durch ein Ver- ausgefallen sei, aber es kommt etwas anderes hinzu, was jene Annahme ließt. In dem überlieferten Ediktstexte steht nach der Florentina: *dam- quid factum esse*, während man nach l. 4 §§ 4 u. 6 D. h. t. und nach der gie des in l. 2 pr. D. h. t. überlieferten Edikts erwarten sollte, daß unser auf: *damni quid factum esse* gelautet habe. Endlich aber war nach dem ientar das Edikt gar nicht bloß gegen den gerichtet, *cuius dolo malo in damni quid factum esse dicetur*, sondern schon l. 1 § 1 sagt: *Hoc edictum damno proponitur, quod quis in turba dedit*, und ganz klar unterscheidet § 4: *item edicto tenetur non solus, qui damnum in turba dedit, sed et is, qui dolo fecerit, ut in turba damni quid daretur*, und dieselbe Unterscheidung findet si Paul. V, 3, 1: *In eos, qui per turbam seditionemve damnum alicui dede- andumve curaverint, si quidem res pecuniaria est, aestimatione dupli sar- — —.* Von den Kompilatoren also oder vielleicht schon (was immer auch h) von der späteren Rechtsschule ist der vorausgehende Passus des In- *Si quis in turba damnum dedisse* (*dicetur*) gestrichen, nicht als ob man eine sachliche Änderung hätte machen wollen, sondern der Vereinfachung da man das unmittelbare *damnum dare* mit unter das *dolo malo in turba quid dare* subsumieren zu können glaubte. Bei der Verkürzung scheint es rst gekommen zu sein, daß statt *damni quid factum amissumve quid esse* wurde: *damnum quid factum esse* (*dicetur*). Das Edikt stammt auch schon ublikanischer Zeit, denn aus Ulpian's Kommentar, l. 4 §§ 2 u. 3, ersehen ß Labeo das darin vorkommende Wort *turba* erklärte. Die *turba* unter- er von *rixa:* eine *rixa* könne unter zweien vorkommen, die *turba* könne is zwei, nicht aus 3 oder 4 Menschen bestehen, sondern setze eine größere von Menschen voraus. Unter das Edikt fällt auch, wer absichtlich eine rregt, zusammengebracht, damit darin Schaden zugefügt werde, auch nicht dabei gegenwärtig gewesen, wie auch, wer in der *turba* sich be- und in derselben zwar nicht selbst Schaden angerichtet, aber in der- Anstifter der Schadenszufügung gewesen, wie endlich auch der, der zwar a nicht in der Absicht der Schadenszufügung, sondern vielleicht nur Geschrei oder um Mitleid zu erregen zusammengebracht, dann aber in

derselben durch seinen *dolus* bewirkt hat, daß Schaden zugefügt wurde. Die Klage ist *in factum* konzipiert und geht innerhalb eines *annus*, gerechnet von der Zeit, wo die Möglichkeit zur Anstellung derselben vorlag, auf das Doppelte des *quanti ea res erit*, und zwar des *verum rei pretium*, wobei die Abschätzung nach der gegenwärtigen Zeit, d. h. des Urteils zu erfolgen hat (l. 4 § 11 D. h. t.). Nach Ablauf des Jahrs geht sie nur noch *in simplum*. Wie die *actio vi bonorum raptorum*, steht sie den Erben und sonstigen *successores* des Beschädigten zu, die *actio poenalis* aber nicht gegen die Erben des Delinquenten. Wegen des von einem Sklaven oder einer *familia* in der vom Edikt geforderten Weise zugerichteten Schadens gewährt der Prätor die Klage gegen den Herrn unbedingt, nicht als *noxalis* (l. 4 § 16 D. h. t.). Das Edikt wird darüber eine besondere, nicht überlieferte Bestimmung enthalten haben.

Gegen eine andere gemeingefährliche Art von Schadenszufügung ist das auf das oben erörterte folgende *edictum de incendio ruina naufragio rate nave expugnata* gerichtet. Besonders gemeingefährlich handelt, wer eine über eine Menge von Menschen hereinbrechende Kalamität und die durch dieselbe hervorgerufene Not und Verwirrung benutzt, um Schaden zuzufügen. Solche Kalamitäten sind Brand, Häusereinsturz, Schiffbruch. Sie sind besonders hervorgehoben auch in dem Edikt über das *depositum*. Es wird von Ulpian ausgesprochen, daß es im öffentlichen Interesse liege, gegen die, welche solche Unglücksfälle zum Rauben u. s. w. benutzen, mit schärfster Ahndung einzuschreiten. Die Klage geht daher hier aufs Vierfache. Verlangt wird aber mit Recht, daß die That verübt wird zur Zeit der Kalamität bezw. zu einer Zeit, wo die von derselben Betroffenen noch unter dem lähmenden und verwirrenden Eindruck derselben stehen und mit der Rettung ihrer eignen Personen genug zu thun haben, auf ihre Habe also nicht gehörig achthaben können; ferner daß sie am Ort der Kalamität oder doch in der näheren Umgebung derselben geschehen ist. Wer später, nachdem der Schiffbruch geschehen, eine durch's Meer ans Ufer geworfene Sache dort findet und sich in unredlicher Absicht aneignet, begeht wohl ein *furtum*, fällt aber nicht unter unser Edikt. Als ein Unglücksfall, dessen Benutzung zu Schadenszufügung ebenso gestraft werden soll, wird im Edikt noch die Erstürmung, Eroberung eines Floßes oder Schiffs hervorgehoben. Als Handlungen, welche mit der besonderen Strafe bedroht werden, sind in dem überlieferten Edikt genannt: *rapere, recipere dolo malo damnive quid dare in his rebus*. Den Räubern sollen also die Hehler und Schadenszufüger gleichgestellt sein. Es hat den Anschein, als ob das Edikt hier eine gewisse Verkürzung erlitten hat, denn nach l. 3 § 3 D. h. t. (47, 9) schiebt Ulpian noch einige Sätze, in denen er nicht die uns überlieferten Worte, sondern noch andere erläutert zu haben scheint, ein. Lenel[1] meint, die ganze Stelle trage das Gepräge der Interpolation an sich, und daß sich die Hand der Kompilatoren an ihr versündigt hat, ist nicht abzuleugnen. Echt aber scheinen doch die Worte zu sein § 5: *Aliud esse autem rapi, aliud amoveri palam est, nam quidem amoveri aliquid etiam sine vi possit: rapi autem sine vi non potest*. Dazu kommt, daß Paul. V, 3 § 2 den Inhalt unseres Edikts so angiebt: *Quidquid ex incendio ruina naufragio navique expugnata raptum susceptum suppressumve erit, eo nomine in quadruplum eius rei, quam quis suppresserit celaverit rapuerit, convenitur, postea in simplum*. Das macht auch den Eindruck, als ob nach dem *rapere, recipere* der

[1] D. ed. perp. S. 320.

ılo vor dem *damni quid dare* noch ein drittes, etwa *amovere*, dem das *suppri-re* des Paulus entsprechen würde, im Edikt hervorgehoben wäre. Tilgung ssen, was ihnen überflüssig schien, lag ja im Auftrage und der Tendenz der ɔmpilatoren. Auch die Erklärung der Worte *eiecta nave* ruft den Eindruck rvor, als ob dieselben im Edikt gestanden hätten.

Auch dieses Edikt rührt schon aus der republikanischen Zeit her, Labeo nnte es und erläuterte es. Er befürwortete eine ziemlich weitgehende ana-ge Anwendung desselben, *sive de domo sive in villa expugnatis aliquid rapiatur* 3 § 2 D. h. t.). Auch die aus diesem Edikt entspringende Klage wird aufs erfache nur binnen eines Jahres, *quo primum de ea re experiundi potestas rit*, nach Ablauf des Jahres nur *in simplum* gegeben. Die Bestimmung, nach sie wegen der von einem *servus* oder einer *familia* verübten That gegen n Herrn derselben (unbedingt) gegeben werden soll, ist hier erhalten.

6. *Servi corrupti actio.*

§ 163. Die *lex Aquilia* und ihre Ausdehnung bezogen sich nur auf körper-he Schädigungen fremder Sklaven. Das Interesse des Herrn kann aber in ch schwererer Weise dadurch verletzt werden, daß jemand seinen Sklaven bösen Thaten verführt und ihn dadurch moralisch schlechter macht. Durch che Verschlechterung sinkt auch der pekuniäre Wert des Sklaven. Der lave verliert durch seine moralische Verschlechterung an Gebrauchs- und uschwert. Es braucht nur daran erinnert zu werden, daß die ädilitischen ıgen auch wegen gewisser moralischer Mängel verkaufter Sklaven begründet ren. Um solcher Verführung der Sklaven entgegenzutreten, stellte der Prätor Edikt eine Klage auf. Über das Alter dieser Klage läßt sich nur angeben, ß sie jedenfalls erst nach der *lex Aquilia*, ja erst seitdem die Prätoren selb-ndig Klagen zu gewähren anfingen, aufgekommen sein kann, daß sie anderer-s aber schon in republikanischer Zeit aufgestellt gewesen ist, denn nicht ß Sabinus,[1] auch Alfenus Varus[2] kannte sie schon. Das sie verheißende ikt ist uns in den Digesten überliefert (l. 1 pr., l. 5 § 3 D. de servo corrupto 3). Über die etwaige Geschichte desselben wissen wir nichts. Es verpönt alternativer Weise) zweierlei: das *dolo malo recipere* und das *persuadere ei i, quo deterior fieret*. Ob schon von Anfang an beides verpönt war, oder ächst nur das *recipere*, dann auch das *persuadere*, steht dahin. Vielleicht die Verpönung des *persuadere* erst ein späterer Zusatz zum ursprünglichen kt. Auch die auf Grund des Edikts proponierte Klagformel, welche ohne ɔifel *in factum* konzipiert war, wird beides (alternativ) umfaßt haben, so im konkreten Fall die Klage auf einen von beiden Fällen abgestellt den konnte, wie denn Julian[3] meinte, daß ein Miteigentümer eines Sklaven en den anderen Miteigentümer nicht wegen *recipere*, sondern nur wegen *uadere* klagen könne. Die allgemeine Bezeichnung der Klage ist *actio servi upti*, doch wird speziell mit dem Ausdruck das *deteriorem facere* durch *per-lere*, nicht das *recipere* bezeichnet (vgl. l. 5 § 4: — *servi corrupti vel recepti;* pr.: — *nam qui cum extraneo agit, sive receperit sive corruperit agere potest, cum socio, sine alternatione, id est si corrupit;* § 1: — *et si forte alius eum ɔerit vel corruperit.* Der Thäter wird als *corruptor* oder *sollicitator* bezeichnet. beiden Fällen Gemeinsame ist das *dolo malo deteriorem facere.* Der Prätor

[1] L. 14 § 2 D. h. t. [2] L. 16 D. h. t. [3] L. 9 pr. D. h. t.

will die verpönte Handlungsweise als eine schmähliche bezeichnen, er will sie *notare*, aber er will nur den *dolus* treffen. Wer also einen fremden Sklaven aus Mitleid oder einem anderen nicht tadelnswerten Motiv aufnimmt, fällt nicht unter das Edikt (l. 5 pr.), ebenso wird das arglose *persuadere* nicht getroffen (l. 3 pr.). Unter dem *recipere* ist ein Zufluchtgewähren in der Absicht, den Sklaven vor dem Herrn zu verbergen, verstanden. Unter dem *persuadere* ist ein starkes Zureden, Reizen, Anstacheln *(sollicitare)*, welches auf den, welchem zugeredet wird, einen wirklichen Einfluß auszuüben geeignet ist, verstanden, wobei es aber einerlei ist, ob dadurch ein bis dahin guter Sklave moralisch schlechter gemacht oder ein Taugenichts in seiner Schlechtigkeit nur bestärkt wird. Auch braucht die Überredung sich nicht gerade auf bestimmte Thaten zu beziehen, sondern kann sich auch auf die allgemeine Gesinnung des Sklaven, welche sich dann auch in seinem Leben offenbaren wird, beziehen. Der Sklave muß durch den *corruptor deterior* werden, und zwar entweder animo oder *corpore* (l. 9 § 3, l. 15 D. h. t.). Auch wenn der Sklave durch dolose Überredung zu gefahrvollem Thun körperlich beschädigt wurde, war die Klage zulässig, wenngleich Paulus der Meinung war, es sei hier *commodius*, mit der *utilis legis Aquiliae actio* zu klagen (l. 3 § 1, l. 4 D. h. t.). Zweifel scheinen sich geregt zu haben, ob unsere Klage auch dann begründet sei, wenn der Sklave der Verführung widerstanden hat. Nach Gai. III, 198 ist sie hier nicht begründet, weil *deterior servus factus non est.* Klagberechtigt ist, wer zur Zeit der Korruption Eigentümer des Sklaven war, wenn er auch nachher, sei es durch Manumission, sei es durch Tod oder Veräußerung des Sklaven, aufgehört hat es zu sein. In dieser Beziehung wird gesagt, daß es sich bei der Klage um die *praeterita utilitas* handle, daß die Klage sich beziehe *ad tempus servi corrupti vel recepti, non ad praesens* (l. 5 § 4 D. h. t.). Daß dem *bonae fidei possessor* die ursprüngliche *actio servi corrupti* nicht zustehen soll,[1] ist begreiflich, denn diese setzte eben Eigentum an dem Sklaven voraus. Nicht verständlich ist es aber, daß ihm keine *utilis actio* gewährt wird, da doch eine solche dem Usufruktuar gegeben wird.[2] Auch dem Pfandgläubiger ist sie nicht zugestanden.[3] Die *condemnatio* der Klagformel lautete auf: *quanti ea res erit, eius duplum c.* Die richterliche *aestimatio* hatte zunächst zu veranschlagen, um wie viel der Wert des Sklaven durch die Verschlechterung desselben geringer war. Aber nicht bloß dieser Minderwert ist zu veranschlagen, sondern auch der Schaden, welcher dem Herrn durch die That des Sklaven, zu welcher er verführt wurde, zugefügt ist, wie der Wert der vom Sklaven bei der Flucht mitgenommenen Sachen, auch das, was infolge des Delikts des Sklaven der Herr gemäß der gegen ihn begründeten Noxalklage zu leisten hat u. ä. Ist die durch das *corrumpere* bewirkte Verschlechterung des Sklaven so bedeutend, daß das Behalten des Sklaven für den Herrn ohne Interesse ist, so wird ihm die Wahl gelassen zwischen dem Behalten des Sklaven nebst Empfang des (doppelten) Schadensersatzes und dem Empfang des Preises des Sklaven (vor der Verschlechterung) gegen Herausgabe desselben bezw., wenn er ihn nicht hat, gegen Cession der Klagen auf seine Herausgabe. Dieses Wahlrecht fällt

[1] L. 1 § 1 D. h. t. [2] L. 9 § 1 D. h. t.

[3] L. 14 § 4 D. h. t.

[4] L. 14 § 8; l. 9 § 3 D. h. t. In den Worten der letzten Stelle *quanti servus ob id quod subpertus sit* ist statt *subpertus* wohl zu lesen: *compertus*. Vgl. l. 5 D. de extraord. cr. 47, 11.

ürlich weg, wenn der Sklave bereits tot ist. Auch wenn der Sklave bereits manumittiert war, meint Ulpian, werde der Kläger mit dem Verlangen des ises beim *iudex* nicht durchdringen (l. 14 § 9 D. h. t.). Die Klage geht ıer, nicht bloß im Fall des Leugnens des Beklagten, aufs Doppelte, in hem dann aber zugleich der Schaden steckt, so daß dieser nicht daneben ı verlangt werden kann. Sie geht auf die Erben des Klagberechtigten über, Pönalklage aber nicht auf die Erben des *corruptor*. Eine besondere Strenge n denselben zeigt sich darin, daß sie eine *actio perpetua* ist. Ist ein Sklave *corruptor*, so geht nach besonderem Zusatz des Edikts die Klage gegen den *nus* als *noxalis*.

Es gab Fälle, in denen unsere Klage als *utilis* gegeben wurde. So stand wie bereits erwähnt wurde, dem, der einen *ususfructus* an dem verführten ren hatte, *utiliter* zu. Dagegen die *de servo hereditario corrupto* zustehende ist keine *utilis*, sowenig wie die *de servo hereditario occiso* eine *actio legis iae utilis* ist (l. 13 § 1 D. h. t.). Wohl aber ist wegen Korruption von kindern dem Gewalthaber eine *utilis actio* gegeben. Keller (Institut. 53) meint, die *condemnatio* sei hier auf *quanti aequum et bonum videbitur* stellt gewesen. Indessen wo ein immaterieller Schaden als zu Geld abzbar vom Prätor anerkannt wird, da reicht auch das *quanti ea res est* aus.

7. *De aleatoribus.*

§ 164. Hier ist nicht zu untersuchen, ob schon das ältere römische Recht echtliche Bestimmungen gegen die *alea*, das Hazardspiel, erlassen hat. Grund von Pseudo-Asconius in Cic. divinationem c. 7 kann man als sehr cheinlich annehmen, daß (nach einer *lex de alea*) der, welcher im verbotenen Glücksspiel gewonnen, *damnas* war, das Doppelte des Gewonnenen herauszugeben: es stand gegen ihn eine Popularexekutivklage zu, eine *manus injectio pura*, welche, falls der Beklagte leugnete und *manum sibi depellebat*, auf Verfache stieg.[1] Mit den Legisaktionen ist auch diese Klage abgekommen. Es kommen nur die Bestimmungen des prätorischen Edikts über die *alea* in

Das uns davon Erhaltene lautet nach l. 1 pr. D. de aleatoribus 11, 5: *Si eum, apud quem alea lusum esse dicetur, verberaverit damnumve ei dederit id eo tempore dolo (*lies: *e domo) eius subtractum est, iudicium non dabo. in eum, qui ludendae causa vim intulerit, uti quaeque res erit, animadvertam.*

Die Bestimmung des ersten Satzes richtet sich nicht gegen die Spieler, *lusores*. Vielmehr können diese, wenn sie Delikte, wie z. B. Raub, gegeneinander begehen, auch gegeneinander klagen. Der aber, bei welchem gespielt, der also dadurch, daß er das Spielen in seiner Wohnung geschehen ließ, ihnen Vorschub leistete, wird bezüglich der persönlichen und sachlichen Beschädigungen, die er infolge davon erlitten, außerhalb des prätorischen Rechtsschutzes gestellt. Wenn ihn jemand (infolge seiner Duldung des Spiels bei sich) irgendwo (nicht bloß in seiner Wohnung) zu irgend einer Zeit (nicht bloß während des Spiels) geprügelt oder ihm Schaden zugefügt hat, will ihm der Prätor deshalb keine Klage gewähren. Dagegen will er gegen jeden dessen, was aus dem Hause des Spielhalters während der Zeit,

[1] Vgl. meinen röm. Civilpr. zur Zeit der Legisaktionen S. 192 f. Schönhardt, Alea, 1885 S. 72 ff.

während welcher bei ihm gespielt wurde, entwandt ist, der Prätor ihm keine Klage gewähren, mag die Entwendung durch einen der Spieler oder von sonst irgend einem geschehen sein. Eine Voraussetzung dieser Bestimmung ist nicht daß der, welcher bei sich spielen ließ, dies gewerbsmäßig betrieben haben müsse. Das Edikt wollte so der Spielsucht auf indirektem Wege entgegentreten, es wollte ihr den erforderlichen Boden entziehen. Denselben Grund die Beförderung des Spieles zu verhindern, hat auch der in l. 2 § 1 D. quae rer. actio 44, 5 ausgesprochene Satz, daß, wer einem beim Glücksspiel eine Sache abkauft, damit der Verkäufer mit dem Preise spielen könne, nicht wegen Eviktion der Sache mit der Regreßklage gegen den Verkäufer durchdringen kann. Nach Ulpian[1] soll sich die Klagenversagung nicht etwa bloß auf die pönale *actio furti*, sondern auch auf die *actio ad exhibendum*, *rei vindicatio*, *condictio* beziehen.

Nach dem zweiten Satz des Edikts will der Prätor gegen denjenigen, welcher gewaltsam zum Glücksspiel genötigt hat, nach Beschaffenheit des einzelnen Falls verfahren, d. h. er will je nach Umständen eine mehr oder weniger scharfe bezw. verschiedenartige Strafe gegen ihn verhängen.

Das *alea ludere* wird vom Prätor als verboten angesehen: dem Prätor lag es nur ob, daraus für seine Rechtsprechung die Konsequenzen zu ziehen. Aus l. 4 § 2 D. h. t.: *Adversus parentes et patronos repetitio eius quod in alea lusum est utilis ex hoc edicto danda est* ergiebt sich, wie Lenel, Edictum S. 135 mit Recht annimmt, daß das Edikt eine Bestimmung über die Rückforderung des im unerlaubten Glücksspiel Verlorenen enthalten hat. Diese mitzuteilen, hielten die Kompilatoren wohl deshalb nicht für geboten, weil Justinian selbst Bestimmungen darüber getroffen hatte.[2] Nach Paulus (l. 4 § 1 D. h. t.) steht wenn ein Sklave oder Haussohn der Verlierer war, dem Gewalthaber, dem Herrn oder Vater, die Rückforderung zu, was selbstverständlich ist. Mehr Interesse hat die darauffolgende Äußerung, daß, wenn ein Sklave der Gewinner ist, gegen den Herrn die *actio de peculio*, nicht eine *noxalis*, gegeben wird, wie *ex negotio gesto* geklagt wird. Die Klage war also keine Strafklage, und es spricht also diese Äußerung des Paulus gegen die Annahme Lenel's, daß die Rückforderung nach dem Edikt wahrscheinlich einen Strafzusatz gehabt habe. Die Klage wird *in factum* konzipiert und in der *intentio* angegeben gewesen sein, daß das Zurückgeforderte vom Beklagten *in alea* gewonnen sei. Es ist nur nicht richtig, wie ältere Juristen behaupten, daß die Verurteilung wegen alea die Infamie nach sich gezogen habe, aber anrüchig war der Spielgewinn doch. Dies erklärt genügend, daß die gewöhnliche Klage auf Rückgabe des in alea Gewonnenen gegen *parentes* und *patronos* nicht gegeben wurde, sondern nur eine *utilis actio*, in deren Formel die ehrenrührige Bezeichnung durch irgend eine andere ersetzt wurde, welche, hierin der *rerum amotarum actio* ähnlich, das Ding nicht mit dem rechten Namen nannte. Einer Verjährung wird diese Klage damals nicht unterworfen gewesen, auch aktiv und passiv auf die Erben übergegangen sein. Die Vermutung möchte ich noch äußern, daß diese prätorische Klage wie die alte *manus iniectio* in diesem Falle, wenn der Verlierer bezw. sein Erbe nicht klagen wollte, eine *actio popularis* gewesen sei, da auch Justinian noch der Klage die Natur einer popularen zuspricht.

[1] L. 1 § 3 D. de aleatorib. 11, 5.
[2] L. 1 C. de aleae lusu 3, 43.

Der Prätor wird ferner, wenn das im Spiel Verlorene nicht bezahlt, son- n nur in rechtsverbindlicher Form versprochen war, die Gewährung einer ge aus dem Versprechen verweigert, bezw. gegen die Klage eine *exceptio* ährt haben.

8. Haftung des *iudex, qui litem suam fecit.*

§ 165. Eine Haftung des *iudex* in einem Civilprozeß wegen Pflichtver- ıng kann nicht erst durch das honorarische Recht aufgekommen sein. Wenn ı den XII Tafeln nur *morbus sonticus* und die ihm gleichstehenden Gründe Ausbleiben auch des *iudex* und *arbiter* im Termin entschuldigten, so muß ohne genügende Entschuldigung Ausbleibenden ein bestimmter Nachteil ɔffen haben, und nach Macrob. III, 16, 5 bestand dieser in dem *litem suam* ɔ. *Litem suam facere* als Nachteil gedacht, kann doch nur bedeuten: den eßverlust zu seinem eigenen machen. Hatte der *iudex* durch seine Pflicht- tzung den Kläger um seinen Anspruch gegen den Beklagten gebracht, so ɐr als statt des Verklagten dem Kläger verurteilt. Hatte er den Beklagten, ıicht infolge Bestechung, wider besseres Wissen verurteilt, so galt er als Beklagen auf die Summe verurteilt, zu welcher er diesen ungerecht ver- ɬt hatte. Zur Zeit des Legisaktionenprozesses wird wohl der betreffenden ɔi die *legis actio per manus iniectionem* zugestanden haben.[1] Mit dem Legis- ıenverfahren muß diese Haftung des *iudex* wie aus einem Judikat ab- ınmen sein, aber die alte Auffassung wirkte auch später noch nach. Nach pr. D. de iudiciis 5, 1 haftet ein Haussohn, wenn er als *iudex litem suam* , auf einen solchen Betrag, als zur Zeit des von ihm gefällten Urteils in n *peculium* war: der Vater konnte aus der Schuld, welche wie eine Urteils- l aufgefaßt wurde, nur bis auf den Betrag des *peculium* des Sohnes in uch genommen werden. Ferner ging Julian's[2] von vielen getadelte Meinung , daß die *actio* gegen den Erben des *iudex, qui litem suam facit,* zustehe. nun auch die Tadler in Bezug auf die neuen prätorischen Klagen Recht ı, so erklärt sich Julian's Meinung doch daraus, daß sie noch von der Auffassung beeinflußt wurde: die Urteilsschuld ging, wie eine Kautions- ı, auf die Erben über. — Was nun die spätere Zeit betrifft, so nehmen [3] an, das römische Recht gebe gegen den Richter wegen *dolus* einen uch auf die *vera litis aestimatio,* wegen *imprudentia* auf *quantum de ea re ı religioni iudicantes visum fuerit.* Lenel[4] behauptet nun, pr. J. de obl. ɟu. ex del. 4, 5 und l. 6 D. de var. et extr. cog. 50, 13 ließen es als los erscheinen, daß die Klage in allen Fällen auf *quantum aequum iudici ır* gegangen sei. Die *vera aestimatio litis* in l. 5 § 1 D. de iudic. 5, 1 ıns nicht irre machen; in der Anweisung, auf *quantum aequum videbitur* ıdemnieren, habe zweifellos auch die Ermächtigung gelegen, auf *quanti est* zu kondemnieren. In l. 6 cit. seien selbstverständlich nicht zwei ver- ɜne Rechtsmittel gemeint, sondern der Nachsatz gebe den Inhalt der *in*

Vgl. Karlowa, Der röm. Civilpr. z. Zeit der Legisaktionen S. 368.
L. 16 D. de iud. 5, 1.
Wetzell, Civilprozeß § 36 Note 14. Windscheid, Pandekten II, § 470 A. 1. Andere ei Usteri, Die privatrechtliche Verantwortlichkeit des röm. Richters gegenüber den (Zürich 1877) S. 56 A. 1. Vgl. auch Pernice, Labeo II, S. 291 f.
Edictum S. 136 f.

factum actio an. — Demgegenüber ist zunächst zu sagen,[1] daß, wenn Ulpian in l. 15 § 1 D. cit. schreibt: *Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum de malo in fraudem legis sententiam dixerit — — — ut veram aestimationem litis praestare cogatur,* ihm dabei eine Verweisung des *iudex* auf einen objektiven Maßstab in der *condemnatio* vorgeschwebt haben muß, er aber unmöglich an die Verweisung auf die subjektive *religio iudicantis* gedacht haben kann; denn sonst könnte er nicht sagen, es solle der zu belangende Richter zur Leistung der *vera litis aestimatio* gezwungen werden. Solche bestimmte Direktiven der subjektiven *religio iudicantis* wären unzulässig und auch vergeblich gewesen. Die anderen hier in Betracht kommenden Stellen sind verschiedene Überlieferungen einer Äußerung des Gaius libro II rerum quotidianarum sive aureorum, nämlich l. 6 D. de variis et extraord. cogn. et si iudex litem suam fecisse dicetur 50, 13 = l. 5 § 4 D. de obl. et act. 44, 7 = pr. I. de obl. quae quasi ex delicto nascuntur 4, 5. Am unvollständigsten sind Gaius' Worte in der zweiten Stelle überliefert. Hier endet seine Äußerung mit den Worten: *ideo videtur quasi ex maleficio teneri.* Die Institutionenstelle fährt dann noch fort: *et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videbitur, poenam sustinebit.* Vollständiger noch sind Gaius' Worte in der dritten Stelle überliefert. Hier heißt es: *ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit.* Wenn es nach der Institutionenstelle möglich ist, an eine einzige Klage zu denken, so ist dies durch die Fassung der letzten Stelle ausgeschlossen, denn hätte der Nachsatz nur den Inhalt der *in factum actio* bezeichnen sollen, so hätte das „*et*" weggelassen sein müssen, wie es ja ähnlich auch in l. 3 pr. D. de sepulchri viol. 47, 12 heißt: — *in eum in factum iudicium dabo, ut — — quanti ob eam rem aequum videbitur, condemnetur.* Dann aber ist zu berücksichtigen, daß die Klage gegen den *iudex* mit der Anweisung: *quantum — tibi aequum videbitur* eine solche war, an deren Eigenschaft als einer *poenalis* gar kein Zweifel bestehen konnte, bezüglich deren also auch gar nicht bezweifelt werden konnte, daß sie nicht gegen den Erben des *iudex* ging. Julian aber will die Klage gegen den *iudex, qui litem suam fecit,* vermöge welcher er zum *veram aestimationem litis praestare* gezwungen werden soll, auch gegen den Erben gewähren. Sie war eben auf Entschädigung gerichtet, und für die Frage, ob sie auch gegen den Erben zustehe, kam es darauf an, ob sie als aus einem Delikt entsprungen oder als eine Urteilsschuld anzusehen sei. Leider ist uns das Edikt, welches die Klagen gegen den seine Pflicht verletzenden *iudex* versprochen haben wird, nicht erhalten. Vielleicht lautete die Kondemnationsanweisung bei der Entschädigungsklage auf *quanti ea res ex ea re damnum factum est.* Aber auch, wenn die Anweisung auf *quanti ea res* lautete, wird sie dem *iudex* die Möglichkeit gegeben haben, den pflichtvergessenen *iudex,* je nachdem er die betreffende Partei um den Wert des ganzen Streitobjekts gebracht oder ihr einen geringeren Schaden zugefügt hatte, auf den vollen Streitwert oder den geringeren Betrag des Interesses des Klägers zu verurteilen. Daß die *intentio* auf *si paret N^{um} N^{um} — litem — suam fecisse* gelautet habe, scheint mir nicht möglich, denn in dem *litem suam fecisse* ist schon die Wirkung der begangenen Pflichtwidrigkeit ausgedrückt, nicht diese selbst und die Kondemnation müßte dann auch, wenn vom *iudex* die Wahrheit jener

[1] Die im folgenden ausgeführte Ansicht ist schon in Kürze von mir ausgesprochen in meiner Schrift „Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung" S. 153 A. 2.

entionsbehauptung bejaht würde, stets auf den vollen Streitwert gehen. Der ch die Pflichtverletzung des Geschworenen Gekränkte sollte aber nicht bloß tschädigung begehren können, sondern auch eine Satisfaktion für die Ver- ung eines Interesses nicht pekuniärer Natur, für die moralische Kränkung, che ihm durch die Pflichtwidrigkeit des *iudex* zugefügt war. Diesen der In- enklage vergleichbaren Anspruch sollte die Pönalklage mit der Kondemnations- eisung *quantum tibi — aequum videbitur* geltend machen. Vielleicht war diese ge ursprünglich nur bei doloser Pflichtverletzung des *iudex* zulässig, und hat ı sie erst später, auch wenn er *per imprudentiam* gefehlt hatte, zugelassen. Charakterisierung der Haftung des *iudex qui litem suam fecit* als eine, *quae ri ex delicto nascitur,* reicht wohl nicht weit über die Zeiten des Gaius zurück.

9. Haftung der Feldmesser.

§ 166. Der Dienste von Agrimensoren bedienten sich auch Privatleute, . Käufer und Verkäufer von Ackergrundstücken zur Feststellung des Maßes gekauften bezw. verkauften Fläche, ferner bei einer Grenzstreitigkeit. Der rag mit einem *agrimensor* konnte nicht *locatio conductio operarum* sein, da Ausübung des Berufs des *mensor* von den Römern als die Bethätigung r *ars liberalis* angesehen wurde.[1] Die etwa dem *mensor* für seine Dienst- ung gegebene Vergütung wurde nicht als ein Äquivalent, ein Preis, sondern ein Honorar angesehen. Hatte nun der Mensor die Größe der ausgemessenen he wissentlich falsch angegeben, so gab es gegen ihn keine Kontraktsklage, einen durch das Civilrecht anerkannten Kontrakt zwischen ihm und dem, ihn zugezogen, gab es nicht. Dem hier vorliegenden praktischen Bedürf- daß solche Betrügereien nicht ungeahndet blieben, half der Prätor durch tellung einer *in factum actio* ab. Sie wird gegeben gegen den *mensor,* dem ein *fallere in modi renuntiatione* vorwerfen kann; die Voraussetzung der e ist ein von dem *mensor* bei der Aussprechung des Maßes der betreffenden rfläche begangener *dolus,* welchem die *lata culpa* gleichgestellt wird. Dieser setzt aber noch ein weiteres voraus, er ist nicht die erste Grundlage der e. Diese erste Grundlage ist eine vertragsmäßige Übernahme des Ver- ens von seiten des *mensor,* es wird der erwähnt, *qui mensorem adhibuit* § 1 D. si mensor 11, 6; l. 3 § 4 D. eod. tit.), es wird auch von einem *re mensori* gesprochen (l. 2 u. 3 pr. D. eod. tit.). Ja, Paulus sagt in l. 4 d. geradezu, daß die Klage ihren ersten Ursprung nicht von der *circum- io,* sondern *a suscepto negotio* nehme; womit natürlich nicht gesagt sein daß die Klage allein aus dem *susceptum negotium* entspringe, sondern das *renuntiare* des *mensor* muß hinzukommen. Die Klage steht aber nicht ndig dem zu, der den *mensor* zugezogen hat, sondern möglicherweise dem en Kontrahenten; sie steht dem zu, der in seinem Interesse durch das *renuntiare* benachteiligt ist, doch steht ihm die Klage gegen den *mensor* zu, wenn er auf Ersatz dessen, was er infolge des Betrugs des *mensor* nderen Partei zuviel geleistet hat, mit *condictio* oder *actio ex vendito* klagen vorausgesetzt, daß die andere Partei noch solvent ist (l. 3 §§ 2 u. 3 D. Hat aber der Käufer infolge des *falsum modum renuntiare* des *mensor* zu erhalten, so kann er gegen den Verkäufer, aber gleichzeitig auch gegen *mensor,* klagen; der letztere darf aber nicht kondemniert werden, wenn des

[1] L. 1 pr. u. § 1 D. si mensor 11, 6.

Klägers Interesse befriedigt ist (l. 5 § 1 D. h. t.). Ein Zweifel regte sich, ob die Klage dem Benachteiligten zustehe, wenn der *mensor* vom *iudex* im Grenzprozeß zugezogen war, aber auch für diesen Fall läßt Pomponius[1] die Klage zu.

Lenel[2] nimmt an, daß die *actio in factum* gegen den *agrimensor* im Edikt nicht verheißen, sondern nur proponiert war, durch welche Annahme er dann veranlaßt wird, in den Worten von l. 1 § 1 D. h. t.: *sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter verba edicti* das Wort *edicti* für eine Interpolation statt des ursprünglichen „*formulae*" zu erklären. Mir scheint das Fehlen besonderer Spuren einer Erklärung von Ediktsworten in einem so kurzen Titel kein genügender Grund für die Annahme des Fehlens eines diese ins *factum actio* verheißenden Edikts zu sein. Aber an einer Spur wenigstens fehlt es nicht. In l. 5 § 2 heißt es: *Hoc iudicium latius praetor porrexit: nam et si cuius alterius rei mensuram falsam renuntiavisse dicetur, haec actio competit.* Hier wird also ausdrücklich gesagt, daß der Prätor die Klage weiter ausgedehnt habe, und aus Ulpian's folgenden Worten läßt sich der Wortlaut der betreffenden Ediktsklausel noch ziemlich so wiederherstellen: *Et si cuius alterius rei mensuram falsam mensor renuntiavisse dicetur, iudicium dabo.* Es wird eine Anhangsklausel zu dem ursprünglichen Edikt gewesen sein. In der Formel der *in factum actio* muß neben dem *falsum modum renuntiasse dolo malo* auch wohl mit irgend welchen Worten des übernommenen Auftrags, des *susceptum negotium* als der einen Voraussetzung der Klage Erwähnung geschehen sein. Obwohl die *actio* auf solches *susceptum negotium* zurückgeht, hat sie doch einen deliktischen Charakter. Sie geht aber nicht auf eine *poena*, sondern auf Entschädigung, ist daher *perpetua* und geht auf die Erben des Klagberechtigten, nicht aber auf die des *mensor* über. Der deliktische Charakter der Klage zeigt sich aber darin, daß, wenn ein Sklave der *mensor* war, die Klage als *actio noxalis* gegeben wird.

Auf Grund der vorher erwähnten Anhangsklausel wurde, wie Ulpian und Paulus (l. 5 § 2, l. 6 u. 7 D. h. t.) berichten, die Klage (als *utilis*) auch gegeben, wenn der Sachverständige in Bezug auf das Maß eines Gebäudes oder irgend welcher fungiblen Sachen (Getreide, Wein) oder bei Servitutstreitigkeiten bezüglich der Breite eines Weges oder der Länge eines Balkens u. a. betrügerisch falsche Angaben gemacht hatte. Der Sachverständige braucht nicht notwendig ein *mensor* gewesen zu sein.

10. Die Klagen wegen *calumnia*.

§ 167. In l. 1 pr. D. de calumniatoribus 3, 6 ist mit den Worten: *In eum qui, ut calumniae causa negotium faceret vel non faceret, pecuniam accepisse dicetur, intra annum in quadruplum eius pecuniae, quam accepisse dicetur, post annum in simpli in factum actio competit.* Der Inhalt des betreffenden Edikts ist hier wohl, mit Ausnahme der Schlußworte: *simpli in factum actio competit*, wörtlich wiedergegeben; der Schluß dürfte gelautet haben: *in simplum in factum iudicium dabo.* Eine andere Frage ist es, ob das Edikt uns darin vollständig erhalten ist, oder ob auf das Obige noch anderes folgte. Darauf wird demnächst zurückzukommen sein. Wer Geld oder Geldeswert empfangen hat, damit er gegen einen anderen einen wissentlich widerrechtlichen Prozeß anstelle oder einen solchen unterlasse, gegen den soll *intra annum* eine Klage auf das Vierfache des Erhaltenen gegeben werden. Im Begriff der *calumnia* liegt, daß der Betreffende

[1] L. 3 § 4 D. h. t. [2] Edictum S. 172.

iß, daß er grundlos klagt, also die Klage *vexandi adversarii gratia* erhebt ai. IV, 178). Klagberechtigt ist der, gegen den die *calumnia* geschehen sollte. gen den Empfänger ist, weil in dem Empfange eine *turpitudo* für ihn liegt, ch die *condictio ob turpem causam* begründet, wenn nicht auch den Geber e *turpitudo* trifft.

Hat nun ein anderer etwa aus Mitleid mit dem, gegen welchen eine kalumse Klage erhoben werden soll, gegeben, damit diese Klage unterlassen rde, und ist dieses von dem, der vor der Klage geschützt werden sollte, ht ratihabiert, so kann der Geber das Gegebene zurückfordern (mit jener *dictio);* der aber, gegen welchen die kalumniöse Klage erhoben werden sollte, ; die *actio in factum in quadruplum* (nach Paulus in l. 7 pr. und § 1 D. h. t.). er ist also entschieden die *actio in quadruplum* als eine reine Pönalklage beıdelt, ja als eine solche, welche nach l. 4 D. h. t. nicht einmal auf die ben des Klagberechtigten übergeht.[1] Ulpian nun wirft in l. 5 § 1 D. h. t. mbar für den Fall, daß der mit der kalumniösen Klage Bedrohte selbst der ber ist, die Frage auf, *si fuerit condictum, utrum tollitur haec actio, an vero in lum danda sit? an exemplo furis et in quadruplum actionem damus et condictionem?* ne Antwort lautet: *sed puto sufficere alterutram actionem.* Zunächst ist hier ı zu sagen, daß er bei *si fuerit condictum* nicht an die Klagerhebung, die iskontestation gedacht haben kann, denn sonst könnte ja von ihm gar nicht Frage aufgeworfen werden, ob etwa die *actio de calumnia* noch *in triplum da sit.* Diese Frage konnte er nur stellen, wenn er im Sinne hatte, daß mit *condictio* bereits das *simplum* erlangt sei. Dachte er an Konsumtion durch iskontestation, so hätte Konsumtion aufs *simplum* gar nicht in Frage kommen ınen. Seine Entscheidung erklärt sich wohl daraus, daß er in Erwägung , auch durch die *condictio* sei die *turpitudo* des Empfängers getroffen. Insen Ulpian's ganze Ausdrucksweise zeigt schon, daß er nicht etwa etwas zweifelhaftes aussprach: in seinen Fragen stellt er verschiedene Möglichen hin und giebt seine Entscheidung ohne Begründung mit den Worten: *puto* u. s. w. Nach den vorher in Bezug genommenen Entscheidungen des ılus würde dieser wohl, wenn der mit der *calumnia* Bedrohte selbst der ber war, die *repetitio* mit der *condictio ob turpem causam* und die *actio in druplum* nebeneinander (kumulativ) zugesprochen haben.

Gehen wir nun noch auf einzelnes ein, so ist zunächst zu bemerken, daß *„pecuniam accepisse"* des Edikts dahin ausgelegt wurde, daß diese Bedingung Strafklage als vorhanden angenommen wurde, *si quid omnino compendii rit propter hoc, sive ab adversario sive ab alio quocumque.*[2] Es genügte zur ründung der Strafklage, daß der zu Belangende irgend einen auf Geld ızierbaren Vorteil zu dem Zweck empfangen hatte, *ut calumniae causa negotium ret* u. s. w. Keinen Unterschied machte es, ob er diesen Vorteil vor Anlung des kalumniösen Prozesses oder erst nach Anstellung desselben fangen hatte. Es genügte auch schon der Empfang zu dem Zweck, *ut c. c. tium faceret,* mochte er dann den Prozeß erhoben haben oder nicht; ebenso Empfang zu dem Zweck, *ut negotium non faceret,* auch wenn er dann den

[1] Auch Pernice, Labeo II, 1[2] S. 109, sagt mit Recht: der vierfache Ersatz (bei der ımnienklage) ist deutlich reine Strafe. Wie sich damit die Äußerung a. a. O. S. 43, A. 3, t — die Klage (der Dig. 3, 6) hat nach Ulp. fr. 5 den Charakter einer Kondiktion, und richtet sich in der That nicht auf Strafe, sondern auf Herausgabe von Geld — ist mir t klar. [2] L. 3 pr. D. de calumniatoribus 3, 6.

Prozeß doch erhoben hatte (l. 3 pr. und § 1 D. h. t.). Ulpian sagt dann in l. 3 § 2 D. h. t.: *Hoc edicto tenetur etiam is qui depectus est: depectus autem dicitur turpiter pactus.* LENEL[1] meint, der Fall des *depectus* sei im Edikt nicht erwähnt; das *„depectum" esse* sei ein Fall des *„pecuniam accepisse, ut negotium non faceret"*, l. 3 § 2 sei nur Kommentar zu letzteren Ediktsworten. Das ist nach der Fassung der Ulpianischen Worte nicht anzunehmen. Ulpian hält offenbar eine Erklärung des in diesem Sinne nicht häufig vorkommenden Wortes *„depectus"* für notwendig. *Depectus autem dicitur turpiter pactus* ist Kommentar zu dem im Edikt vorkommenden Worte *„depectus"*. Und auch sachlich war eine besondere Erwähnung des *depectus* im Edikt nicht überflüssig. Das *pecuniam accipere, ut calumniae causa negotium non faceret* ging auf Empfang eines Geldwertes außerhalb des kalumniösen Prozesses. Das *turpiter pacisci* ist aber ein dem kalumniösen Kläger irgendwie vorteilhaftes *pacisci* mit dem Gegner in dem kalumniösen Prozeß selbst, wodurch der kalumniöse Prozeß beendigt wurde.

Der in dem Edikt gebrauchte Ausdruck: *negotium* bedeutet „Rechtssache", „Prozeß" im weiteren Sinne. Nach l. 1 § 1 D. h. t. bezieht sich die *actio* nicht bloß auf *pecuniariae* oder *privatae causae*, sondern auch auf *publica crimina*. Der Titel *„de calumniatoribus"* verdankt seine Stellung im Edikt hinter dem *de negotiis gestis* gewiß nicht lediglich der attrahierenden Kraft des Wortes *„negotium"*, sondern dem inneren Zusammenhange, der darin liegt, daß auch die *negotiorum gestio* sich ursprünglich hauptsächlich auf Führung von Prozessen für einen Abwesenden bezog. Sowie der Titel *„de negotiis gestis"* das in der Abwesenheit beruhende Hindernis der Prozeßführung betrifft, so ist der Titel *„de calumniatoribus"* gegen einen Mißbrauch der Prozeßführung gerichtet.

Es bleibt noch die Frage zu berühren, ob unter dem Ediktstitel *de calumniatoribus* (oder wie sonst die Rubrik gelautet haben mag) noch andere Edikte außer dem bisher betrachteten, aufgestellt gewesen sind. LENEL[2] hat zu zeigen gesucht, daß auch die Edikte über das *iudicium calumniae decimae partis* des klassischen Rechts und über den Kalumnieneid hierher zu setzen seien. Auf die Prüfung dieser schwierigen Frage soll erst später bei der Darstellung des Prozesses eingegangen werden. Hier ist nur auf eine positive Spur eines weiteren Edikts unseres Titels einzugehen, nämlich die in l. 10 D. de iudic. 5.1 (entnommen aus Ulp. lib. X ad Ed.): *Destitisse is videtur non qui distulit, sed qui liti renuntiavit in totum: desistere enim est de negotio abstinere, quod calumniandi animo instituerat. plane si quis cognita rei veritate suum negotium deserere nolens in lite improba perseverare, quam calumniae causa non instituerat, is destitisse non videtur.* Hier muß es sich um ein Edikt oder eine Formel gehandelt haben, in welchem der Begriff *„destitisse"* eine Rolle spielte. Daß die Kondemnation im *caluminiae iudicium decimae partis* vorgängiges Unterliegen des Kalumnianten im Hauptprozeß voraussetzte, nimmt LENEL mit Unrecht an. Er kann im Hauptprozeß *errore vel iniquitate iudicis* gesiegt haben und muß nach Gai. IV, 178 im *iudicium decimae partis* doch kondemniert werden, wenn er *„intellegit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituisse"*. Ob er nach dem kalumniösen *instituere* der *actio* vor dem Urteil *destitit*, war gänzlich gleichgültig und brauchte daher in der Formel des *iudicium decimae partis* nicht vorgesehen zu werden. Das *„destitisse"* im Edikt *de calumniatoribus* muß sich daher wohl auf eine andere Klage bezogen haben. Aufklärung gibt vielleicht l. 33 D. de dolo malo 4, 3: *Rei, quam venalem possessor habebat, hanc*

[1] Edictum S. 86 A. 15. [2] A. a. O. S. 87.

oprietatis adversarius movere coepit et posteaquam opportunitatem emptoris, cui undari potuit, peremit, destitit: placuit possessori hoc nomine actionem in factum m sua indemnitate competere.

Daß hier Ulpian nicht an die *actio doli* gedacht habe, scheint mir PERNICE[1] it Recht anzunehmen. Nicht dagegen kann ich der Annahme zustimmen, daß an das *iudicium decimae partis* gedacht habe. Es war für solche Fälle, in lchen der Kalumniant keine Bezahlung empfangen, aber in Schädigungsabsicht n kalumniösen Prozeß erhoben, wohl ein besonderes *iudicium in factum* (ob oß auf Entschädigung oder auf ein Mehrfaches, muß ganz dahingestellt bleiben) i Edikt versprochen. Die Kompilatoren haben diese Klage hier getilgt, wie im tel *de calumniatoribus* weggelassen, ihnen genügte hier die *actio doli*. Ihr Eineifen zeigen in jener Stelle die Worte: *cum sua indemnitate*. Hier war die age allerdings von Bedeutung, ob den Kalumniator das *destitisse* gegen die ıtschädungsklage sichern könne: es wird im Edikt bestimmt sein, daß ihm s *destitisse* nicht helfen könne. Von einem *desistere* kann aber nur die Rede sein, nn er die kalumniatorische Klage *instituit*, d. h. bis zur Litiskontestation bracht hat. Ist er vor der Litiskontestation zurückgetreten, so liegt kein *istere* vor, es ist noch nicht bis zum *instituere actionem* gekommen.[2]

Fragen wir nach der Zeit, in welcher das *calumniae iudicium in quadruplum* erst im Edikt proponiert ist, so fehlt es für die Bestimmung derselben nicht einem Anhaltspunkt. Nach l. 1 § 1 D. h. t. sagte Pomponius: — *sed et ad blica crimina pertinere Pomponius scribit, maxime cum et lege repetundarum eatur, qui ob negotium faciendum aut non faciendum per calumniam pecuniam epit;* und in l. 7 pr. D. de lege Iulia repetundarum 48, 12 heißt es: *Lex lia repetundis praecipit: — neve ob litem aestimandam iudiciumve capitis pecuniaeve iendum vel non faciendum aliquid acceperit.* RUDORFF[3] ist wohl im Recht mit ner Behauptung, daß die *actio de calumnia* auf das Vierfache eine an die *Iulia de repetundis* sich anlehnende Klage sei.

Gegen Respektspersonen ist die *actio de calumnia* nicht zulässig, wenngleich nicht zu den infamierenden Klagen gehört.[4]

11. Die *actio de deiectis vel effusis. Actio de posito.*

§ 168. Im Interesse der öffentlichen Sicherheit hat der Prätor ein Edikt fgestellt, durch welches Herauswerfen oder -gießen aus Häusern auf Orte, er welche allgemein der Weg genommen oder wo allgemein gestanden wird, Fall dadurch geschehener Beschädigung von Sachen oder Menschen mit agen bedroht wird. Unter einem *locus quo vulgo iter fiet vel in quo consistetur* len nicht etwa bloß öffentliche Wege und Plätze verstanden werden, sondern ch im Privateigentum stehende Orte, vorausgesetzt, daß darüber allgemein gangen zu werden pflegt, sie sollen in derselben Weise gesichert sein. Das ikt soll also nicht bloß in Städten und Dörfern, sondern bezüglich aller gemein betretener Wege und Plätze Geltung haben. Auf Gegenden, in denen n nachts das Gehen und Stehen von Menschen nicht vermuten kann, findet

[1] Labeo II, 1[2] S. 228.

[2] In l. 10 D. de iudic. 5, 1 ist bei den Worten: *quam calumniae causa non instituerat* Stellung des *non* (vor *instituit*, nicht vor *calumniae causa*) zu beachten.

[3] Zeitschr. f. gesch. Wissensch. XII, S. 149; Zeitschr. f. Rechtsgesch. IV, S. 77.

[4] L. 5 pr. D. de obsequ. 37, 15.

das Edikt beim Herauswerfen zur Nachtzeit keine Anwendung. Die Klagen finden gegen den statt, welcher den Raum, von welchem aus das Werfen, Gießen geschehen ist, zur Zeit des Werfens bewohnt hat *(qui ibi habitaverit)*, nicht aber gegen den Eigentümer als solchen. Der *habitator* soll die Verantwortung tragen, und er ist auch allein in der Lage, die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, daß nicht aus dem Raum, über den er die Gewahrsame hat, etwas derartiges geschehe, mag nun der Raum sein eigener oder von ihm gemietet oder ihm unentgeltlich zum Gebrauch überlassen sein. Unter dem *habitare* ist aber immer ein selbständiges Wohnen zu verstehen; wer nur als Gast bei einem anderen weilt, haftet nicht. Der *habitator* braucht übrigens nicht ein ganzes Haus oder ein ganzes Stockwerk inne zu haben: es genügt auch, daß er nur ein Zimmer selbständig bewohnt. Mehrere, welche zusammen eine Wohnung inne haben, haften solidarisch.

Der Klagen werden in dem Edikt *de his qui deiecerint vel effuderint* mehrere versprochen, und zwar zunächst wegen des dadurch zugefügten Schadens eine Klage aufs Doppelte. Diese Klage wird als eine *in factum actio* bezeichnet, sie war also, wie auch ohne diese Bezeichnung anzunehmen wäre, *in factum* konzipiert. Wie die Formel derselben gelautet habe, müssen wir dahingestellt sein lassen. Doch ist nach Analogie der *actio de vi hominibus coactisve armatis damno dato* anzunehmen, daß etwa die Worte *quantae pecuniae paret damnum datum factum esse, eius in duplum* u. s. w. zur *intentio (incerta)* gehörten.

Diese Klage ist aktiv vererblich, nicht aber passiv. Warum sie als *perpetua* gewährt wurde, ist in anderem Zusammenhange dargelegt.[2] Für den Fall, daß durch den Wurf ein freier Mensch umgekommen ist, wird eine Klage auf eine hohe Summe *(quinquagimta aurei)* gegeben. Diese *actio* ist auf nichts gerichtet und Popularklage, ist daher weder aktiv noch passiv vererblich und wird nur innerhalb eines *annus (utilis)* gegeben. Lebt der durch den Wurf an seinem Körper beschädigte Freie noch, so wird eine Klage mit der *condemnatio: quantum ob eam rem aequum iudici videbitur* zugesagt: ihm selbst als *perpetua* (l. 5 § 1 D. h. t.). Wenn aber er selbst nicht klagt, so wird sie als Popularklage auch einem anderen gegeben, jedoch nur als *annua*.[3] Auf die Erben geht sie in diesem Fall, da es sich um *ultio, vindicta* handelt, nicht über. Eine *culpa* des *habitator* braucht nicht nachgewiesen zu werden, wenn auch seine Haftung von Ulpian mit den Worten begründet wird: *culpa enim penes eum est* (l. 1 § 4 D. h. t.), und Paulus in l. 6 § 2 h. t. sagt: *Habitator suam suorumque culpam praestare debet;* denn damit soll nur gesagt sein, daß der *habitator* für die Folgen des Hinauswerfens und -gießens aus seinem Raume verantwortlich ist. Wird doch unmittelbar nach jenen Worten von Ulpian hinzugefügt: *nec adiicitur culpae mentio vel infitiationis ut in duplum detur actio.* Da aber die Klagen jedenfalls einen pönalen Charakter haben, so wird man sagen müssen, daß hier irgend welche *culpa* des *habitator* das Edikt unwiderleglich annimmt. Es soll eben der schwierige Beweis, daß ihn eine Schuld treffe, abgeschnitten werden.[4] Es wird zwar bezweifelt, daß wenn ein *servus* der *habitator* sei, eine *actio noxalis* gegen den Herrn zulässig sei, mit der Begründung: *neque enim recte servi dicitur noxa, cum servus nihil nocuerit.* Aber Ulpian fügt doch hinzu: *sed ego puto impunitum servum esse eum*

[1] Belege für diese Sätze bietet der tit. D. de his qui eff. 9, 2.

[2] Vgl. S. 972. [3] Näheres hierüber in anderem Zusammenhange.

[4] Die Erwägungen, welche zur Aufstellung des Edikts geführt haben, können nicht besser dargelegt werden, als es von Exner, der Begriff der höheren Gewalt S. 43 f. geschehen ist.

rtere, sed extra ordinem officio iudicis corrigendum.[1] Hat ein Haussohn die reffende Wohnung gemietet, so soll die Klage nicht gegen seinen Gewalt-ber *(de peculio)*, sondern gegen ihn selbst gegeben werden. — Wohl erst die risprudenz der Kaiserzeit hat sich die Sache so zurecht gelegt, daß sie eine ftung *quasi ex maleficio* annahm. Die *actiones de effusis vel deiectis* sind aber t älter, sie gehen in die republikanische Zeit zurück, als man die Kategorie *obligationes quae quasi ex maleficiis nascuntur* noch nicht aufgestellt hatte. ion Trebatius und Servius Sulpicius Rufus[2] kannten sie. In älterer Zeit fte man eher die Klage geradezu als aus Delikt entspringend angesehen ben. Dafür spricht noch der Schlußsatz des Edikts *de his qui effuderint vel cerint*, nach welchem, wenn ein Sklave das Werfen oder Gießen ohne Wissen nes Herrn (und dabei ist doch zunächst an den *habitator* gedacht) gethan hat, Klage gegen diesen nur als *actio noxalis* gegeben werden soll. Lenel[3] meint, „*si servus insciente domino fecisse dicetur*" sei als eine von dem haftbaren *itator* vorgebrachte Entschuldigungsbehauptung, als eine *exceptio* zu denken, zwar die *condemnatio* nicht schlechtweg verhindern könne, aber, wenn be-sen, die *facultas noxae dedendi* gewähre. Das wäre eine sonderbare *exceptio*, ch in der Fassung, wie Lenel sie sich denkt. Mir scheint an eine *actio effusis vel deiectis* in der Gestalt einer gewöhnlichen Noxalklage gedacht zu n. Wenn der Kläger selbst angiebt, daß ein Sklave des *habitator* ohne dessen rwissen die That begangen hat, so soll gegen den Herrn die Klage nur als *actio calis* gegeben werden. Das spricht aber dafür, daß man zur Zeit, als dieser iktszusatz gemacht wurde, die Klage noch als eine *actio ex delicto* auffaßte. — aus einem Schiff etwas herausgeworfen in einer Weise, wie unser Edikt es aussetzt, so wird gegen den *navi praepositus* eine *actio utilis* gegeben, dagegen Klage gegen den *horrearius* in l. 5 § 3 D. h. t. ist ganz die gewöhnliche.

Nach in anderer Weise hat der Prätor eine derartige Stelle, *quo vulgo fit inve quo consistetur* gegen Gefahr von benachbarten Gebäuden zu schützen ucht. Er verbietet, daß jemand auf oder an dem über solche Stelle hin-erragenden Dache oder Wetterdache etwas aufgestellt habe, dessen Herabfall end jemandem darunter Gehenden oder Stehenden Schaden zufügen könne. gen den, welcher das Verbot übertreten haben werde, wird eine *in factum io* auf eine bestimmte Summe versprochen. Ausdrücklich wird von Ulpian ses Edikt als eine *portio* des vorhergehenden *de his qui effuderint vel deiecerint* zeichnet,[4] es wird also nicht unter einer besonderen Rubrik aufgestellt gewesen n. Die Klage geht gegen den, *qui positum habet*, wobei es nicht darauf kommt, ob er selbst das Hinstellen vorgenommen hat oder das Aufgestellte duldet, nicht weggenommen hat, sie geht gegen ihn, mag er der Eigentümer er der (selbständige) Bewohner des Hauses oder Stockwerkes sein, auf dessen *tectum* das Aufgestellte sich befindet; sie geht gegen ihn, mag das Aufge-llte herabgefallen sein und Schaden angerichtet haben oder nicht. Die age ist eine populare Pönalklage. Nicht ganz zweifellos ist es, wie es sich hält, wenn das Aufgestellte durch Herabfallen Schaden angerichtet hat. viel ist wohl nicht zu bezweifeln, daß hier wegen des angerichteten Schadens ht gegen den, *qui positum habuit*, geklagt werden kann. Ob aber gegen n, *qui posuit?* das muß man wohl nach l. 5 § 12 D. h. t. annehmen, wenn-

[1] L. 1 § 8 D. h. t. [2] L. 5 §§ 1 u. 12 D. h. t. [3] Edictum S. 133.
[4] L. 5 § 7 D. h. t.

gleich uns die Worte Ulpian's gewiß nicht unverändert überliefert sind. Schon der vorhergehende § 11 macht sprachlich den Eindruck eines Eingriffs der Kompilatoren. Nach dem Muster der vorauszusetzenden Klage gegen den, welcher *in suggrunda protectove posuit* wurden dann schon von Servius solche *actiones* befürwortet, z. B. wenn das an einer *pergula* Ausgestellte herabgefallen war und Schaden angerichtet hatte.[1]

Auch hier findet sich der Zusatz zum Edikt: *Si servus insciente domino fecisse dicetur, aut noxae dedi iubebo.* Dabei ist nicht an den Fall gedacht: *si servus posuerit, dominus autem positum patiatur,* denn dann haftet der *dominus suo nomine.* Es wird vielmehr der Sklave, der das betreffende Haus oder Stockwerk bewohnt, als der, *qui positum habet* ohne Vorwissen des Herrn, gedacht, und für diesen Fall Noxalklage gegen den Herrn versprochen. In dem überlieferten Passus: *si servus insciente domino fecisse dicetur, aut noxae dedi iubebo* ist vor *aut* unzweifelhaft etwas ausgefallen, infolgedavon, daß es mit *litterae singulares* geschrieben war. Es wird zu lesen sein: *dominum condemnari aut servum noxae dedi iubebo.*

12. Das Edikt der Ädilen *de feris.*

§ 169. Die *aediles curules* haben in ihrem Edikt ein Verbot erlassen, daß jemand an einem Ort, wo jeder gehen und stehen darf, wo also das Publikum verkehrt, wilde, gefährliche Tiere, von denen eine Anzahl aufgezählt werden, in einer nicht genügend vor Gefahr von Schaden durch dieselben sichernden Weise halte.[2] Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Tiere frei oder angebunden, gefesselt sind, wenn die Bande nicht derartige sind, daß sie vor der Gefahr des Losreißens sichern. Gegen den Übertreter des Verbots werden je nach der Verschiedenheit des angerichteten Schadens verschiedene Klagen angedroht, entsprechend den Fällen, welche im *edictum de his qui effuderint vel deiecerint* auseinander gehalten sind. Ist infolge davon ein freier Mensch umgekommen, so wird auch hier eine Klage auf eine feste Geldsumme gegeben, nur auf eine vierfach höhere, als die in jenem Edikt bestimmte. Ist der an seinem Körper beschädigte Freie mit seinem Leben davongekommen, so wird die Klage auch hier auf *quanti bonum aequum iudici videbitur* gegeben. Sind andere Gegenstände vernichtet oder beschädigt, so geht auch hier die Klage auf das Doppelte des angerichteten Schadens. Auch hinsichtlich dieses Edikts ist auf die Ausführung in dem Paragraphen über die Popularklagen zu verweisen.

Zweiter Titel. Veränderung und Aufhebung der Obligationen.

I. Forderungsübertragung.

§ 170. Es ist früher von dem Grunde die Rede gewesen, welcher nach der römischen Auffassung der *obligatio* eine Singularsuccession in dieselbe ausschloß. Daß aber die Zeit kam, zu welcher im römischen Verkehrsleben das Bedürfnis empfunden wurde, in irgend welcher Weise die Übertragung von Forderungsrechten zu ermöglichen, bedarf keiner Auseinandersetzung. Die beiden Wege, die zum Zweck solcher Übertragung gefunden wurden, giebt uns Gaius

[1] L. 5 § 12 D. h. t. [2] L. 40—42 D. de aed. ed. 21, 1.

, 39 in folgenden Worten an: *Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum ipiunt. nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum do, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum, sed opus est, iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi eri; quae dicitur novatio obligationis. sine hac vero novatione non poteris tuo nine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri.*

Der nach altem Civilrecht allein mögliche *modus* war der erste von Gaius zeichnete, der der Delegation und Novation: auf Anweisung des bisherigen äubigers stipulierte der neu Eintretende vom Schuldner das, was dieser n alten Gläubiger bisher schuldete, und es trat so eine neue Obligation, lche den Inhalt der alten in sich aufgenommen, an deren Stelle. Dieser *dus* der Übertragung setzte aber eine Mitwirkung des Schuldners voraus. s Verkehrsbedürfnis drängte aber dahin, einen *modus* zu finden, vermittelst lches eine Übertragung des Forderungsinhalts selbst wider den Willen des uldners bewerkstelligt werden konnte. Die Verkehrssitte mag hier zuerst, nn auch beraten von Juristen, den Weg eingeschlagen haben, der zu dem trebten Ziele führte. Man benutzte ein prozessualisches Institut zu einem ecke, zu welchem es zunächst nicht bestimmt war. Die Gestaltung der ozessualischen Stellvertretung nach Einführung des Formularprozesses eröff- e für den Gläubiger die Möglichkeit, den Inhalt seines Forderungsrechts em anderen zu übertragen. Wer *alieno nomine* klagte, entnahm in der *ntio* die Rechtsbehauptung aus der Person des *dominus*, des bisherigen äubigers, die *condemnatio* aber verstellte er auf die eigene Person: er verlangte o, daß aus dem Recht des Gläubigers der Schuldner ihm, dem Stellvertreter, urteilt würde. Bei dieser Gestaltung der *formula* ist also mit Erteilung selben dem Stellvertreter schon der Inhalt der Forderung übertragen, der huldner wird ihm verurteilt, ihm steht die *actio iudicati* zu. Um den Zweck ßer Vertretung des Gläubigers zu erreichen, bedarf es eines neuen Ein- ifens des Magistrats; der Gläubiger brauchte dem Stellvertreter nur das igetriebene zu belassen, um den praktischen Zweck der Übertragung des rderungsrechts zu erreichen.

Es ist nun aber noch näher darzulegen, wie wir die Übertragung des In- lts der Forderung, von welcher wir gesprochen haben, verstehen. Man hat als der prozessualen Delegation mit der kontraklichen Delegation gemeinsam zeichnet, daß durch beide eine Succession bewirkt werde. Ebenso, wie der ue Gläubiger bei der kontraktlichen Delegation, succediere auch der prozes- alische Stellvertreter, möge er das Forderungsrecht für eigene oder für fremde chnung ausüben, in die Forderung. Diese angebliche Gemeinsamkeit zwischen ntraktlicher und prozessualer Delegation ist zu leugnen. Bei der kontrakt- nen Novation erhält der neue Gläubiger nicht etwa bloß die Geltendmachung s Rechts des bisherigen Gläubigers. Muß er gegen den Schuldner klagen, klagt er *suo nomine*, aus eigenem Recht. Der prozessualische Stellvertreter et auch, nachdem er durch die *litiscontestatio dominus litis* geworden ist, das tendgemachte Recht aus der Person des Vertretenen ab. Dieser bleibt ch erfolgter Litiskontestation Subjekt des Rechts auch in der neuen Form. r die in der *condemnatio* zum Ausdruck kommende Ausübung, Geltendmachung s Rechts, ist auf den Stellvertreter übergegangen. Von einer Succession in s Recht, welche bei der kontraktlichen Novation in einem gewissen Sinne ttfindet, kann hier nicht die Rede sein: sie ist mit dem *alieno nomine agere*

nicht vereinbar. — Auch die Übertragung in dem hier angenommenen Sinne war aber davon abhängig, daß der Stellvertreter befähigt war, das Recht des zu Vertretenden *in iudicium* zu deduzieren. Da die geschichtliche Entwicklung der Cession so eng mit der der prozessualischen Stellvertretung zusammenhängt, so kann die Erörterung der Streitfrage, ob, eventuell seit wann auch der klagende *procurator rem in iudicium* deduziert habe, obgleich sie in die Darstellung des Prozesses gehört, schon hier nicht übergangen werden. Die Art, wie der ältere prozessualische Vertreter, der *cognitor*, bestellt wurde: mündlich in solenner Wortformel *coram adversario*, hatte die Wirkung, daß er als *in litem* substituiert, an die Stelle des *dominus* gesetzt galt und notwendig den Anspruch desselben *in iudicium* deducierte. Der *procurator* ist überhaupt nicht gerade prozessualischer Vertreter, er wurde, selbst wenn er zur Klage ermächtigt war, da er nicht *coram adversario* in solenner Formel ermächtigt wurde, nicht *in litem* substituiert. Gaius braucht hier in bemerkenswerter Weise nicht den Ausdruck: *in litem substituitur*, sondern das Wort: *constituitur*. Er konnte daher, weil man die Art, wie der *cognitor* ernannt wurde, zum *in litem substituere* als erforderlich ansah, nicht als befähigt gelten, den Anspruch des Vollmachtgebers *in litem* zu deducieren. Klagte der *in litem* substituierte *cognitor* oder wurde er verklagt, so wurde es so angesehen, als klage der *dominus* selbst oder werde verklagt. Daraus erklärt es sich, daß im Edikt (Vat. fr. 322): *alieno nomine, item per alios agendi potestatem non facias in his causis, in quibus ne dent cognitorem neve dentur, edictum comprehendit* durch *alieno nomine agere* lediglich die Prozeßführung seitens eines *procurator*, durch *per alios agere* lediglich die Prozeßführung mittels eines *procurator*, im Unterschied von der seitens und mittels eines Kognitor, bezeichnet werden. So stand es noch zur Zeit Cicero's. Aus der Äußerung Cicero's in der Or. pro Quinto Roscio Comoedo c. 18: *Quid interest inter eum, qui per se litigat, et qui cognitor est datus? Qui per se litem contestatur, sibi soli petit. alteri nemo potest, nisi qui cognitor a factus* geht hervor, daß man *litem contestari* nur *per se* oder *per cognitorem* könne, daß also außer dem Berechtigten selbst nur ein von ihm bestellter *cognitor* den Anspruch *in iudicium* deducieren könne. So hätte Cicero nicht schreiben können, wenn man auch durch einen *procurator* hätte *litem* kontestieren, *rem in iudicium* deducieren können. Allerdings kam es auch damals schon vor, daß ein *procurator alieno nomine* klagte, aber wir haben noch einen schlagenden Beleg dafür, daß er den Anspruch des Vertreters nicht durch seine Klage *in iudicium* deducieren, also nicht konsumieren konnte. Dieser liegt in der Kaution, welche er dem Beklagten zu dessen Sicherung gegen weitere Klagen des Berechtigten zu stellen hatte. Es war noch nicht die spätere *cautio de rato*, sondern eine ältere Fassung derselben: *amplius eo nomine neminem, cuius petitio sit, petiturum*. Noch nicht also die Ratihabition sicherte damals den vom *procurator* Beklagten gegen eine weitere Klage des *dominus*, sondern nur die *satisdatio*, daß keine weitere Klage von dem Berechtigten werde erhoben werden. Die Notwendigkeit dieser Garantie zeigt, daß der Anspruch des *dominus* durch die *litiscontestatio* des *procurator* nicht konsumiert, sondern immer noch möglich war. Der *in litem* substituierte *cognitor* ist ein Organ des *dominus* (*domini loco*), vermittelst welches dieser selbst zu prozessieren scheint.[1] An die Stelle dieser älteren Kaution

[1] Vgl. namentlich Cic. Brutus c. 4 u. 5: — *etsi fortasse ego a te huius rei cognitorem procurator petam, quod ipse, cui debes, se incommodo exacturum negat. At vero, inquam, tibi ego, Brute, non solvam, nisi prius a te cavero, amplius eo nomine neminem, cuius petitio sit, petiturum.*

plius eo nomine neminem petiturum ist später die *satisdatio ratam rem dominum* *iturum* getreten, welche nicht bloß die ältere Klausel, sondern auch die uere: *ratamque rem habiturum esse Lucium Titium* u. s. w. enthielt. Die Aufhme dieser zweiten Klausel beweist eben die eingetretene Rechtsänderung, ch welcher das (feststehende), den *procurator* anstellende Mandat oder die nachgende Ratihabition des *dominus* die Wirkung hatten, daß der Anspruch des *minus* durch die *litiscontestatio* des *procurator in iudicium* deduziert, also konmiert wurde. Diese Rechtsänderung ist wohl schon im Beginn der Kaiserit eingetreten, denn Julian kannte jedenfalls schon die Kaution auch mit der ngeren Klausel, nach l. 23 und l. 12 § 1 D. ratam rem haberi 46, 8, er nahm ch schon die Konsumtion infolge der Ratihabition des *dominus* an (vgl. l. 12 1 cit.: — *et ob id, quod primo non habuit ratum, actionem salvam habere ait*). s ist daher ein Irrtum, wenn BETHMANN-HOLLWEG[1] u. a., die ihm gefolgt sind, f Grund von Gaius IV, 98 annehmen, daß noch zu Gaius' Zeit die Konsumtion s Klagrechts bei der Klage des Prokurators nie eingetreten sei. Gaius' ußerungen nötigen keineswegs zu dieser Annahme. IV, 84 sagt er, daß auch er, *cui mandatum est*, meistens (*plerumque*) die *satisdatio ratam rem dominum abiturum* stellen müsse, weil es oft beim Beginn des Prozesses, wo die Kautionsistung in Frage komme, noch dunkel sei, ob eine Bevollmächtigung des *procurator* vorliege oder nicht. Wenn er nun IV, 98 sagt, der klagende *procurator* müsse die *satisdatio ratam rem dominum habiturum* leisten, weil Gefahr vorliege, aß der *dominus* bezüglich desselben Anspruchs noch einmal klage, so hat ies nur den Sinn, daß Gefahr vorliege, der *procurator* habe keine Ermächtigung, und könne deshalb das Klagrecht des *dominus* nicht konsumieren. Diese Gefahr lag beim *cognitor* nie vor, da derselbe solenn *coram adversario* bestellt wurde, also seine Ermächtigung absolut sicher war.

Erwägen wir nun, daß zunächst nur der *cognitor* den Anspruch des *dominus in iudicium* deducierte, der *procurator* aber nicht, sondern daß dieser durch Bestellung der *cautio amplius neminem petiturum* den Beklagten gegen weitere Klage des *dominus* nur faktisch sicher stellte, so ergiebt sich daraus, daß die Cession der Forderung zunächst nur durch die Bestellung dessen, dem die Forderung abgetreten werden sollte, zum *cognitor* des Gläubigers erreicht werden konnte: der *cognitor in rem suam* wird älter sein, als der *procurator in rem suam;* denn trotz der Litiskontestation des *procurator* mit dem Schuldner behält der bisherige Gläubiger sein Forderungsrecht, wenn der Schuldner auch durch die *cautio amplius neminem petiturum* gegen eine weitere Klage des Gläubigers faktisch gesichert sein möchte. Der *cognitor in rem suam* aber mag ziemlich alt sein, denn es ist mit Recht gesagt worden, daß die *formula Rutiliana* für den *bonorum emptor,* welche schon die Umstellung der Subjekte hatte, nicht vom *bonorum emptor* auf den prozessualischen Stellvertreter, sondern umgekehrt von diesem auf jenen übertragen ist. Erst seitdem auch der *procurator* zufolge vorhergehender Ermächtigung oder nachfolgender Ratihabition den Anspruch des Gläubigers *in iudicium* deduzierte, konnte Cession durch Bestellung zum *procurator in rem suam* bewerkstelligt werden, und sie wird dann auch wohl beliebter geworden sein, als die durch Bestellung zum *cognitor in rem suam,* denn sie hatte das vor dieser voraus, daß sie auch von dem abwesenden Gläubiger vorgenommen werden konnte, da sie an keine Form gebunden war.

[1] Der röm. Civilprozeß II, S. 432 f.

Daß die Verwendung prozessualischer Stellvertretung zum Behuf der Cession von Forderungsrechten eine von dem ursprünglichen Wesen derselben abweichende war, zeigen schon die Bezeichnungen: *cognitor* bezw. *procurator in rem suam*. Vertretung eines anderen dient ihrem ursprünglichen Wesen nach den Interessen eines Vertretenen. Daß sie den Interessen des Vertreters dienstbar gemacht wird, ist bei der ersten Ausbildung dieser Vertretung noch nicht vorgesehen. Es wurde diese Verwendung aber im Verkehr so bald gemacht und durch die Bedürfnisse desselben so begünstigt, daß auch das Recht bald den *cognitor in rem suam* (um nur diesen zu nennen) von dem nur dem Interesse des dominus dienenden *cognitor* unterscheiden mußte. Der Unterschied trat besonders nach dem Urteil hervor. Da die *condemnatio* in der Formel auf die Person des cognitor verstellt war, so wurde der Schuldner ihm, nicht dem *dominus*, verurteilt. Da aber der *cognitor* lediglich als ein Organ des Berechtigten *in litem* substituiert war, so verstand es sich ganz von selbst, daß die *actio iudicati* doch ohne weiteres dem Berechtigten, nicht dem *cognitor*, gegeben wurde, obwohl sie diesem eigentlich zustand. *Cognitore enim interveniente*, heißt es Fr. Vat. 317, *iudicati actio domino vel in dominum datur*, nicht etwa *causa cognita datur;* es ist hier also kürzer dasselbe ausgedrückt, was in l. 7 C. Th. 2, 12 mit den Worten gesagt ist: *iudicati actionem sive ulla cunctatione in dominum dari vel domino.* Wenn es in Fr. Vat. 331 heißt: *Quoniam praesentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino causa cognita dabitur, et in eum, iudicati actio,* so liegt die Gleichstellung des *procurator praesentis* mit dem *cognitor* darin, daß auch bei Prozeßführung durch den *procurator praesentis* die *iudicati actio domino et in eum* gegeben wird, nicht aber darf daraus entnommen werden, daß auch bei Prozeßführung durch einen *cognitor* die *actio iudicati* nur *causa cognita domino et in eum* gegeben werde. *Non alias enim*, fährt die vorher angeführte Stelle der Vat. fr. (317) fort, *cognitor experietur vel ei actioni subicietur, quam si in rem suam cognitor factus sit.* Es setzte also eine *causae cognitio* voraus, ob die *iudicati actio*, die ihm *ipso iure* zustand, dem *cognitor* belassen werden solle. Nur wenn sich herausstellte, daß er *in rem suam* bestellt war, wurde sie ihm belassen. — Bei Prozeßführung durch einen *procurator* steht aus dem auf seinen Namen lautenden Urteil die *actio iudicati* nach dem Edikt ihm und gegen ihn zu, wie in Fr. Vat. 317 u. f. gesagt ist: *interveniente vero procuratore iudicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum competit.* Aus l. 28 D. de proc. 3, 3 ergiebt sich aber, daß, wenn der nicht *in rem suam* bestellte *procurator* die *iudicati actio* anstellte, er durch eine *exceptio* zurückgeschlagen werden konnte, falls er nicht auch zu Anstellung der *actio iudicati* ermächtigt war; daß dagegen dem *dominus* die *actio iudicati* gewährt wurde (*sicut iudicati actio mihi indulgetur*).

Die Gewährung der *actio* an den *dominus* setzte hier aber wohl immer eine *causae cognitio* voraus (*indulgetur*). Daß Ulpian nicht etwa vom *cognitor* sprach, statt dessen *procurator* erst interpoliert sei, geht, wie Bethmann-Hollweg[1] mit Recht sagt, aus dem weiteren Verlauf der Stelle hervor, nämlich aus den Worten: *per contrarium autem si procurator meus iudicatum solvi satisdederit*, denn für den *cognitor* des Beklagten hat der *dominus* die *cautio iudicatum solvi* zu leisten. Daß ferner die *actio iudicati* unter Umständen nicht gegen den *procurator*, sondern gegen den *dominus* gewährt wurde, zeigen l. 4 pr. D. de re iud.

[1] Der röm. Civilprozeß II, S. 443 A. 148.

cat. 42, 1 und l. 61 D. de proc. 3, 3. Nach der ersten Stelle wird, wenn der *procurator se non obtulit liti*, die *iudicati actio* gegen ihn verweigert, dagegen *si se obtulit*, gegen ihn selbst gegeben. Daß hier nicht *procurator* für *cognitor* interpoliert sein kann, ist nicht zu bezweifeln, denn von einem *cognitor* des Beklagten, welcher vom *dominus coram adversario in litem* substituiert ist, kann man gewiß nicht sagen, daß er *liti se obtulit*. Anders ist es jedenfalls bei dem *defensor*, welcher ohne eine Bevollmächtigung für einen Abwesenden das *iudicium cum satisdatione* übernimmt. Gegen ihn, als einen *qui se obtulit*, wird auch im Fall seiner Verurteilung die *actio iudicati* nicht versagt. Andererseits wird man von dem, welcher zufolge einer Ermächtigung des *dominus* den Prozeß für ihn übernimmt, aber so, daß der *dominus* die *cautio iudicatum solvi* stellt, oder er der Meinung ist, die Kaution sei vom *dominus* bestellt, nicht sagen können, daß er *se obtulit*. Im Fall der Verurteilung wird die *actio iudicati* gegen ihn versagt und gegen den *dominus* gegeben. Noch einen anderen Fall erwähnt l. 61 D. cit., nämlich den, daß jemand als *procurator* für einen anderen einen Prozeß übernimmt, obwohl er weiß, daß weder von ihm selbst noch vom *dominus* die Kaution bestellt ist. Er ist auch als einer anzusehen, welcher *se liti obtulit*, es ist also im Fall der Verurteilung die *iudicati actio* gegen ihn nicht zu versagen. Auch gegen einen *procurator in rem suam datus* ist die *iudicati actio* nie zu versagen.

Der Stellung des *procurator* liegt auch eine Ermächtigung zu Grunde, denn unter *mandatum* ist hier nicht der Vertrag zu verstehen, durch welchen sich jemand zur Vollziehung eines Geschäfts für den Auftraggeber verpflichtet, sondern ein einseitiger Ermächtigungsakt dessen, dem die *actio* zusteht, nur daß die Ermächtigung nicht mit solennen Worten *coram adversario* geschieht, wie bei der Bestellung des *cognitor*. Daß sich aber das *mandatum actionis*, *mandare actionem* auf die Stellung des Ermächtigten gegenüber dem zu Belangenden bezieht, ergiebt sich schon aus diesen Ausdrücken selbst, namentlich aber aus Gaius' Erläuterung IV, 84: *Procurator vero — — ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur;* sie zeigt, daß das *mandatum* sich auf die Stellung gegenüber dem *adversarius* bezieht, also ein einseitiger Akt der Ermächtigung ist. Sowie die Bestellung des *cognitor* ein einseitiger Akt des den *cognitor* Bestellenden bleibt, obwohl zu seiner Wirksamkeit das *suscipere officium* seitens des zum *cognitor* Bestellten gehört, so wird auch das *mandatum actionis* nicht dadurch zum Vertrage, daß auch zu seiner Wirksamkeit eine Übernahme der Ermächtigung seiten des Ermächtigten gehört. Mit dem Worte *procurator* wird wenigstens in juristischen Erörterungen überhaupt die vertretende Stellung nach außen, Dritten gegenüber bezeichnet, mag diese auf einer Ermächtigung beruhen oder ohne eine solche platzgreifen. Das Wort *procurator* bezeichnet nicht das Rechtsverhältnis, in welchem der Vertretende zu dem von ihm Vertretenen steht, sondern die Stellung nach außen, Dritten gegenüber; danach kann es auch den ohne Ermächtigung handelnden Geschäftsführer umfassen, ohne daß daraus der Schluß gezogen werden könnte, daß die Unterscheidung zwischen Mandat und unbeauftragter Geschäftsführung erst infolge einer länger dauernden Entwickelung vorgenommen sei.

Das der Ermächtigung des Prokurator zur Klaganstellung zwischen ihm und dem *dominus* zu Grunde liegende Rechtsverhältnis konnte natürlich ein Mandatsvertrag sein, welcher zwischen beiden eine Mandatsobligation hervorbrachte. Es konnte aber auch das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis ein

anderes sein, wie es bei der *procuratio in rem suam* der Fall war. So zeigt uns Gaius' Darstellung II, 252 über die Weise, wie ursprünglich ein Universalvermächtnis zur Ausführung gebracht wurde, daß zwischen dem Verkäufer und dem Käufer einer Erbschaft Stipulationen abgeschlossen wurden, durch deren eine der Verkäufer dem Käufer sich verpflichtete, *ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.* Hier lag also dem vom Verkäufer zu erteilenden *mandatum actionis* eine Obligation aus dem Kauf bezw. der Stipulation zu Grunde, aus welcher auf Erteilung jenes *mandatum* geklagt werden konnte. Prekär war die Stellung des *cognitor* oder *procurator in rem suam,* denn vor erfolgter Litiskontestation war ein Erlöschen der Ermächtigung durch Tod oder Widerruf immer möglich. Vor erfolgter Litiskontestation konnte der *dominus,* auch wenn es sich um eine *procuratio in rem suam* handelte, die Ermächtigung noch widerrufen, nur daß er natürlich die Bestellung des *cognitor* nicht formlos, sondern nur in solenner Weise *coram adversario* widerrufen konnte. Nach erfolgter *litiscontestatio* tritt aber der Unterschied zwischen dem gewöhnlichen prozessualischen Stellvertreter und dem *cognitor* bezw. *procurator in rem suam* hervor. Der *dominus* konnte das *iudicium* vom *cognitor* bezw. *procurator* auf einen anderen Vertreter oder auf sich transferieren lassen, doch wurde solche *translatio* nur *causa cognita* gewährt und konnte auch abgeschlagen werden; auch der Vertreter selbst konnte aus besonderem Grunde *translatio* erreichen. Dagegen gegenüber dem *cognitor* bezw. *procurator in rem suam* konnte nach erfolgter *litiscontestatio* die *translatio iudicii* nicht verlangt werden: er sollte nicht *carere propria lite* (l. 25 D. de proc. 3, 3).

II. Aufhebung der Obligationen.

1. Erfüllung.

a) Erfüllungsort. Die *actio de eo quod certo loco dari oportet.*[1]

§ 171. Bei der Obligation sind die Leistung als Inhalt der Obligation und Erfüllung wohl voneinander zu unterscheiden: die Leistung kann bezüglich ihres Inhalts noch in mancher Beziehung unbestimmt gelassen sein, die Erfüllung schließt diese Unbestimmtheit aus. Geschuldet werden kann z. B. etwas nur nach Gattungsmerkmalen Bestimmtes, erfüllt werden kann nur etwas Spezifisches. Namentlich auch in Bezug auf Ort und Zeit tritt dieser Gegensatz hervor. Ort und Zeit können zum wesentlichen Inhalt einer geschuldeten Leistung gehören. Es kann, um hier zunächst nur den Ort ins Auge zu fassen, eine Leistung der Art an einen bestimmten Ort gebunden sein, daß sie an einem anderen Ort überhaupt nicht gedacht werden kann oder durch die Verweisung an einen anderen Ort zu einer ganz anderen werden würde. Von dem Leistungsort in diesem Sinne ist der Erfüllungsort zu unterscheiden. Der Ort, wo die Leistung gefordert bezw. gemacht werden kann, gehört, von den oben

[1] E. Treptow, Zur Lehre von der *actio de eo quod certo loco.* Inaugural-Dissertation. Greifswald 1875. Max Cohn, Die sogenannte *actio de eo quod certo loco.* Dazu Puntschart in Grünhut's Zeitschr. für d. Privatr. u. öffentl. R. d. G. Bd. VI, S. 612 ff. Lenel, Beiträge zur Kunde des prät. Edikts S. 55 ff. Dazu Cohn in d. Jenaer Literaturzeitg. 5. Jahrg. 1878 S. 687. Derselbe in der Münch. krit. Vierteljahresschr. f. G. u. R. N. F. Bd. V, S. 31 ff. Lenel, Das Edictum perpet. S. 191 ff.

bezeichneten Fällen abgesehen, zu den Nebenmodalitäten, welche, als nicht zum wesentlichen Inhalt der Leistung gehörend, erst im Moment der Erfüllung fixiert zu werden brauchen: es kann eine geschuldete Leistung möglicherweise an verschiedenen Orten geschehen, ohne daß sie dadurch zu einer wesentlich anderen würde. Bei einem Vertrage kann durch Beredung der Parteien der Erfüllungsort in diesem Sinne fixiert werden: dann kann der Schuldner wider Willen des Gläubigers die Leistung an keinem anderen Ort, als dem verabredeten, anbieten; doch kann natürlich der Gläubiger freiwillig die Leistung an einem anderen Ort annehmen, ohne daß diese dadurch zu einer wesentlich anderen würde. Auch der Gläubiger kann nur fordern, daß ihm die Leistung an dem verabredeten Erfüllungsort gemacht werde. An diesem verabredeten Erfüllungsort nur kann der Gläubiger gegen den Schuldner klagen. Dies setzte aber voraus, daß er ihn dort antraf, denn nur unter dieser Voraussetzung konnte es dort zur Niedersetzung eines *iudicium* kommen. Traf er ihn oder einen Stellvertreter nicht dort an, so konnte es auf Antrag des Gläubigers zur Verhängung der *bonorum venditio* gegen den *indefensus* kommen, aber unter der Voraussetzung, daß der *indefensus* am Erfüllungsort Vermögen besaß. Natürlich war ein Gerichtsstand für die Klage auch am Domizil des Schuldners begründet. Hatte indessen der Schuldner ein Interesse daran, die versprochene Leistung am verabredeten Erfüllungsort zu machen, so war eine *pura actio* auf *dare oportere* (ohne Beifügung des Erfüllungsortes) gegen den Schuldner am Domizilort desselben nicht durchzuführen. Der Kläger hätte sich dadurch einer *pluspetitio* schuldig gemacht, *quia* (wie in § 33 c I. de act. 4, 6 gesagt wird) *utilitatem, quam habuit promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione.* Aber mußte denn der Gläubiger auch am Domizilort mit der *pura intentio* klagen, ließ sich nicht *iure civili,* also mit *intentio in ius concepta, adiecto loco* klagen? Gewiß läßt sich ein solches *adiecto loco*-Klagen denken, aber das *intendere* auf *dare oportere adiecto loco* hatte den Sinn, daß der *adiectus locus* als zum wesentlichen Inhalt der Leistung gehörig, nicht als bloßer verabredeter Erfüllungsort bezeichnet wurde. Für das Klagen auf *dare* einer *certa pecunia* (also für die *actio de pecunia certa credita* und die *condictio certi)* kommt dieser Unterschied nicht in Betracht. Bei solchen Klagen lautete die *condemnatio* der Formel genau auf die in der *intentio* bezeichneten Summen, eine Hinzufügung des Leistungsortes in der *intentio* hätte gar keinen Einfluß auf die *condemnatio* ausüben können. Der *pecunia signata forma publica populi Romani* wurde ihrem Begriff nach *ubique* im Reich *una et eadem potestas* zugeschrieben, und es fand dabei keine Berücksichtigung, daß Geld *aliis locis facilius et levibus usuris, aliis difficilius et gravibus usuris* zu haben sei. Anders stand es bei der *condictio de certa re* bezw. wenn es eine davon verschiedene *actio triticaria* gegeben hat, bei dieser. Hier setzte den *iudex* das *quanti ea res est* bezw. *erit* der *condemnatio* in den Stand, falls in der *intentio* dem *dare oportere* ein bestimmter Leistungsort hinzugefügt war, bei der Abschätzung des *dare oportere* das *pretium loci* zu berücksichtigen. Das sprechen geradezu aus l. 22 D. de reb. cr. 12, 1 und l. 4 D. de cond. trit. 13, 3.

Was Wächter[1] bezüglich dieser Stellen bemerkt, daß nämlich gewöhnlich die Schwierigkeit, die in ihnen liege, übersehen werde, trifft auch heute noch

[1] Erörterungen aus dem röm., deutsch. und württemberg. Privatrecht 2. Heft S. 58 namentlich A. 29.

zu.[1] Die Art, wie WÄCHTER die Schwierigkeit zu heben sucht, kann nicht befriedigen. WÄCHTER meint nämlich, jene Stellen sagten: bei Verhältnissen des *strictum ius* habe der Richter stets nach dem Ort zu ästimieren, wo geklagt werde; „war ein Zahlungsort verabredet, so muß stets nach diesem ästimiert werden, weil in einem solchen Fall die Kondiktion nur an diesem — — angebracht werden kann, oder wenn aus dem Rechtsverhältnisse mit der *arbitraria actio* geklagt wird, bei dieser stets nach dem verabredeten Erfüllungsorte das Interesse zu bestimmen ist". In den Stellen ist nur von einer Klage die Rede, nicht von dem Unterschiede der *condictio de certa re* und der *actio de eo quod certo loco dari oportet:* es ist nur von der ersteren Klage (oder der *actio triticaria)* die Rede. Widersprechen sie dann aber nicht dem ganzen Titel *de eo quod certo loco d. o.?* Meines Erachtens sind die Stellen auf Fälle zu beziehen, in denen der bestimmte Ort der Leistung zum wesentlichen Inhalt der Leistung gehört, nicht eine bloße Nebenmodalität bildet. In solchem Fall mußte bei der Klage an einem anderen Ort der Leistungsort in der *intentio* angegeben werden, und der *iudex* war vermöge des *quanti ea res est* o. befugt bezw. verpflichtet, die *aestimatio eius loci* zu nehmen, *quo dari debuit.* Anders stand die Sache, wenn jene Nebenmodalität, der Ort der Erfüllung, durch besondere Verabredung fixiert, also ein gewöhnlicher Erfüllungsort verabredet war. In solchem Fall gehörte der verabredete Erfüllungsort nicht zum wesentlichen Leistungsinhalt, konnte also nach Civilrecht in der *intentio,* welche nur das angebliche Forderungsrecht des Klägers, nicht aber die Modalitäten der Erfüllung zu bezeichnen hatte, nicht hinzugefügt werden.[2] Hier konnte also die Schätzung nur nach dem Klagort vorgenommen werden. Da nun der Kläger solchenfalls auch *alio loco* nur mit der *pura intentio* klagen konnte, somit dem Beklagten die *utilitas,* welche er bei der Zahlung am verabredeten Erfüllungsort gehabt hätte, entzog, so mußte er wegen *pluspetitio loco* abgewiesen werden. Dieser Zustand war nicht länger erträglich, seitdem die römische Herrschaft sich über ganz Italien ausgedehnt und Provinzen erworben waren, denn seitdem trat der Unterschied der Preise der Sachen an Orten, die weit voneinander entlegen waren, häufiger und greller hervor (vgl. l. 3 D. h. t.). *Gaius libro IX ad edictum provinciale (— — scimus, quam varia sint pretia rerum per singulas civitates regionesque, maxime vini olei frumenti rel.).* So machte sich das Bedürfnis der Aufstellung einer neuen Klage geltend, welche jenem Mangel des bisherigen Rechtszustandes Rechnung trug: der *actio de eo quod certo loco dari oportet* oder *actio arbitraria,* wie sie meistens in dem betreffenden Digestentitel 13, 4 genannt wird. Vor allem ist bezüglich ihrer die strittige Frage zu beantworten, wie die *intentio* derselben beschaffen war: ob sie *in ius* oder *in factum* konzipiert war?[3] Da das *petere sine commemoratione loci* als *pura intentio* dem *agere adiecto loco* gegenübergestellt wird, so ist anzunehmen, daß auch die *intentio* der *arbitraria actio* auf *dare oportere* lautete, insoweit also *in ius* konzipiert war, eine Annahme, zu deren Bekräftigung wenigstens die Rubrik

[1] Auch durch COHN, a. a. O. S. 76 f., ist diese Schwierigkeit nicht beseitigt.

[2] In den Verträgen selbst wird der bestimmte Leistungsort und der bloße Erfüllungsort wohl verschieden ausgedrückt sein, insbesondere in den Stipulationen, um keinen Zweifel aufkommen zu lassen. Sollte der Leistungsort vermittels der Präposition a ausgedrückt sein (ab Epheso dari spondesne)? vgl. l. 3 § 4 D. de act. emti venditi 19, 1.

[3] Vgl. darüber auch die bei LENEL, Edictum perp. S. 191 A. 8 citierten Schriftsteller. S. auch TREPTOW, a. a. O. p. 16. 26.

des Digestentitels 13, 4 und Theophil. zu § 33 I. de act. 4, 6 herangezogen werden können. Dagegen spricht nicht die prätorische Natur der Klage, denn die *commemoratio loci*, des bloßen Erfüllungsorts, welche in der rein civilrechtlichen, der *pura intentio* nicht vorkommt, findet nur vermöge der magistratischen Gewährung statt, schon dieser Zusatz nimmt der *intentio* den Charakter einer rein civilrechtlichen. Schon dieser Zusatz zu der civilrechtlichen *intentio* macht sie zu der *actio utilis*, als welche sie in l. 1 D. h. t. bezeichnet wird (— — *ideo visum est, utilem actionem in eam rem comparare*).

Weiter ist zu fragen, ob diese Klage, welche ja häufig in dem Digestentitel als *actio arbitraria* bezeichnet wird, zu der gewöhnlich mit diesem Ausdruck bezeichneten Klagegattung gehöre? Im § 31 I. de act. 4, 6, in welchem diese *arbitrariae* als solche charakterisiert werden, *in quibus nisi arbitrio iudicis is cum quo agitur actori satisfaciat, veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat*, wird dann auch speziell unsere Klage, *qua id, quod certo loco promissum est, petitur*, als dazu gehörig aufgeführt. Von einer Anzahl von Schriftstellern, in neuerer Zeit namentlich von Cohn[1] und Lenel,[2] wird nun geleugnet, daß bei der *actio de eo quod certo loco* ein solcher *iussus iudicis*, dem klägerischen Begehren nachzukommen, der *condemnatio* vorhergegangen sei, und daß es sonach auch in der Formel jener Klage keine Arbitrarklausel gegeben habe, welche den *iussus* vorschrieb. Auf die Frage, auf welche Weise denn die *actio de eo quod certo loco* in den justinianischen Katalog der *actiones arbitrariae* hineingekommen sei, antworten die beiden genannten Schriftsteller gleichmäßig, Cohn S. 144: Justinian fand, daß hier eine Klage *actio arbitraria* genannt wird, ja daß sie κατ' ἐξοχήν so bezeichnet ist; sie durfte daher, sobald er diese Bezeichnung in seine Rechtsbücher aufnahm, nicht übergangen werden; Lenel, Ed. S. 195: Die Institutionenverfasser haben einfach den Beispielkatalog, den sie in ihrer Vorlage fanden, nach eigenem Ermessen vervollständigt, und was lag ihnen, denen die klassischen Formeln zur gleichgültigen Antiquität geworden waren, näher, als diejenige *actio*, die den Namen geradezu als technischen führt, in das Verzeichnis aufzunehmen?

Diese Annahme nun, daß Justinian's Arbeiter unsere *actio* bloß wegen ihrer Bezeichnung als *arbitraria actio* in den Werken der klassischen Juristen in ihren Katalog der sog. *arbitrariae actiones*, mit denen jene nichts als den Namen gemein gehabt, aufgenommen hätten, befriedigt durchaus nicht. Justinian spricht in seiner Charakterisierung der *actiones arbitrariae* gar nicht davon, daß auf die Nichtbefolgung des *arbitrium iudicis* ein besonderer Nachteil für den Beklagten gesetzt sei: er sagt nur, daß bei ihnen die *condemnatio* erfolge, *nisi arbitrio iudicis is cum quo agitur actori satisfaciat*, und demnächst, daß der *iudex* bei diesen Klagen *ex bono et aequo secundum cuiusque rei de qua actum est naturam* abzuschätzen habe, wie der Kläger zu befriedigen sei. Nicht die bloße Namensgleichheit, sondern eine sachliche Ähnlichkeit, welche die *actio de eo quod certo loco* mit den sogenannten *arbitrariae actiones* hatte, muß es gewesen sein, welche die Institutionenverfasser bewog, die *actio de eo quod certo loco* in den Katalog jener Klagen aufzunehmen. Eine solche Ähnlichkeit ist ja, wie an anderer Stelle gezeigt wurde, der Grund, aus welchem die Noxalklagen in den Katalog

[1] A. a. O. S. 135 ff.
[2] Beiträge S. 57 ff. Edictum S. 193 f.

der *actiones arbitrariae* aufgenommen sind. Falls nicht, dem Zusatz der Formel *aut noxae dedere* gemäß, der Beklagte von der *facultas noxae deditionis* Gebrauch macht, soll es zur *litis aestimatio* und Kondemnation kommen. Worin bestand nun die Ähnlichkeit der *actio de eo quod certo loco* mit den *actiones arbitrariae*? An einer späteren Stelle, § 33c I. eod. tit. heißt es: — *si quis tamen Ephesi petat, id est eo loco petat, quo ut sibi detur stipulatus est, pura actione recte agit: idque etiam praetor monstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori.* Diese Worte haben Bezug auf die *actio arbitraria*, und zwar, wie ich auch annehme, auf die Formel derselben. Sie bedeuten, daß der Prätor in der Formel der *arbitraria* dem *promissor* den Vorteil, am verabredeten Erfüllungsort zu zahlen, unversehrt lasse. Die Formel wird einen dieses aussprechenden Passus gehabt haben, etwa: *Si paret N^um^ N^um^ A° A° Ephesi centum dare oportere neque ea pecunia Ephesi solvetur* u. s. w. Solcher Formelzusatz brachte die Ähnlichkeit der *actio de eo quod certo loco* mit den *actiones arbitrariae* hervor, er bot dem Beklagten die Möglichkeit, auch noch durch Zahlung der geschuldeten Summe am verabredeten Erfüllungsort während des *iudicium* die Kondemnation zu vermeiden. Auch darin ist die *actio de eo quod certo loco* den *arbitrariae actiones* ähnlich, daß ausnahmsweise der Beklagte schon nach Leistung einer Kaution (am Erfüllungsort zu leisten) richterliche Absolution erlangt (l. 4 § 1 D. h. t.), denn nach l. 16 § 3 D. de pig. 20, 1 findet auch bei den eigentlichen *arbitrariae actiones*, wie der *actio quod metus causa*, eine Absolution auf Grund einer Kautionsleistung nur unter besonderen Umständen statt. Die Möglichkeit, durch Zahlung am Erfüllungsort die *condemnatio* zu vermeiden, dürfte auch aus l. 10 D. h. t. hervorgehen: — — *videamus, ne ea pecunia, quae ex sententia iudicis accedere potest, non debeatur nec sit in obligatione, adeo ut nunc quoque sorte soluta vel si Capuae petatur, arbitrium iudicis cesset.* — Lenel ist freilich der Meinung, mit dem Moment der erhobenen *arbitraria actio* habe die Möglichkeit, anderwärts als am Klagort zu leisten, regulärerweise ihre Endschaft erreicht. Dabei verkennt er das Verhältnis zwischen dem Forderungsinhalt und dem, was infolge der *aestimatio iudicis* in der *condemnatio* davon abgehen oder dazutreten kann. Die Äußerungen verschiedener römischen Juristen über dieses Verhältnis stimmen ganz miteinander überein. Paulus bezeichnet in l. 10 D. h. t. den (in der *intentio* zu bezeichnenden) Forderungsbetrag als *sors*, und die *pecunia*, welche *ex sententia iudicis* hinzukommen kann, als *poena*, welche nicht *in obligatione* sei. Damit übereinstimmend bezeichnet Afrikan in l. 8 eod. tit. die mit der *actio arbitraria* geltend zu machende Forderung als eine *pecunia credita, circa cuius exsecutionem aestimationis ratio arbitrio iudicis committitur.* Danach handelt es sich also bei der infolge der *aestimatio* geschehenden Steigerung oder Minderung nur um die *exsecutio* der in der *intentio* bezeichneten Forderung. Und endlich Ulpian sagt in l. 2 pr. D. eod. tit., daß das Interesse, welches Beklagter oder Kläger daran habe, daß die Leistung am verabredeten Erfüllungsort geschehe, die *condemnatio* auf eine geringere oder höhere Summe sinken oder steigen lasse, *quam intentum est*, als in der *intentio* bezeichnet sei. Endlich Javolen bezeichnet in l. 15 D. de compensat. 16, 2 die Forderung mit ihrer Vergrößerung durch das Interesse *loci* als *pecunia — cum sua causa.* Wenn aber, worin alle die genannten Juristen übereinstimmen, die Minderung oder Mehrung, welche die intentionsmäßige Forderung in der *condemnatio*, der *sententia iudicis* erleidet, sich nur auf die *exsecutio* der Forderung bezieht, darum aber nicht minder oder nicht

mehr *in obligatione* ist, so muß danach noch durch eine Empfangnahme bezw. Zahlung der intentionsmäßigen Forderung am Erfüllungsort diese aufgehoben werden und so die Möglichkeit der Minderung oder Erhöhung durch die *sententia iudicis* wegfallen. Dem gegenüber behauptet Lenel, nach einer ganzen Reihe übereinstimmender Quellenzeugnisse könne nach erhobener *arbitraria actio* nicht mehr anderwärts als am Klagort geleistet werden, denn diese Stellen wiesen in ganz unzweideutiger Weise in die Vergangenheit zurück. Es ist aber die Frage, von welchem Moment an die von Lenel angeführten Stellen in die Vergangenheit zurückweisen. Es ist eine unbegründete Supposition Lenel's, daß jene Quellenäußerungen vom Moment der erhobenen *arbitraria actio,* also der Litiskontestation an, in die Vergangenheit zurückwiesen: vielmehr ist dabei der Moment der richterlichen *aestimatio* zu Grunde gelegt. Wenn es zur Abschätzung bezw. zum Urteil kommt, dann wird gefragt, welches Interesse der Beklagte oder Kläger daran gehabt habe, am verabredeten Erfüllungsort zu zahlen oder zu empfangen. Dies zeigen ganz klar L. un. C. ubi conveniatur 3, 18: — — *aestimatio, quod alterutrius interfuit* u. s. w. L. 2 § 8 D. h. t.: — *ut, si interfuisset rei* — — *ratio eius haberetur* —. L. 8 D. eod.: *lisque tanti aestimetur, quanti eius vel actoris interfuerit* — —. Ferner: — *ut aestimet, quanti actoris intersit, eam* — *summam* — *Capuae solutam esse.* L. 15 D. de compens. 16, 2: — *ut ratio habeatur, quanti Titii interfuerit* — —.

Zu dieser Berücksichtgiung des Interesses *loci* in Bezug auf die eine oder andere Partei wurde der *iudex* durch die Fassung der *condemnatio* in den Stand gesetzt. Bezüglich der Abschätzung gewährte sie ihm ein *arbitrium,* welches er bei der der *pura intentio* angehängten *condemnatio,* die auf dieselbe Summe wie die *intentio* lautete, nicht gehabt hätte. Daß die *condemnatio* der *actio de eo quod certo loco,* je nachdem die Forderung auf eine bestimmte Geldsumme oder eine Quantität fungibler Sache u. s. w. ging, anders gelautet hätte, ist nicht anzunehmen. Ging die Forderung aber nicht auf Geld, so mußte die *condemnatio,* auch wenn das Ortsinteresse gar nicht in Frage gekommen wäre, auf *quanti ea res erit* lauten. Dieses *quanti ea res erit* bedeutet ja bei manchen Klagen nach der Annahme der Juristen nicht den gemeinen Sachwert, sondern das Interesse; das konnte, wenn die der *condemnatio* vorhergehende *intentio* den Zusatz enthielt: *neque ea summa (eae amphorae vini) Ephesi solvetur (solventur),* auch auf die Berücksichtigung des Ortsinteresses verweisen. In der letzteren Beziehung verwies es aber natürlich nur auf die Berücksichtigung der *utilitas,* des Vorteils, den zunächst der Beklagte davon gehabt hätte, am verabredeten Erfüllungsort zahlen zu können, nicht des Schadens, den ihm die Erfüllung dort gebracht hätte, denn diesem hatte er sich ja durch Übernahme der Leistung an demselben unterzogen. Meines Erachtens enthielt nun die *condemnatio* unserer *actio* nichts weiter als die Anweisung: *quanti ea res erit* (etwa noch mit dem Zusatz *arbitrio tuo), tanti c. s. n. p. a.* Die *condemnatio* kann nicht etwa eine ausdrückliche Anweisung enthalten haben, das Ortsinteresse für den Beklagten bezw. für ihn oder den Kläger zu berücksichtigen. Nach l. 2 § 8 D. de eo quod certo loco soll es im *officium* des *iudex huius actionis* liegen, je nachdem Kläger oder Beklagter ein Interesse daran hatte, *Ephesi potius solvere quam eo loci, quo conveniebatur, excedere vel minuere quantitatem contractus.* Wenn dies im *officium iudicis* lag, so kann es ihm nicht ausdrücklich *verbis formulae* auferlegt sein, es wäre überhaupt die Frage nicht möglich, *utrum quantitati contractus debeat servire an vel excedere vel minuere quantitatem debeat,* wenn eine ausdrückliche

Anweisung dazu in der Formel gestanden hätte. Auch werden bei unserer Auffassung die Worte begreiflich: *Iulianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse, Ephesi recipere.* Der Prätor und auch die früheren Interpreten hatten nur an die Berücksichtigung des Interesse des Beklagten gedacht, und es lag das auch nach den Worten: *neque ea summa Ephesi solvetur* am nächsten. Aber wenn es auch nicht ausdrücklich hieß: *neque ea summa Ephesi recipietur*, so konnte eine ausdehnende Interpretation, wie sie Labeo und ihm folgend Julian vornahmen, sehr wohl eine Berücksichtigung des Interesse auch des Klägers befürworten und durchsetzen.

Der unmittelbare Anschluß der *actio de eo quod certo loco* an den Titel *de condictione triticaria*, sowie die Natur der Sache machen es wahrscheinlich, daß die ursprüngliche Formel, ja auch wohl noch die Musterformel des Hadrianischen Edikts nicht auf eine Geldforderung, sondern eine solche einer Quantität fungibler Sachen *(vinum, oleum, frumentum)* berechnet war. Fragen wir, wann die Klage zuerst aufgekommen sei, so steht ja zunächst nach der oben citierten Stelle soviel fest, daß Labeo sie bereits kannte, ja, daß damals wohl schon einige Zeit seit ihrer Aufstellung verstrichen sein mußte, sofern er sich für eine ausdehnende Interpretation der Formel aussprach. Es ist aber Dernburg[1] darin zuzustimmen, daß die Klage erst aufgestellt sein kann, seit so zahlreiche Geschäfte, zu erfüllen an dritten Handelsplätzen, geschlossen wurden, daß sich hierfür ein Kurs feststellte. Wenn das älteste Formular schon auf *Si paret — Ephesi dare oportere* lautete, so läge die Annahme nicht so fern, daß die Klage erst im 7. Jahrhundert der St. nach Einrichtung der Provinz Asia (621/133) aufgestellt wurde. Vielleicht ist aber die Klage gar nicht zuerst im Edikt des *praetor qui inter cives ius dicebat*, überhaupt nicht in Rom, sondern in der Provinz aufgestellt worden. Die Verschiedenheit des Preises der Waren in den blühenden Handelsstädten mag hier zuerst das Bedürfnis solcher Klage dringender gemacht haben. Dafür würde sprechen, daß einzelne für die Klage besonders charakteristischen Äußerungen gerade aus dem Kommentar des Gaius zum *edictum provinciale* entnommen sind. Wahrscheinlich ist es immer, daß im Julianisch-Hadrianischen Edikt der Klagformel ein die Klage versprechendes Edikt vorausging, wenn sich gleich, so viel ich sehe, bestimmte Spuren desselben nicht nachweisen lassen.

Die *actio de eo quod certo loco* war natürlich nicht bloß zulässig, wenn bei einer Stipulation, sondern auch wenn bei einem *mutuum* ein bestimmter Erfüllungsort verabredet war; nicht minder griff sie Platz, wenn der Erblasser bei Beschwerung eines Erben mit einem Legat bestimmt hatte, das Betreffende an einem bestimmten Orte zu geben (l. 5 u. 6 D. h. t.). War dagegen bei Abschluß eines *bonae fidei negotium* verabredet, daß die Erfüllung *certo loco* geschehen solle, so kam unsere *actio arbitraria* nicht zur Anwendung, denn das durch die Formel der *bonae fidei actiones* dem *iudex* eingeräumte freiere Ermessen setzte, wenn an einem anderen als dem verabredeten Erfüllungsort geklagt wurde, denselben ausreichend in den Stand, das Interesse *loci* für jede der beiden Parteien bei der Kondemnation zu berücksichtigen (l. 7 D. h. t. l. 5 pr. D. commodati 13, 6).

---

[1] Pandekten II³ S. 93.

b) Erfüllungsversprechen. Die *actio de pecunia constituta.*

§ 172. *Constituere* in Anwendung auf bestehende Schulden bedeutet nicht versprechen: das *constituere se soluturum* oder *solvi* ist kein neues Versprechen einer bereits geschuldeten Leistung, sondern *constituere* bedeutet: gemeinsam, durch Verabredung festsetzen, also *constituere solvi:* die Erfüllung der Schuld festsetzen. Dieses Festsetzen der Erfüllung ist nach verschiedenen Richtungen denkbar, am häufigsten aber bezieht es sich auf den Zeitpunkt der Erfüllung. Daß in diesem durch Verabredung geschehenden Festsetzen der Erfüllung nicht der Sinn eines neuen Versprechens der Leistung lag, tritt darin hervor, daß *statutus dies* oder *constitutus* den für irgend welche Geschäfte verabredeten Termin bedeutet. Wenn später das *constituere* der Erfüllung auch die Bedeutung eines eine Obligation hervorbringenden Versprechens angenommen hat, so muß man, was Bruns[1] bereits hervorhebt, diese Vorstellung für die ältere Zeit fern halten. Bruns hat die daraus für die ältere Geschichte des Konstituts sich ergebenden Konsequenzen zu ziehen einigermaßen sich gescheut. Aus der Stellung des Titels *de constituta pecunia* in den Digesten bezw. im Edikt, und aus Gaius IV, 171 ergiebt sich eine Bruns nicht entgangene enge Verbindung des Konstituts mit der *actio de pecunia certa credita.* Bruns selbst nimmt an, daß das Edikt über das Konstitut ursprünglich nur für *pecunia certa,* ja nur für *pecunia credita* eingeführt war. Aus Gai. IV, 171 schließt er, daß die Sponsion der Hälfte beim Konstitut nur eine Steigerung der Sponsion des Dritteiles bei der *pecunia credita* war, nämlich für den Fall, daß die Zahlung der Kreditumsschuld noch besonders auf einen bestimmten Tag zugesagt war. War dem aber so, so wird dadurch die Annahme nahe gelegt, daß es ursprünglich gar keine besondere prätorische *actio de pecunia constituta* gab, sondern daß, wenn bei einer *pecunia credita* die Erfüllung durch eine spätere Verabredung auf einen bestimmten Tag festgesetzt war, die gewöhnliche *actio de pecunia certa credita* stattfand, nur daß die Sponsionssumme, statt, wie gewöhnlich, auf ein Drittel, auf die *dimidia pars* der behaupteten Schuldsumme verstellt wurde. Eine dahin gehende Ansicht hat denn auch bereits Puchta aufgestellt, und Bruns erklärt solche Annahme für nicht unmöglich, aber nicht eigentlich erweislich. Durch unmittelbare, äußere Zeugnisse erweislich ist sie allerdings nicht, aber Bruns' eigene Sätze, daß das Konstitutsedikt ursprünglich nur für *pecunia certa credita* eingeführt, und die Sponsion der Hälfte beim Konstitute nur eine Steigerung der Sponsion des Dritteils bei der *pecunia credita* war, führen mit einer gewissen Notwendigkeit zu der Puchta'schen Annahme. Es stimmen dazu meine eigenen Annahmen bezüglich der *actio de pecunia certa credita.* Noch zur Zeit Cicero's und der *lex Rubria* mußte über die auf eine *pecunia certa credita* gerichtete Forderung eine *sponsio (praeiudicialis* und *poenalis tertiae partis)* abgeschlossen werden, aus welcher dann eine *formula* erteilt wurde. Man kann fragen, worauf die *condemnatio* dieser Formel aus der Sponsion gestellt war, ob bloß auf die *poena,* oder auf die Schuldsumme und die *poena.* Indessen, da damit, daß die Strafe als verfallen erkannt wurde, implicite auch geurteilt war, daß die vom Kläger behauptete Summe vom Beklagten geschuldet sei, so wurde die *condemnatio* wohl gleich auf Schuldsumme und Strafe gerichtet, und es brauchte die Schuldsumme nicht mit einem besonderen *iudicium secutorium* eingefordert zu werden. War nun durch besondere Verabredung die Erfüllung

[1] Zeitschr. f. Rechtsgesch. I, S. 31 ff.

der Forderung auf einen bestimmten Termin festgesetzt, und erfolgte die Erfüllung nicht an diesem Termine, so wird die *sponsio poenalis et praeiudicialis* auf die *dimidia pars* der Schuldsumme gerichtet sein, das Versprechen der Sponsionssumme wird dann aber nicht bloß von dem Bestehen der Forderung, des *dare oportere*, sondern auch von dem *non facere constitutum* abhängig gemacht sein, und dem entsprechend muß auch die *intentio* der Formel aus solcher Sponsion auf das Bestehen der Forderung und die Nichtinnehaltung des Konstituts verstellt gewesen sein. Die *condemnatio* wird dann auf Schuldsumme und *dimidia pars* derselben gelautet haben. Danach war also ursprünglich im Fall eines Konstituts die Klage nur eine etwas veränderte *actio de pecunia certa*, eine „Zwillingsschwester" der *actio de pecunia certa credita*. Der dieser ursprünglichen Konstitutsklage zu Grunde liegende Gedanke ist wohl der, welchen Theophilus in der Paraph. ad § 8 I. de act. 4, 6 mitteilt. Danach soll gegenüber dem Schuldner einer fälligen *pecunia certa credita*, welcher sich dadurch, daß er mit dem Gläubiger Zahlung an einem festbestimmten Tage abmacht, noch eine Frist verschafft, wenn er das Konstitut nun nicht innehält, die *actio de pecunia certa credita* in ihrer Straffolge sich verschärfen; bei Geldschulden der hier in Frage stehenden Art lassen die Römer auch nach Aufhebung des Nexum besondere Strenge walten, der Schuldner muß dafür büßen, daß er das Vertrauen eines geduldigen Gläubigers getäuscht hat. Zu der Mitteilung des Theophilus stimmt es, daß nach l. 2 § 1 C. de const. pecunia 4, 18 die *veteres* zweifelten, ob ein Konstitut bezüglich eines *debitum in diem constitutum* möglich sei. Eine Anwendung des Konstituts ganz in diesem Sinne kommt bei Cic. pro P. Quintio c. 5 vor. Dem Theophilus scheint aber die von Ulpian referierte Äußerung Labeo's in l. 3 § 2 D. h. t. zu widersprechen: — *Et adiicit Labeo, vel propter has potissimum pecunias, quae nondum peti possunt, constituta inducta, quam sententiam non invitus probarem* u. s. w. Indessen Labeo hat bei jener Äußerung wohl die zu seiner Zeit schon existierende selbständige *actio de pecunia constituta*, die schon eine Fortbildung des Konstitutsrechts enthielt, im Auge. Denn bei der alten modifizierten *actio de pecunia certa credita* ist es nicht verblieben. Es ist nicht dabei geblieben, wie Kappeyne van de Coppello annimmt,[1] daß man *de pecunia constituta* prozessierte *per sponsionem*. Die bei der Konstitutsklage vorkommende *sponsio* ist nicht mehr *praeiudicialis*, sondern nur *poenalis*. Gaius IV, 171 sagt ausdrücklich: *ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, veluti de pecunia certa credita et pecunia constituta*, d. h. es wird erlaubt, eine *sponsio* abzuschließen. Gezwungen wird der Kläger nicht dazu, die *sponsio* mit dem Beklagten einzugehen. Kappeyne freilich meint, trotz des *permittitur*, dem Kläger sei die Verpflichtung, die Notwendigkeit auferlegt, mit Sponsion zu klagen. Er nimmt das *permittitur* unserer Stelle in demselben Sinne, in welchem es von Gaius in der Erklärung der *condemnatio* als *ea pars formulae, qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur* genommen wird. Es sollte aber kaum gesagt zu werden brauchen, daß *permittere* verschiedene Bedeutungen hat, daß es auch bedeutet: überlassen, die Gewalt worüber geben, daß es aber dieser Bedeutung nicht in der die Sponsion bei der *actio de pecunia constituta* betreffenden Stelle des Gaius hat. Wenn dies noch eines Beweises bedürfte, so mag auf den folgenden § 172 verwiesen werden, wo es heißt: — *permittit praetor iusiurandum exigere non calumniae*

[1] Abhandlungen, Heft 2 S. 230).

causa infitias ire. Daß der Prätor dem Kläger nicht die Verpflichtung auferlegt, vom Beklagten den Kalumnieneid zu verlangen, ist selbstverständlich. Wie hier das *permittere* erlauben bedeutet, so hat es denselben Sinn in dem vorhergehenden *„sponsionem facere permittitur"*.

Wie der Prätor dazu gekommen, nicht bei der modifizierten *actio de pecunia certa credita* stehen zu bleiben, sondern eine selbständige, von der *actio de pecunia certa credita* ganz unabhängige *actio de pecunia constituta* aufzustellen, liegt wohl nahe genug. Das Konstitut fand Anwendung auch auf andere Schulden von Geld und Fungibilien, für welche die *actio de pecunia certa credita* nicht anwendbar war. Das Resultat dieser Entwickelung findet sich angegeben in l. 1 §§ 6 ff. D. h. t.: *Debitum autem ex quacunque causa potest constitui, id est ex quocunque contractu, sive certi, sive incerti, et si ex causa emtionis quis pretium debeat, vel ex causa dotis, vel ex causa tutelae, vel ex quocunque alio contractu.* § 7. *Debitum autem vel natura sufficit.* § 8. *Sed et is qui honoraria actione, non iure civili obligatus est, constituendo tenetur; videtur enim debitum, et quod iure honorario debetur* u. s. w. Seitdem man den Weg solcher Ausdehnung des Konstituts einschlug, paßte die nur einigermaßen abgeänderte *actio de pecunia certa credita* nicht mehr. Es ist wohl wahrscheinlich, daß das dann vom Prätor aufgestellte Edikt von vornherein den allgemeinen Ausdruck *pecuniam debitam* gebrauchte, der weit genug gefaßt war, um der Jurisprudenz, der man das Weitere überließ, für ihre subsumierende Thätigkeit ungehinderten Spielraum zu lassen.

Die Stücke des Edikts, welche uns in dem Digestentitel *de pecunia constituta* überliefert sind, finden sich in folgenden Stellen:

L. 1 § 1.

Ait Praetor: „Qui pecuniam debitam constituit —".

L. 16 § 2.

Ait Praetor: „si appareat eum qui constituit neque solvere neque fecisse neque per actorem stetit, quominus fieret, quod constitutum est".

§ 4.

Haec autem verba praetoris „neque fecisse reum quod constituit".

L. 17.

Illa verba „neque fecisset".

L. 18 pr.

Item illa verba praetoris „neque per actorem stetisse".

§ 1.

Quod adiicitur: „eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse".

Die erste Frage, die sich hier erhebt, ist die, ob alle diese Stücke Teile des die Klage verheißenden Edikts, oder ob sie zum Teil Stücke der im Anschluß an jenes aufgestellten Formel seien. Obwohl schon Schlesinger die Behauptung aufgestellt hatte, daß die in l. 16 § 2 und l. 18 § 1 tit. mitgeteilten Stücke nicht dem Edikt, worin die Klage versprochen war, sondern der vom Prätor aufgestellten Klagformel angehörten, hat Bruns wieder jene Annahme als nicht wahrscheinlich verworfen, namentlich, weil es kaum glaublich sei, daß Ulpian jene Formulare so ganz in der gleichen Weise, wie die Ediktssätze selber, kommentiert habe. Er meint, man müsse bei der gewöhnlichen Annahme bleiben, daß der Satz *„si appareat"* mit zu der eigentlichen Ediktsbestimmung gehöre. Er denkt sich diese als aus zwei Sätzen bestehend. Der erste Satz: *qui pecuniam debitam constituit (se soluturum* u. s. w.) habe wohl die eigentliche

Hauptbestimmung, nämlich die Verbindlichkeit, das Konstitut überhaupt zu erfüllen, ausgesprochen, etwa mit den Worten: *constituendo tenetur* oder *constituto satisfacere tenetur*. Der zweite Satz: *Si appareat, eum qui constituit neque solvisse neque fecisse* u. s. w. habe dann die Voraussetzungen und weiteren Bestimmungen für die Klage aus dem Konstitut enthalten. Indessen solche juristische Urteile, wie das, daß das Konstitut verbindlich sei, spricht der Prätor überhaupt nicht in seinem Edikt aus, es würde das höchstens in einer Fassung denkbar sein, ähnlich der: *pacta conventa — servabo*. Vollends aber wäre es ohne Beispiel, daß der Prätor erst einen solchen Satz ausspräche, dann in einem weiteren Satz die Voraussetzungen und weiteren Bestimmungen für die Klage normierte und endlich noch die Klagformel proponierte. Lenel[1] ist daher mit Recht wieder zu der Annahme zurückgekehrt, daß uns Stücke von der Formel selbst erhalten seien. Es braucht heute nicht des Beweises mehr, daß die Juristen in ihren Kommentaren auch die Formeln selbst erklärt haben. Diese bildeten ja auch einen Bestandteil des Edikts. Wann der Kommentar sich mehr an das das Rechtsmittel versprechende Edikt, wann mehr an die Formel angeschlossen habe, wird Sache der Erwägung im einzelnen Fall gewesen sein. Der sich an die Formel anschließende Kommentar wird vorzugsweise das berücksichtigt haben, was wohl in dieser, nicht aber schon in dem vorangehenden Edikt hervorgehoben war. Lenel will nun nur die in l. 1 § 1 h. t. mitgeteilten Worte: *qui pecuniam debitam constituit* —, dem die Klage verheißenden Edikt, alle übrigen uns erhaltenen Stücke aber der Formel zuweisen. Das geht schon aus dem Grunde nicht an, weil man unter dieser Voraussetzung zu einem durchaus ungenügenden Edikt kommt, welches nach Lenel lautet: *Qui pecuniam debitam constituit se soluturum eove nomine se satisfacturum esse, in eum iudicium dabo*. Kann man aus diesem Edikt wohl irgend den Charakter der Klage erkennen? Höchstens könnte man danach annehmen, daß es eine Klage auf Erfüllung des *pactum* sein sollte, was sie doch in der That nicht war. Weiter weichen aber auch die die Ediktsstücke enthaltenden Stellen in auffallender Weise voneinander ab. Bruns und Lenel wollen das *„fecisset"* der l. 17 h. t. auf Grund der l. 16 §§ 2 u. 4 in *fecisse* umwandeln, ebenso das *„stetit"* der l. 16 § 2 auf Grund von l. 18 pr. in *stetisse*. Endlich will Lenel das *„neque fecisse"* der l. 16 § 2 auf Grund von l. 16 § 4 ergänzen: *neque fecisse quod constituit*. Mir scheint das kein richtiges kritisches Verfahren. Es handelt sich ja nicht um das, was das Edikt selbst bezw. Ulpian gesagt haben, sondern in Justinian's Digesten um den von Justinian's Arbeitern hergestellten Text. Für diese hatte die im Edikt proponierte Klagformel als solche gar kein Interesse: im Gegenteil suchten sie, wenn sie überhaupt etwas davon aus den Kommentaren aufnahmen, den Gegensatz zwischen dem die Formel verheißenden Edikt und der Formel, den Gegensatz auch zwischen den Kommentaren zu beiden zu verwischen. So haben sie meines Erachtens auch hier die Worte des die Klage versprechenden Edikts und die der Formel nicht sauber auseinander gehalten. Darauf deuten die vorher hervorgehobenen Differenzen zwischen den einander ähnlichen Stellen hin. Auch haben die Kompilatoren von dem Ihrigen hinzugethan. Das *Si appareat* statt *si paret* ist wohl ziemlich sicher nicht auf das Konto Ulpian's, sondern der Kompilatoren zu setzen.

[1] Das edictum perpetuum S. 197 f.

Das Edikt mag etwa gelautet haben: *Qui pecuniam debitam constituit se soluturum si neque fecit quod constituit, neque per actorem stetit quominus fieret, in eum iudicium dabo,* die Formel aber: *Si paret N^{um} N^{um} A^o A^o constituisse se sestertium decem millia soluturum esse neque solvere neque fecisse quod constituit neque per A^{um} A^{um} stetisse quominus fieret quod constitutum est eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse, N^{um} N^{um} A^o A^o quanti ea res erit, condemnato s. n. p. a.*

An das Edikt schloß sich wohl noch das Versprechen an, daß der Prätor auf Antrag des Klägers die Eingehung einer *sponsio dimidiae partis* der *pecunia constituta* gestatten, dann aber auch den Kläger zur Eingehung einer *restipulatio* mit dem Beklagten anhalten werde. Frauen und Pupillen, welche mit der *actio de pecunia constituta* belangt werden, brauchen die *sponsio dimidiae partis* nicht zu leisten. Es mag hier noch darauf hingewiesen werden, daß nach einer Mitteilung von Bruns, a. a. O. S. 44, in l. 17 D. h. t. (wie es scheint hinter den Worten *neque fecisset)* in einem Pariser Kodex sich die Worte finden: *„eum satisfacere cogam“*. Man möchte vermuten, daß das Wort *satis* aus falscher Auflösung einer Abkürzung entstanden und zu lesen sei: *sponsionem facere cogam.* Woher dieser in dem Florentiner Kodex und auch sonst überall fehlende Passus stamme, ist ganz dunkel.

Auch nach dem Edikt ist das Konstitut kein neues Versprechen der Leistung, sondern nur eine vertragsmäßige Feststellung der geschuldeten Leistung, noch keine reale Erfüllung, aber eine in sichere Aussicht gestellte Erfüllung. Es bringt daher keine Klage auf Erfüllung hervor, wie die ursprüngliche Obligation, aber bindend ist es doch insofern, als die Nichtvornahme der sicher in Aussicht gestellten Leistung als ein Treubruch, als eine *fidem fallere* oder *frangere* angesehen wird. Die Klage entspringt aus dem Bruch des Konstituts. Es ist zwar keine eigentliche Deliktsklage, wie sich darin zeigt, daß infolge des Konstituts eines Haussohns der Gewalthaber mit der *actio de peculio* haftet. Der Gesichtspunkt des Vertrags tritt auch darin hervor, daß zum Konstitut eines Pupillen, um es bindend zu machen, die Erteilung der *auctoritas tutoris* erforderlich ist. Die Klage ist aber doch, wie Bruns zutreffend sagt, nicht gedacht als Klage auf Erfüllung einer Pflicht, sondern eine auf Schadensersatz wegen einer rechtswidrigen Handlung, eines *fidem frangere.* Daher kann eine wegen Formmangels ungültige Stipulation nie etwa als ein Konstitut, obgleich dieses keine besondere Form verlangt, aufrecht erhalten werden, denn der *animus constituentis* ist ein anderer, als der *animus promittentis.* Der *animus promittentis* ist gerichtet auf Begründung einer neuen Obligation, der *animus constituentis* nicht, dieser geht auf sicheres In-Aussichtstellen der Erfüllung einer bereits bestehenden Obligation. Es wird daher im Edikt und in der Formel das Nichteinhalten des Konstituts auch nicht als ein *non solvere,* sondern als ein *non facere quod constituit* oder *quod constitutum est* bezeichnet. Von einem *non solvere* kann nur in Bezug auf die Obligation, deren Erfüllung durch das Konstitut festgestellt werden sollte, die Rede sein. Danach werden nun erst verständlich die Worte der Formel: *neque solvere neque fecisse quod constituit* (oder *quod constitutum est).* Das *solvere,* welches nicht etwa in *solvisse* umzuändern ist, geht auf die Erfüllung der Obligation, welche das Konstitut betrifft. Verschiedentlich wird ja zwischen der *sors,* d. h. dem Inhalt der Obligation, auf welche das Konstitut sich bezieht, und der *constituta pecunia* unterschieden. Dem mit der *actio de p. c.* Belangten steht

es nun zu, den Inhalt der alten Obligation noch zu erfüllen. Wenn er das thut, so wird er noch immer kondemniert auf den durch Nichtinnehaltung des Konstituts dem Kläger zugefügten Schaden. Wenn er aber weder die alte Obligation erfüllt noch das Konstitut innegehalten hat, so umfaßt das Interesse des Klägers, auf welches der Beklagte kondemniert wird, die *sors* und den durch die Nichtinnehaltung des Konstituts zugefügten Schaden. Diese Konstitutsklage half also dem Übelstande ab, der darin lag, daß der *iudex* bei der *actio de pecunia certa credita* und anderen *stricti iuris actiones* nicht auf Verzugszinsen erkennen konnte: der Betrag des Interesses wegen Nichterfüllung an dem *dies constituti* ersetzte hier praktisch die Verzugszinsen.[1] Die wirkliche Erfüllung einer Obligation muß natürlich, auch wenn die Obligation selbst die Leistung bezw. deren Inhalt noch nach der einen oder anderen Richtung unbestimmt ließ, doch etwas durchaus Individualisiertes, Spezialisiertes sein. Inwieweit hier das Erfüllungsversprechen der wirklichen Erfüllung ähnlich sei, das ist jetzt näher zu untersuchen. Zunächst sagte das Konstitut ursprünglich wohl immer die Erfüllung auf einen bestimmten Termin zu. Erfolgte die Leistung nicht zu diesem Termine, so war die Innehaltung des Konstituts damit unmöglich geworden, wenn auch nicht die Erfüllung der ursprünglichen Obligation: die Vornahme des durch Konstitut Zugesagten nach dem durch dasselbe festgestellten Termine vor der Litiskontestation konnte strenggenommen den Konstituenten nicht mehr befreien. Hatte aber der Kläger keinen gerechten Grund, das nachträgliche Anerbieten des Konstituierten nicht anzunehmen, so soll solches Nichtannehmen bis zur Litiskontestation ihm zum Schaden gereichen: dem Konstituenten soll dann durch *exceptio* oder *iusta interpretatio* geholfen werden. Ein Konstitut ohne Festsetzung eines *dies* scheint auch später in der Regel nicht vorgekommen zu sein. Von dem Fall der Weglassung eines *dies constituti* handelt Paulus in l. 21 § 1 D. h. t.: *Si sine die constituas, potest quidem dici te non teneri, licet verba Edicti late pateant; alioquin et confestim agi tecum poterit, si statim, ut constituisti, non solvas; sed modicum tempus statuendum est, non minus decem dierum, ut exactio celebretur.* Diese Stelle bestätigt die Angabe Justinian's in l. 2 C. de const. pec. 4, 18, daß früher gezweifelt sei, *si pure constituta pecunia contracta valeret.* Dementsprechend äußert Paulus, es könne gesagt werden, daß wer *sine die* konstituiert habe, aus solchem Konstitut nicht hafte. Nähme man das nicht an, so müsse, wenn ein solcher Konstituent nicht sofort nach erfolgtem Konstitut zahle, mit der *actio de p. c.* wegen Bruchs des Konstituts geklagt werden können. Der dann noch folgende Passus enthält unverkennbare Spuren der Interpolation.[2] Das *exactio celebretur* rührt entschieden nicht von Paulus, sondern von den Kompilatoren her. Vgl. l. 5 C. Th. de exactoribus 8, 8. Daß aber die 10tägige Frist von den Kompilatoren erfunden sei, ist eine ungegründete Behauptung. Die 10 Tage für eine kurze Frist kommen auch sonst vor.[3] Paulus sagte wohl, der, welcher *sine die* konstituiert, müsse doch binnen eines *modicum tempus* zahlen; thue er dies nicht, so könne wegen Bruchs des Konstituts aufs Interesse gegen ihn geklagt werden. Bruns, der dies mit Recht als den ursprünglichen Sinn der Stelle ansieht, sagt (a. a. O. S. 91), sie habe später eine ganz andere Bedeutung bekommen.

[1] Vgl. meine Abhandlung in Grünhut's Zeitschr. Bd. 16 S. 448.

[2] Schon A. Faber hat das behauptet (Rationalia ad h. t. Conjectur. 15, 4). Sodann Kappeyne, a. a. O. S. 261 ff. Gradenwitz, Interpolationen S. 74.

[3] Vgl. meine Rechtsgeschichte II, 1 S. 400.

nämlich die, daß beim Konstitute, auch wenn kein *dies* beigefügt sei, die Erfüllung doch nie sogleich, sondern erst nach 10 Tagen verlangt werden könne. Diese Bedeutung hat sie aber nicht von selbst, sondern durch die Änderung der Kompilatoren bekommen.

Das Konstitut kann sodann einen Zahlungsort oder einen anderen Zahlungsort, als den bei Kontrahierung der Obligation verabredeten, festsetzen, welchenfalls übrigens die *actio de pecunia constituta* auch an einem anderen Ort als dem konstituierten Erfüllungsort erhoben werden kann (l. 5 pr. l. 16 § 1 D. h. t.). Handelt es sich um eine alternative Obligation, so kann, wie nur eine der alternativ geschuldeten Leistungen erfüllt werden kann, auch das Konstitut nur auf eine derselben lauten. Das auf eine alternative Obligation sich beziehende Konstitut kann selbst nicht wohl alternativ lauten. Soll nicht gleich reell erfüllt, sondern erst konstituiert werden, so muß doch im Konstituieren die Wahl zwischen den verschiedenen möglichen Leistungen getroffen werden. Andererseits braucht das Konstitut als die Zahlung erst in bestimmte Aussicht stellend nicht, wie die reale Erfüllung seinem Inhalte nach notwendig auf etwas Individualisiertes, Spezialisiertes zu gehen. Geht die ursprüngliche Obligation selbst auf Leistung von etwas nur generisch Bestimmtem, so muß auch das Konstitut auf dieses bloß generisch Bestimmte gehen können, wenngleich die reale Erfüllung nur vermittelst etwas Spezialisierten geschehen kann. Eher könnte man zweifeln, ob bei einer *obligatio generis* eine bestimmte *species* von dem betreffenden *genus* konstituiert werden könne, weil dabei doch etwas anderes (eine bestimmte *species*) konstituiert, etwas anderes (generisch bestimmte Sache) geschuldet wird. Freilich ist es ja, seitdem die *datio in solutum* zulässig war, möglich geworden, auch beim Konstitut die Zahlung von etwas Anderem statt des eigentlich Geschuldeten zu versprechen, soweit dieses Andere möglicher Inhalt eines Konstituts sein kann: es kann also an Stelle geschuldeten Geldes eine Quantität fungibler Sachen desselben Preises gesetzt werden, oder an die Stelle der geschuldeten Quantität fungibler Sachen der Preis derselben. Dann muß aber immer die Absicht kundgegeben sein, das Andere an die Stelle des eigentlich Geschuldeten zu setzen. Etwas anderes wäre es, wenn bei einer *obligatio generis*, also bei einer Schuld einer Quantität fungibler Sachen bestimmte *species* dieser Art von Sachen konstituiert würden. Da wäre, ohne Kundgebung jener Absicht, etwas anderes konstituiert als geschuldet. Dafür findet sich kein Beweis in den Quellen, und kann es daher vorderhand nicht als zulässig angesehen werden.

Enthielt die die ursprüngliche Obligation begründende Stipulation einen *solutionis causa adiectus*, so schloß ein mit dem *stipulator* demnächst abgeschlossenes Konstitut an sich nicht die Möglichkeit aus, jenem *solutionis causa adiectus* zu zahlen. Dies war vielmehr nur der Fall, wenn das Konstitut dahin ging, *soli mihi (sc. stipulatori) te soluturum*, vgl. l. 59 D. de solut. 46, 3 mit l. 8 D. de p. c. 13, 5. Es kann übrigens, wenn auch die ursprüngliche Stipulation nicht einen *solutionis causa adiectus* enthielt, das Konstitut einen solchen beifügen, welchenfalls nur der, dem konstituiert ist, die *actio de pecunia constituta* hat, der Konstituent sich aber auch hier durch Zahlung an den *solutionis causa adiectus* befreien kann. — Wird mit einem von zwei Korrealgläubigern ein Konstitut abgeschlossen, so kann sich der Schuldner nur durch Zahlung an diesen befreien, *quia loco eius, cui iam solutum est, haberi debet is, cui constituitur*. Fragen möchte man, ob, wenn einem bloßen *adstipulator* konstituiert

ist, sich der Schuldner nur durch Zahlung an diesen befreien könne? Auch das wird wohl zu bejahen sein: der *stipulator* mag sich dann an den *adstipulator*, der die Zahlung empfangen hat, halten. Sowie ferner auf Anweisung des Gläubigers einem anderen als ihm erfüllt werden kann, so kann (ebenso auf Anweisung desselben) einem anderen konstituiert werden, und zwar kann dieser letztere dann *suo nomine* sich konstituieren lassen. So kann auch der *procurator* jemandes das dem *dominus* Geschuldete sich konstituieren lassen, natürlich ist hier der, welcher die *actio de pecunia constituta* erwirbt, verpflichtet, das ihm Gezahlte dem *dominus* herauszugeben. Ulpian entscheidet in l. 5 § 9 D. h. t., daß, wenn dem *actor municipum*, dem *tutor pupilli* u. s. w. konstituiert werde, den *municipes*, dem Pupillen u. s. w. zu zahlen, *utilitatis causa* den *municipes*, dem Pupillen u. s. w. die *actio de pecunia constituta* als *utilis* zu geben sei. So kann gewiß auch ein *procurator* sich konstituieren lassen, daß dem *dominus* gezahlt werde. So wäre denn beim Konstitut vermittelst solcher *utilis actio de constituta pecunia* die direkte Stellvertretung schon praktisch durchgedrungen. Zu Gunsten eines Dritten kann man sich aber nicht versprechen lassen, daß diesem gezahlt werde; ebensowenig wie man zu Lasten eines Dritten versprechen kann, daß dieser zahlen werde (l. 5 §§ 4 u. 5 D. h. t.).

Was konstituiert wird, muß geschuldet sein, und zwar in dem Moment des Konstituts. Dies ergiebt sich aus den Worten der Formel: *eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse.* Hier drängt sich vor allem die Frage auf, warum denn diese Worte nur gleichsam anhangsweise in der Formel vorkommen, eine Frage, welche aber schon von Bruns ihre ausreichende Beantwortung gefunden hat. Der vornehmliche Grund der Klage ist die Erfüllungsfestsetzung selbst und deren Bruch; weil aber von einer Erfüllungsfestsetzung doch nicht die Rede sein kann ohne eine Schuld, so muß zur Zeit dieser Festsetzung eine Schuld vorhanden gewesen sein, aber in der Formel wird nichts weiter verlangt, als daß eine Geldschuld (bezw. Fungibilienschuld) zur Zeit der Erfüllungsfestsetzung vorhanden gewesen. Die Behauptung der speziellen Schuld, um die es sich handelt, gehört nicht in die Formel, sondern vor den *iudex*. Verspricht ein Vater seine aus der Obligation seines Gewaltuntergebenen entspringende Pekuliarschuld zu zahlen, so richtet sich der Betrag der Erfüllungsfestsetzung nach der Höhe des Pekuliums zur Zeit des Konstituts. Daß das Pekulium nach dem Konstitut größer oder kleiner wird, hat auf den Umfang der Konstitutsklage keinen Einfluß (l. 1 § 8 u. l. 20 D. h. t.). Geht das Konstitut auf mehr, als geschuldet wird, so ist es bezüglich des nicht Geschuldeten keine Erfüllungsfestsetzung, insoweit also nichtig. Seitdem aber der Begriff der *debitum naturale* sich ausgebildet hatte, genügte auch ein solches als Grundlage des Konstituts. Wenn die Schuldklage zur Zeit des Konstituts noch nicht verjährt ist, die Verjährung aber nach dem Konstitut abläuft, so ist die *actio de pecunia constituta* doch begründet. Streng genommen ist nur dann die *actio* nicht begründet, wenn es am Klagberechtigten liegt, daß das Konstituierte nicht geschieht, namentlich also, wenn er das ihm gehörig Gebotene nicht annimmt, wobei noch zu bemerken ist, daß er die ihm nach dem *dies constituti* angebotene Erfüllung bis zur Litiskontestation annehmen muß, wenn er keinen gerechten Grund zur Ablehnung hat.

Vollständige *Solutio* hebt beide Verpflichtungen auf, sowohl die ursprüngliche, wie die aus dem Konstitutum. Wenn bei der Begründung der ursprünglichen Obligation nicht, wohl aber beim *constitutum* ein *solutionis causa adiectus*

hinzugefügt war, so fragt sich, welche Wirkung die Erfüllung an diesen letzteren hatte. Darauf bezieht sich l. 30 D. h. t.: *Si quis duobus pecuniam constituerit tibi aut Titio, etsi stricto iure propria actione pecuniae constitutae manet obligatus, etiamsi Titio solverit, tamen per exceptionem adiuvatur.* Die *Florentina* hat hier *propriactioni.* Es erscheint zweifelhaft, ob danach *propria actione* zu lesen sei. Denn was soll *propria actione pecuniae constitutae* bedeuten? Der Jurist will doch wohl sagen, daß, streng genommen, wenn die frühere Obligation nicht die Zahlung an einen *solutionis causa adiectus* zuließ, das Konstitut in dieser Beziehung keine Änderung vornehmen könne, also durch Zahlung an denselben weder die frühere Klage noch die Konstitutsklage aufgehoben sei. Es wird also zu lesen sein: *etsi stricto iure priore et actione pecuniae constitutae manet obligatus.* Als *prior obligatio* wird die Obligation, auf welche sich das Konstitut bezieht, auch in l. 36 D. de iureiurando 12, 2 bezeichnet. Billigkeitshalber, also *ope exceptionis,* ließ man aber beide Verpflichtungen auch hier aufgehoben sein.

Wenn eine Schuld, aus welcher der Schuldner nur *in quantum facere potest* haftet, konstituiert wird, so haftet der Konstituent *in solidum,* nicht etwa bloß bis zu dem Betrage, welchen er zur Zeit des Konstituts leisten konnte, aber er kann auch gegenüber der Konstitutsklage das *beneficium competentiae* geltend machen.

Erst auf späterer Erweiterung wird es beruhen, daß das Konstitut nicht bloß direkt auf Erfüllung, sondern nur auf *satisfactio* durch Stellung einer bestimmten Person als Bürgen, dann auch durch Bestellung eines Pfandes gehen konnte (l. 14 §§ 1 u. 2. l. 21 § 2 D. h. t.). Doch glaube ich kaum, daß ein solches Konstitut in dem Edikt erwähnt, und daß die Normalformel darauf eingerichtet war. Die Gleichstellung der *satisfactio* mit der *solutio* ist wohl durch die Jurisprudenz erfolgt.

Aus der früher dargelegten Eigentümlichkeit der *actio de pecunia constituta,* wonach sie keine Klage auf Erfüllung, sondern auf das Interesse wegen Bruchs der durch Konstitut übernommenen *fides* war, ergeben sich noch Konsequenzen. Einmal zeigen die Worte der l. 2 C. de constituta p. 4, 18: — *et neque in omnibus casibus longaeva sit constituta, sed in speciebus certis annali spatio concluderetur,* daß in gewissen Fällen unsere *actio* binnen eines Jahres (wohl eines *annus utilis)* verjährte, und nach den weiteren Worten Justinian's: *et neque sit in quocumque casu annalis, sed (sive pro se quis constituat sive pro alio)* u. s. w. ist wohl anzunehmen, daß die Verjährbarkeit binnen eines Jahres auf das Konstitut eigener Schulden beschränkt war. Das Edikt hat wohl, wie Bruns mit Recht angenommen, einfach die Klage innerhalb eines Jahres versprochen: es unterschied dabei nicht zwischen *constitutum debiti proprii* und *debiti alieni.* Man verstand das Edikt zunächst nur vom *constitutum debiti proprii,* welches man zur Zeit der Aufstellung des Edikts wohl allein kannte. Erst später, vielleicht erst, seitdem der Begriff schon angefangen hatte sich zu ändern, scheinen die *constituta debiti alieni* aufgekommen zu sein; die Handhabe für die Anerkennung derselben bot die Allgemeinheit der Fassung des Edikts, wie l. 5 § 2 D. h. t. zeigt: *Quod exigimus, ut sit debitum, quod constituitur, in rem exactum est.* Die Klage aus dem *constitutum debiti alieni* sah man von vornherein mehr als eine Klage auf Erfüllung an und betrachtete sie als *perpetua.* Ob man die Klage aus dem *constitutum debiti proprii* wegen Bruchs der übernommenen *fides* als eine Strafklage oder als eine *rei persequendae causa comparata* anzusehen habe, scheint

Gegenstand des Zweifels gewesen zu sein. Darauf deutet hin l. 18 § 2 D. h. t.: *E re autem est hic subiungere, utrum poenam contineat haec actio an rei persecutionem: et magis est, ut etiam Marcellus putat, ut rei sit persecutio.* Trotz dieser Entscheidung hat man früher die Klage auf die Erben des Konstituenten nicht übergehen lassen. Das geht, wie schon mehrfach bemerkt ist, daraus hervor, daß im Kodex der Titel de constituta p. 4, 18 auf andere über den passiven Übergang der Klagen (4, 16: *de actionibus hereditariis* und 4, 17: *ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur)* folgt. Auch aus l. 1 C. h. t.: *Si pro alieno debito te soluturum constituisti, pecuniae constitutae actio non solum adversus te, sed etiam adversus heredes tuos perpetuo competit,* folgt *per argumentum a contrario,* daß die Klage aus dem *constitutum debiti proprii* gegen den Erben des Konstituenten nicht ging: ob freilich auch dann nicht, wenn er selbst bei seinen Lebzeiten das Konstitut noch nicht gebrochen, oder nur dann nicht, wenn er es bereits gebrochen, steht dahin.

Schließlich möge noch einmal hervorgehoben werden, daß das Konstitut in beliebiger Form, daher auch unter Abwesenden brieflich, abgeschlossen werden konnte.

2. *In solutum datio.*

§ 173. Der Gläubiger kann verlangen, daß ihm als Erfüllung die geschuldete Leistung gemacht, nicht etwas anderes statt derselben geleistet werde: *aliud pro alio invito creditore solvi non potest.* Mit des Gläubigers Einwilligung kann aber der Schuldner durch Leistung von etwas anderem Befreiung von der Schuld erlangen. Wie aber diese Befreiung eintrete, darüber bestand nach den Worten von Gaius III, 168 eine Streitfrage unter den Schulen der Sabinianer und Prokulianer: — *unde quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso iure liberetur, quod nostris praeceptoribus placuit, an ipso iure maneat obligatus, sed adversus petentem exceptione doli mali defendi debeat, quod diversae scholae auctoribus visum est.* Daß die Ansicht der Prokulianer nicht der altrömischen Auffassung entsprach, muß man wohl annehmen: diese wird überhaupt keine Befreiung des Schuldners durch Leistung von etwas anderem statt des eigentlichen Geschuldeten gekannt haben, auch keine *ope exceptionis.* Die Auffassung der Sabinianer schon entsprach einer freieren Richtung, welche aber auch in dieser Frage gar nicht gleich zur Herrschaft gelangt ist. Direkte Spuren der Kontroverse finden sich in Justinian's Digesten nicht, sie sind von den Kompilatoren unterdrückt, da ja im Justinianischen Recht die Liberation *ipso iure* feststand, pr. I. quibus modis obl. toll. III, 29: *Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit.* Nach Römer[1] soll aus einigen Stellen der Digesten hervorgehen, daß schon in der heidnischen Kaiserzeit die Ansicht der Sabinianer die Oberhand erlangt habe. Das läßt sich aber nicht erweisen. In l. 26 § 4 D. de cond. ind. 12, 6 (Ulpianus lib. 26 ad Ed.) heißt es: — *licet enim placuit rem pro pecunia solutam parere liberationem* u. s..w. Ob aber die *liberatio ipso iure* oder *ope exceptionis* eintrete, davon ist in der Stelle nichts gesagt. Ferner wird in l. 1 § 5 D. de pec. const. 13, 5 (Ulp. lib. 27 ad Ed.) gesagt: *sed cum iam placet rem pro re solvi posse, nihil prohibet et aliud pro debito constitui.* Auch

[1] Die Leistung an Zahlungsstatt S. 64.

hier findet sich keine Andeutung darüber, ob durch das *rem pro re solvere* die Befreiung *ipso iure* oder *ope exceptionis* eintrete. Mit Rücksicht darauf, daß im Justinianischen Recht die Sabinianische Anschauung angenommen war, können die Kompilatoren in jenen Stellen die *exceptio* gestrichen haben. Noch weniger, wie sich demnächst zeigen wird, beweist l. 46 § 1 D. de solut. 46, 3 (Marcianus lib. III regularum): — *tunc ergo res pro re soluta liberationem praestat* u. s. w. die Liberation *ipso iure*. Daß aber in Diokletianischer Zeit die Kontroverse entschieden war, zeigt l. 17 C. de solut. 8, 42 (43) vom Jahre 293: *Manifesti iuris est tam alio pro debitore solvente quam rebus pro numerata pecunia consentiente creditore datis tolli comparatam obligationem.* Dementsprechend giebt der Westgothische Gaius die früher angeführte Stelle des echten Gaius in folgender Gestalt lib. II tit. X pr.: — *praeterea aliquoties tollitur obligatio, etiamsi aliud, quam cautum fuerat a debitore, creditori reddatur: nam si quicumque pro pecunia, quam creditori cavit, acquiescente creditore aurum aut argentum aut mancipia, vel alias quaslibet species, habita aestimatione, consentiente creditore dederit, obligatio evidentur tollitur.*

Ob aber alle Konsequenzen der Meinungsverschiedenheit der römischen Juristen über die Wirkung der *in solutum datio* in den Justinianischen Rechtsbüchern getilgt sind, wird die folgende Erörterung zeigen. Wird die *in solutum* gegebene Sache dem Empfänger von einem Dritten vermöge besseren Rechts evinziert, so finden sich in den Rechtsbüchern zwei verschiedene Entscheidungen dieses Falls. Nach der einen gilt die ursprüngliche Forderung des Gläubigers als nicht getilgt und kann geltend gemacht werden, sie findet sich in l. 46 pr. D. de sol. 46, 3 (Marcianus lib. III regularum): *Si quis aliam rem pro alia volenti solverit et evicta fuerit res, manet pristina obligatio. etsi pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat: nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido eius fieret.* § 1. *Sed et si duos fundos verbi gratia pro debito dederit, evicto altero fundo remanet integra obligatio: tunc ergo res pro re soluta liberationem praestat, cum pro solido facta est suscipientis.* Nach der anderen Entscheidung hat der Gläubiger einen Anspruch auf Eviktionsleistung, er kann mit einer *utilis emti actio* sein Interesse am Behalten des Hingegebenen einklagen. Brinz[1] hat behauptet, in l. 8 C. de sentent. et interloc. 7, 45 sei noch eine dritte Auffassung vertreten, wonach die Forderung *ob causam (rem)* aufgegeben sei, im Eviktionsfalle also *tamquam causa non secuta* kondiziert werden könne. Er bezieht sich dafür auf die Worte: — *ob debitum reddendum — repetere non prohiberis.* Geben wir nun auch zu, daß Brinz' Interpretation der Stelle richtig ist, so scheint es uns doch zu weit gegangen zu sein, daraus eine dritte Auffassung der *in solutum datio* überhaupt herzuleiten. Die Entscheidung beruht wohl auf der Eigentümlichkeit des Falls. Die Forderung war bei der *in solutum datio* aufgegeben in der Voraussetzung, daß die Theodota eine Sklavin sei: darum konnte in diesem Fall, da die Voraussetzung sich als eine nicht zutreffende erwies, die durch *in solutum datio* untergegangene *obligatio* kondiziert werden.

Da jene beiden Auffassungen sich in den Justinianischen Sammlungen nebeneinander finden, so steht nach der herrschenden Ansicht die Wahl zwischen der Geltendmachung des einen oder anderen Anspruchs zu. Mit Recht bezeichnet meines Erachtens Dernburg[2] diese herrschende Ansicht als

[1] Lehrbuch der Pandekten II 1, 2. Aufl. S. 336 A. 12.
[2] Pandekten II[6] § 58 A. 7.

eine äußerliche, wenig befriedigende Vermittelung. Aber eine Erklärung für das unvermittelte Nebeneinanderstehen der grundsätzlich unvereinbaren Entscheidungen hat auch er nicht gegeben. Meines Erachtens ist darin eine von den Kompilatoren nicht ausgetilgte Konsequenz der Meinungsverschiedenheit der Prokulianer und Sabinianer zu sehen. Nach der Ansicht der Prokulianer mußte im Fall der Eviktion der *in solutum* gegebenen Sache durch einen Dritten die alte Obligation als ungeschwächt fortbestehend angesehen werden, da offenbar in diesem Fall der Klage des Gläubigers die *exceptio doli* nicht mit Grund opponiert werden konnte. Anders mußte sich die Sache nach der Ansicht der Sabinianer gestalten. Es ermangelt an jeglichem Grunde, ihnen die Auffassung zuzuschreiben, die Tilgung der alten Obligation sei bedingt dadurch, daß der Gläubiger die *in solutum* gegebene Sache behalten könne. Sie sahen durch die *in solutum datio* die Obligation einfach als getilgt an, gewährten aber dem Gläubiger wegen Eviktion eine *utilis emti actio* gegen den, welcher ihm die Sache *in solutum* gegeben. Es ist also ganz begreiflich, daß, so lange die Kontroverse bestand, die Vertreter der beiden Meinungen zu jenen unvereinbaren Entscheidungen gelangten. Auffällig wurde das Nebeneinanderbestehen derselben in den Justinianischen Rechtssammlungen erst dadurch, daß man die unmittelbaren Spuren der Kontroverse der Rechtsschulen ausmerzte. Da aber die Meinung der Sabinianer im Justinianischen Recht rezipiert ist, so kann man nach diesem im Fall der Eviktion dem Gläubiger nur eine Klage wegen Eviktion aufs Interesse zugestehen.

In Anknüpfung an die Lehre von der *in solutum datio* ist hier noch auf die Fälle hinzuweisen, in denen zwar wegen Fehlens eines civilrechtlichen Erfordernisses der *solutio* die civilrechtliche Wirkung der völligen Aufhebung der Obligation nicht platzgreifen kann, aber doch, weil irgendwie Befriedigung des Gläubigers erfolgt ist, dem Schuldner gegen weitere Klage des Gläubigers *exceptio doli* gegeben wird, also Liberation *ope exceptionis* eintritt. Hat der Schuldner ohne Weisung des Gläubigers an den Gläubiger desselben gezahlt, so fragt sich, in welcher Weise hier Befreiung eintritt. Darauf bezieht sich l. 6 D. de doli mali et met. exc. 44, 4: *Si opera creditoris acciderit, ut debitor pecuniam, quam soluturus erat, perderet, exceptione doli mali creditor removebitur. idem est et si creditori eius numeratam pecuniam ratam creditor non habeat.* Neuerlich scheint die Erklärung der Stelle den meisten Beifall zu haben, wonach sie von mittelbarer Befreiung durch Kompensation in dem Falle, daß dem Schuldner durch die Zahlung an den Gläubiger des Gläubigers eine *actio negotiorum gestorum* oder eine andere Forderung erwachsen sei, zu verstehen sein soll.[1] Indessen in der Stelle selbst wird die *exceptio doli* nicht auf Kompensation mit einer Gegenforderung gestützt, sondern stillschweigend darauf, daß dem Gläubiger die Zahlung, wenn er sie auch nicht ratihabierte, doch dadurch, daß er von seinem Gläubiger befreit ist, zu gute gekommen ist. Natürlich wird eine klagbare, fällige, durch keine Einrede entkräftete Forderung des Gläubigers vorausgesetzt. Auch unter dieser Voraussetzung mag die Entscheidung noch etwas zu allgemein lauten und mit Brinz[2] dieselbe auf die Fälle zu beschränken sein, wo billigerweise ratihabiert werden müßte. Nicht Befreiung *ope exceptionis*, sondern Befreiung *ipso iure* findet nach l. 11 § 5 D. de pign. act. 13, 7 in dem Falle statt, daß der

[1] Vgl. Vangerow, Pandekten III, § 582 A. 1. Windscheid, Pandekten II, § 342 A. 42. Dernburg, Pandekten II[6], S. 154 A. 16. [2] Pandekten II, § 290 A. 57.

Aftermieter den Mietzins, den er dem Aftervermieter schuldet, an den ersten Vermieter zahlt. Hier wird einfach angenommen, daß dies dem Willen des Aftervermieters entspreche. Dies ergiebt sich daraus, daß im Anfange des § 5 von Fällen die Rede ist, in welchen mit Willen des Gläubigers an einen anderen, als ihn, gezahlt ist, und daran die Erörterung als eine bloße Folgerung mit den Worten *(unde si domum conduxeris* u. s. w.) angeknüpft wird. Diese Einwilligung konnte aber angenommen werden, da auch die *invecta et illata* des Aftermieters bis zum Betrage seiner Schuld gegenüber dem Aftervermieter dem ersten Vermieter als Pfand haften.

Hat der Schuldner eines Pupillen auf dessen Geheiß ohne *auctoritas* des Tutor das geschuldete Geld dem Gläubiger des Pupillen gezahlt, so bleibt er zwar *(ipso iure)* dem Pupillen obligiert, aber er kann sich gegen die Klage desselben, da er ihn von seinem Gläubiger befreit, ihn also bereichert hat, durch *exceptio (doli)* schützen (l. 66 D. de sol. et lib. 46, 3). Hat der Schuldner eines Pupillen demselben ohne *auctoritas* des Tutor die Schuld bezahlt, so kann er, wenn der Pupill durch die Zahlung noch bereichert ist, die Klage desselben durch *exceptio doli* zurückschlagen, — *idemque et in ceteris dicendum, quibus non recte solvitur* (l. 4 § 4 D. de doli mali exc. 44, 4; vgl. auch § 2 I quibus alienare 2, 8). So mag noch in anderen Fällen, in welchen durch eine den strengen civilrechtlichen Erfordernissen nicht entsprechende Zahlung doch Befreiung, *liberatio* des Schuldners, bewirkt wird, diese Befreiung nur *ope exceptionis* stattgefunden haben, wenngleich das in den Quellen nicht immer noch erkennbar ist.[1]

3. Novation.

§ 174. Um den Einfluß zu ermitteln, welchen das *ius honorarium* auf die Novation ausgeübt hat, muß zunächst auf eine noch dem Civilrecht angehörende Unterscheidung eingegangen werden, deren Nichtbeachtung in der Lehre von der Novation viel Verwirrung angestiftet hat, und welche, trotz der Fortschritte, welche seit Salpius gemacht sind, noch nicht reinlich durchgeführt zu sein scheint.[2] Es ist genau zu unterscheiden zwischen der Delegation und der Novation mit Personenwechsel. Für die Delegation wollen wir ausgehen von der Legaldefinition in l. 11 D. de nov. et deleg. 46, 2: *Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit.* Zunächst möge nur kurz bemerkt werden, daß in dem *reum dare reus* nicht in dem allgemeinen Sinn von Obligationssubjekt genommen werden kann. Freilich wird ein *reus stipulandi* und ein *reus promittendi* unterschieden. Daraus darf man aber keineswegs mit Danz folgern, daß, wenn *reus* ohne einen dieser Zusätze gebraucht werde, es sowohl „Schuldner" als auch „Gläubiger" heißen könne. Wird es ohne Zusatz gebraucht, so bedeutet es (von den prozessualischen Anwendungen des Wortes ist hier nicht die Rede) den Schuldner, und zwar den, welcher *suo nomine* schuldet. *Delegare* bedeutet also nach der angeführten Stelle, dem Gläubiger an seiner Stelle einen anderen

[1] Vgl. noch die von Pernice, Labeo II², S. 245 A. 3 beigebrachten Stellen.

[2] Von neuerer Litteratur führe ich hier an: Danz, Forderungsüberweisung u. s. w. Leipz. 1886. Regelsberger, in der Krit. Vierteljahresschr. N. F. Bd. IX, S. 377 ff. R. Merkel, Der römisch-rechtl. Begriff der *novatio* (Straßburger Inaugural-Dissertation) 1892. Wendt, Das allgemeine Anweisungsrecht. 1895. Danz in der Krit. Vierteljahresschr. 3. Folge Bd. I, S. 327 ff. W. von Blume, Novation, Delegation u. Schuldübertragung. 1895. Weitere Litteraturnachweise bei diesen Schriftstellern.

Schuldner geben: dem Gläubiger *vel cui iusserit.* Daß für *iusserit* das Subjekt dem vorausgehenden *creditori* zu entlehnen ist, kann nach den von Regelsberger angeführten Stellen, namentlich nach l. 10 § 6 D. mandati 17, 1: *in hoc agam, ut eum deleget mihi vel si cui alii voluero* und Cato de r. r. c. 146: *dari domino aut cui iusserit,* meines Erachtens keinem Zweifel unterliegen.

Zu eng ist diese Definition jedenfalls insofern, als man nicht bloß seinem Kreditor, also zum Zweck der Schuldtilgung, sondern auch zu anderen Zwecken, wie Schenkung u. s. w., delegieren kann. Ein charakteristisches Moment des Begriffs ist aber in dem *vice sua reum dare* zu sehen. Der Delegant giebt an seiner Statt einen Anderen zum Schuldner, womit übereinstimmt, daß in anderen auf die Delegation bezüglichen Stellen gesagt ist, daß der Delegat für *(pro)* den Deleganten dem Delegatar verspreche. Perfekt wird die Delegation dadurch, daß der Delegat nun wirklich *reus* des Delegatars wird, d. h. dadurch, daß er in Stipulationsform dem Delegatar die vom Deleganten bezeichnete Leistung verspricht. Diese Stipulation lautet schlechthin auf die Leistung. Daß diese *vice* des Deleganten dem Delegatar oder auf sein Geheiß einem Anderen versprochen wird, kommt in ihr nicht zum Ausdruck. Die Stipulation ist hier ein reines Mittel zur Vollziehung des Zweckes des Deleganten, an seiner Stelle einen *reus* zu geben, also ein Mittel für den Zweck, der zwischen ihm und dem Delegatar durch das *vice sua promittere* erreicht werden soll. Dieser Zweck wird erreicht durch eine durch die Delegationsweisung vermittelte Vermögenszuwendung. Mit Recht sagt also Brinz,[1] die Delegation in der vollen und perfekten Bedeutung sei ein Geschäft des Deleganten mit dem Delegatar, natürlich ein Geschäft zusammengesetzter Natur. Verschieden davon ist das Geschäft, welches durch das *iussu* des Deleganten erfolgende *promittere* des Delegaten zwischen diesem und dem Deleganten zustande kommt, ebenso das, welches durch das *iussu* des Delegatars geschehende Stipulieren zwischen diesem Stipulator und dem Delegatar zustande kommt. Beide Anweisungen werden, wie schon Salpius bemerkt hat, lieber mit Wendungen, wie *iubere promittere, iussu alicuius promittere, iussu alicuius stipulari* u. ä. bezeichnet. Das im Mittelpunkt dieser zusammenhängenden Rechtsvorgänge stehende Hauptgeschäft ist immer das zwischen dem Deleganten und dem Delegatar, und *delegare* im engeren technischen Sinne bedeutet nur dieses Geschäft. Der *iussus* aber des Deleganten an den Delegaten, statt seiner zu versprechen, des Delegatars an den anderen, sich statt seiner versprechen zu lassen, ist nicht prinzipaler Natur, sondern tritt nur zu dem *promittere* bezw. *stipulari* hinzu: es ist selbstverständlich, daß dem Deleganten gegenüber nur das mit seinem Willen erfolgende *promittere* des Delegaten zur Erreichung des vereinbarten Zwecks wirksam werden kann, und ebenso, daß das *stipulari* einer Leistung, welche eigentlich dem Delegatar versprochen werden sollte, nur mit dessen Willen geschehen kann.

Bei der Novationsstipulation ist von einem *vice sua reum dare* nicht die Rede: der neu eintretende Schuldner verspricht den Inhalt der *praecedens obligatio* oder einen bestimmt bezeichneten Inhalt derselben dem Stipulator zu leisten, der neu eintretende Gläubiger stipuliert ebenso den Inhalt der *praecedens obligatio* vom Promittenten. In der Novationsstipulation wird also stets auf die *praecedens obligatio* Bezug genommen, eine abstrakte Stipulation ist wohl zur

[1] Lehrbuch der Pandekten II², S. 879.

Delegation, aber nicht zur Novation fähig.[1] Es erscheint daher besser, die von THÖL und Salpius herrührenden Ausdrücke: reine und titulierte Delegation zu vermeiden. Die letztere, nicht die erstere, ist Novation. Es kommt zwar der Gebrauch des Wortes *delegare* für die einer Novationsstipulation vorhergehende Anweisung vor, so in l. 27 D. de nov. et del. 46, 2: *Emptor cum delegante venditore pecuniam ita promittit: „quidquid ex vendito dare facere oportet", novatione secuta* u. s. w. Regelmäßig wird hier wohl das Wort *iubere* gebraucht, wie von Gaius II, 38: — *sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri*; *quae dicitur novatio obligationis.* Das Hauptgeschäft ist hier immer die Novationsstipulation, sie steht im Mittelpunkt der sich möglicherweise an sie anschließenden rechtlichen Vorgänge. Sie entleert die *praecedens obligatio* ihres rechtlichen Inhalts und überträgt ihn in die durch sie begründete *obligatio.* Wenn auch nur eine der Personen, unter welchen die *praecedens obligatio* bestand, Subjekt der Novationsstipulation ist, so enthält sie für diese das kausale Moment, den Bestimmungsgrund für die neue Obligation. Dem Gläubiger wird nur versprochen, was ihm schon geschuldet wurde, der Schuldner verspricht, was er schon schuldete, aber natürlich einem neuen Stipulator nur *iussu* des bisherigen Gläubigers, der ohne seinen Willen seiner Forderung nicht verlustig gehen kann. Für den neu eintretenden Gläubiger oder Schuldner aber liegt die *causa* ihres Handelns nicht in der Novationsstipulation, sondern außerhalb derselben. Tritt ein neuer Gläubiger ein, so liegt eine durch den *iussus* des bisherigen Gläubigers vermittelte Zuwendung desselben an den neu eintretenden Gläubiger vor; tritt ein neuer Schuldner ein, so liegt eine indirekte Zuwendung desselben an den bisherigen Schuldner vor;[2] treten endlich Gläubiger und Schuldner neu ein, so treffen zwei an die Novationsstipulation sich anschließende indirekte Zuwendungen zusammen, welchen Zuwendungen die verschiedenartigsten *causae* unterliegen können. Den Mittelpunkt bildet aber immer die Novationsstipulation selbst mit ihrer Doppelwirkung der Begründung der neuen und Aufhebung der alten Obligation: stipuliert und promittiert wird nur das aus der alten Obligation Geschuldete. Bemerkt werden möge hier noch, daß der *animus novandi* beim Eintreten eines neuen Gläubigers oder Schuldners bei weitem nicht die Rolle spielt, wie wenn die Novation unter denselben Personen vor sich geht; denn beim *interventus novae personae* wird ohne weiteres der *animus novandi* angenommen. Wenn aber *eadem persona sit, a qua postea stipuler,* dann erfolgt *novatio* erst, *si quid in posteriore stipulatione novi sit,* wenn etwa eine Bedingung oder ein *dies* oder ein *sponsor* hinzugefügt oder weggelassen

[1] Das Gegenteil bekundet auch nicht l. 4 pr. D. de usuris 22, 1, denn es steht keineswegs fest, daß Papinian hier für den Fall *si emptor a venditore novandi animo ita stipulatus est* (nämlich *rem dari vacuamque possessionem tradi*) den vollen Wortlaut der Stipulation angegeben hat. Dieser kann recht wohl etwa gelautet haben: *Quam mihi ex vendito debes rem dari vacuamque possessionem tradi promittisne?* Dafür sprechen die Worte: *quia non est veri simile, plus venditorem promisisse, quam iudicio emti praestare compelleretur.* Wie könnte das als wahrscheinlich bezeichnet werden, wenn in der Novationsstipulation gar nicht auf den Kauf Bezug genommen wäre?

[2] Ich muß mich denen anschließen, welche behaupten, eine Doppelnovation, in der die Schuld des Deleganten und Delegaten zumal noviert (*novationis iure* getilgt) würde, gebe es nicht. Eine solche ist auch nicht durch l. 8 C. de novat. 8, 41 bewiesen. Hier ist nur von einer Novation der Schuld des Deleganten gegenüber dem Delegatar die Rede, die Schuld des Delegaten gegenüber dem Deleganten ist, wie durch Zahlung, getilgt.

ist. Also nur unter der Voraussetzung von *aliquid novi* in der *posterior stipulatio* wird der *animus novandi* präsumiert. Wenn die *prior obligatio* keine Stipulationsschuld war, so war wohl schon die Stipulation selbst, durch welche die aus der früheren Obligation geschuldete Leistung wieder versprochen wurde, ein genügend Neues, um den *animus novandi* zu präsumieren. Das hier auf Grund von Gai. III, 176 Dargelegte zeigt aber deutlich, daß Gaius schon das Erfordernis des *animus novandi* voraussetzt, wenn er es auch nicht ausdrücklich erwähnt.[1] Ja, nach seiner Bemerkung (III, 178), nach der Meinung der *diversae scholae auctores* nütze die Hinzufügung oder Weglassung eines *sponsor* zur Novation nichts, muß angenommen werden, daß schon früher unter Sabinianern und Prokulianern darüber verhandelt ist, unter welchen Voraussetzungen der *animus novandi* präsumiert werden könne, wobei sich die Prokulianer wieder als die strengeren, mehr der altrömischen Auffassung zuneigenden zeigten. — Für den Inhalt der Novationsstipulation kommt aber nur das aus der früheren *obligatio* selbst Geschuldete in Betracht, nicht das, was etwa bei der Klage aus derselben *officio iudicii* als Zusatz zur Kondemnation hätte hinzutreten können. Dies ist der wahre Grund, warum die bereits begründeten Folgen der *mora* bei der *prior obligatio*, wie die fälligen Verzugszinsen oder Früchte, durch die Novation aufgehoben werden. Die Verzugszinsen insbesondere waren ja nicht *in obligatione*, sondern nur *officio iudicis praestandae*. Wenn z. B. Salkowski[2] sagt, es sei gewiß, daß, falls die Stipulation auf den ganzen infolge der Mora vermehrten Inhalt der Obligation gerichtet sei *(stip.: quidquid dare facere oportet)*, auch die Verzugszinsen aus der Stipulation gefordert werden könnten, so muß ich dieser Behauptung starken Zweifel entgegensetzen. Wenn auch die *intentio* der Klagformel: *quidquid dare facere oportet* dem *iudex* die Möglichkeit gewährt, Zusätze zu dem Hauptinhalt des Anspruchs zu machen, so überläßt sie das doch seinem Ermessen, und es kann das vom *iudex* vermöge dieses *officium* noch zu dem eigentlichen Inhalt des Anspruchs Hinzugesetzte nicht etwa als ein Teil des Anspruchs bezeichnet werden, der notwendig von dem *quidquid dare facere oportet* umfaßt würde. Folglich kann das *quidquid dare facere oportet* der Novationsstipulation nicht etwa die *officio iudicis* zuzuerkennenden Verzugszinsen umfassen. Sollte die Novationsstipulation sich auch auf diese *officio iudicis* eintretenden Erweiterungen beziehen, so mußte sie etwa gefaßt sein: *in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, id dari spondesne?* (vgl. l. 54 D. locati 19, 2).

Fragen wir jetzt, welchen Einfluß das *ius honorarium* auf die Novation ausgeübt habe, so kann zunächst darauf hingewiesen werden, daß, auch wenn der Eintritt der Novation noch unentschieden war oder die Novationsstipulation nichtig war, der Klage aus der *prior obligatio* gegenüber eine *exceptio pacti conventi* oder *doli* gewährt wurde. So bezeichnet es Gaius III, 179 wenigstens als fraglich, ob, wenn bei bedingter Novation die Bedingung vereitelt sei, der Klage aus der bisherigen Obligation nicht dennoch *exceptio doli mali* oder *pacti* opponiert werden könne: *quia videtur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis extiterit conditio.* Und derselbe Gaius wirft in l. 30

[1] Man kann gewiß nicht sagen, daß das *novum* bei Gaius als formelles Requisit der Novationsstipulation erscheine (so Salkowski, Zur Lehre von d. Novation S. 179). Die Hinzufügung oder Weglassung eines *sponsor* kann doch unmöglich als ein formelles Requisit der Novationsstipulation aufgefaßt werden.

[2] A. a. O. S. 303.

§ 1 D. de pactis 2, 14 die Frage auf: ob, wenn jemand das von Titius geschuldete Geld sich von einem Sklaven (durch Novationsstipulation) habe versprechen lassen und das Geld von Titius einklage, er durch *exceptio pacti* zurückgeschlagen werden könne und müsse? Er berichtet darauf die Ansicht Julian's, wonach unterschieden werden muß und in einem gewissen Fall die *exceptio* allerdings gewährt werden soll. Die von Gaius aufgeworfenen Fragen zeigen jedenfalls wieder, daß man zu seiner Zeit schon bei der Novationsstipulation das, was unter den Parteien *actum erat,* ins Auge faßte, insbesondere vom Standpunkt des prätorischen Rechts aus.

Eine bedeutende Erweiterung hat infolge der Ausbildung des *ius honorarium* das Gebiet der Novation auch dadurch erfahren, daß nun auch die *honorariae obligationes* durch Stipulation noviert werden konnten. Insbesondere aber zeigt sich der Einfluß des *ius honorarium* bei der Frage, ob die der *praecedens actio* entgegenstehenden Exceptionen auch der Klage aus der *nova obligatio* entgegengesetzt werden können. Hier erweist sich der Unterschied zwischen Delegation und Novation als wirksam. Wenn jemand von seinem Gläubiger dessen Gläubiger als Schuldner delegiert ist und diesem durch abstrakte Stipulation das, worauf er delegiert ist, versprochen hat, so kann er eine *exceptio*, welche ihm gegen die Forderung des Deleganten zustand, nicht der Klage des neuen Gläubigers aus der Stipulation opponieren; noch weniger eine Einrede, welche dem Deleganten gegen die Forderung des Delegatar zustand. Die Delegationsstipulation ist ja nur ein Mittel, um einerseits eine zwischen Deleganten und Delegatar, andererseits eine zwischen Delegaten und Deleganten vereinbarte *causa* zur Vollziehung zu bringen. Zwischen dem Delegatar und dem Delegaten ist gar keine *causa* vereinbart, für sie ist die unter jenen vereinbarte *causa* eine *res inter alios*, aus Mängeln jener Geschäfte kann daher kein Einwand des Delegaten gegen die Klage des Delegatar hergeleitet werden. Dieser Gedanke soll zum Ausdruck gebracht werden, wenn es in den Quellen von der Klage des *stipulator* gegen den Promittenten heißt: *suum recepit, suum petit, debitum persequitur, suum negotium gerit.*

Anders steht es bei der Klage aus einer Novationsstipulation. Hat jemand irrtümlich, was er nicht schuldete, *iussu* seines vermeintlichen Gläubigers einem Anderen, etwa dessen Gläubiger, versprochen, so wird ihm gegen die Klage aus der Novationsstipulation von Julian und im Anschluß an diesen von Ulpian eine *exceptio doli* zugestanden, wie sie ihm, falls er dem vermeintlichen Gläubiger selbst promittiert hätte, der Klage dieses gegenüber gegeben sein würde. Auch wird ihm gegen den *stipulator* eine Liberationskondiktion zugestanden.[1] Ganz anders entscheidet derselbe Ulpian, falls jemand seinem Gläubiger seinen vermeintlichen Schuldner delegiert, dieser also durch abstrakte Stipulation jenem Gläubiger promittiert hat. Hier soll dem Delegaten gegen die Klage des Delegatar keine *exceptio,* sondern nur eine *condictio* gegen den Deleganten zustehen.[2] Gerade die Verschiedenheit der Entscheidung seitens desselben Juristen beweist aber auch, daß in den in A. 1 S. 1387 citierten Stellen an eine Novationsstipulation gedacht ist. Ein gleicher Unterschied zwischen Delegationsstipulation und Novationsstipulation wird gemacht bei der Besprechung des auf die *lex Iulia et Papia* sich gründenden Rechtssatzes, wonach der *libertus,*

[1] L. 7 pr. § 1 D. de exc. doli 44, 4; l. 2 §§ 3, 4 D. de donat. 39, 5.
[2] L. 18 D. de nov. et deleg. 46, 2.

welcher zwei Söhne in seiner Gewalt *vel diversis temporibus habuit*, von der *operarum obligatio* befreit wird. Nun wird in l. 37 § 4 D. de op. lib. 48, 1 entschieden, daß, wenn der Patron (von Anfang an) den *libertus* seinem Gläubiger delegiert habe, der *libertus* von seiner Verpflichtung nicht befreit werde; *solutionis enim vicem continet haec delegatio.* Wenn aber der *libertus in id, quod patrono promisit, alii postea delegatus sit*, so könne man Befreiung annehmen, d. h. der *libertus* könne sich auch gegenüber dem neuen Gläubiger auf seine Befreiung berufen. Hier ist an eine Novationsstipulation gedacht.[1]

Auch bezüglich der Einwendung, daß die *condemnatio* nur *in quantum facere potest debitor* gehen dürfe, wird eine verschiedene Entscheidung gegeben, je nachdem es sich um eine Klage aus einer Delegationsstipulation oder aus einer Novationsstipulation handelt Ersterenfalls wird in l. 41 pr. D. de re iud. 42, 1 gesagt, daß der Delegat dem Stipulator *in solidum* zu kondemnieren sei, wenn er auch der Klage des Deleganten gegenüber das *beneficium competentiae* geltend machen konnte. In l. 32 D. soluto matr. 24, 3 ist dem früheren Mann, der als Schuldner der Frau dem späteren Mann *dotis nomine dotem* versprochen hat, der Klage desselben gegenüber die Kompetenzeinrede zugestanden. Nach der Fassung der Stelle kann kein Zweifel darüber bestehen, daß hier an eine Novationsstipulation gedacht ist.[2]

4. Das *pactum de non petendo.*

§ 175. In dem Digestentitel de pactis II, 14 findet sich in l. 7 § 7 folgendes Edikt überliefert: *Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatusconsulta (decreta) edicta principum, neque quo fraus eis eorum fiat facta erunt, servabo.* Diese Bestimmung fand sich im Hadrianischen Edikt unter der Rubrik: *de pactis et conventionibus.* Das ergiebt sich einmal aus der in der Consult. 4, 3 überlieferten Rubrik: *Paulus sent. lib. I tit. de pact. et conventionibus vel transactionibus*, sodann aus den Kommentaren Ulpian's und Paulus', in welchen die Rubrik gesondert behandelt und dabei das Wort *conventio* ausführlich erklärt wird.[3] Für die Feststellung des Sinnes jener Edikts-bestimmung ist es von Wichtigkeit, womöglich genau die Stelle zu ermitteln, welche dieselbe im Hadrianischen Edikt einnahm. In dem Kodex Gregorianus, dem Theodosianus, dem Justinianischen Kodex, den Digesten steht der Titel *de pactis* an späterer Stelle, als der Titel *de in ius vocando.* In den Edikts-

[1] Vgl. Wendt, a. a. O. S. 201.

[2] Der strenge Satz, daß der Klage aus der Delegationsstipulation gegenüber keine Exceptionen, welche dem Delegaten gegen den Deleganten zustanden, opponiert werden können, erleidet eine gewisse Milderung in dem in l. 9 § 1 D. de cond. causa data 12, 4 besprochenen Fall. Wenn nämlich jemand irrtümlich eine *indebita pecunia* auf Delegation der Frau ihrem Manne versprochen hat, so ist ihm zwar der Regel gemäß gegenüber der Klage des Mannes die *exceptio doli* versagt; wenn der Mann aber erst *soluto matrimonio* klagt, so soll doch die *exceptio doli* gegen ihn soweit begründet sein, als die Frau die *dos* zurückverlangen könnte. Dies ist eine Milderung, die sich wohl aus dem *favor dotis* erklärt. Müßte der Delegat auch in diesem Fall dem Manne voll zahlen, so könnte er von der Frau den ganzen gezahlten Betrag *repetere*, und die Frau müßte nun erst von dem von ihr geschiedenen Manne einklagen, was ihr von der *dos* gebührt. Dies wird ihr dadurch erspart, daß dem Promittenten die *exceptio* in dem bezeichneten Umfange gewährt wird. Die Stelle spielt übrigens eine Rolle in der Frage von der minuierenden Kraft der *exceptio.* Vgl. Pernice, Labeo II², S. 302.

[3] Vgl. Lenel, Edictum S. 53 A. 4.

kommentaren aber ging der Titel *de pactis et conventionibus* dem über die *in ius vocatio* voraus, wie sich daraus ergiebt, daß nach den in die Digesten aufgenommenen Fragmenten der Kommentare die über die *pacta conventa* aus dem 4. Buch des Ulpianischen und dem 3. Buch des Paulinischen Kommentars entlehnt sind, während die Fragmente über die *in ius vocatio* dem 5. Buch von Ulpian's bezw. dem 4. Buch von Paulus' Kommentar angehören. Folgt man der Anordnung der Kommentare, so muß man mit unseren Bearbeitern des Edikts den Ediktstitel *de pactis et conventionibus* dem *de in ius vocando* voranstellen. Das ist meines Erachtens verfehlt. Die Rechtssammlungen haben hier an der alten Anordnung des Edikts festgehalten, indem sie den Titel *de pactis* an spätere Stelle setzen, als den *de in ius vocando*. Die Juristen in den Kommentaren haben nicht unabsichtlich (aus welchem Grunde, wird demnächst anzugeben sein) eine Umstellung vorgenommen. Indem das Hadrianische Edikt dem Titel *de pactis* seine Stelle hinter dem *de in ius vocando* anwies, folgte es gewiß nur den älteren Edikten, welche dabei die Bedeutung festhielten, welche das *pactum* schon nach altem Civilrecht (auf Grund der XII Tafelgesetzgebung) hatte. L. 22 § 1 D. de in ius vocando 2, 4: *Qui in ius vocatus est, duobus casibus dimittendus est: si quis eius personam defendet, et si, dum in ius venitur, de re transactum fuerit.* Aus dieser Stellung des Titels *de pactis* ist aber zu entnehmen, daß nach der alten Auffassung das *pactum* eine noch engere Beziehung zum Prozeß hatte, als später: es setzte den durch *in ius vocatio* oder durch Eingehung eines *vadimonium* bereits begonnenen Prozeß voraus und verhinderte den weiteren Fortgang desselben. Auch sachlich war das *pactum* noch mehr das, worauf die Wortbedeutung hinweist: ein sich Vertragen, ein Friedensschluß, oder, wie Rudorff sagt: ein Sühnevertrag.[1] Diese ursprüngliche Bedeutung muß bei der Erklärung der Ediktsbestimmung festgehalten werden.[2] Nur an Verträge, wodurch ein Klaganspruch nachgelassen werden soll, ist gedacht. Legt man die Erklärung des Wortes zu Grunde, welche Ulpian in l. 1 § 1 D. h. t. giebt, wonach darunter alle möglichen Vereinbarungen fallen, so bringt man keinen erträglichen Sinn der Bestimmung heraus. Auch legen die Kommentatoren selbst jene Erklärung der Auslegung des erst in l. 7 § 7 D. h. t. angeführten Edikts nicht zu Grunde, nur bei der Interpretation der Rubrik bringen sie dieselbe zur Anwendung und knüpfen daran die Besprechung der verschiedenen Arten der *conventiones*. Die Verfasser des Edikts selbst aber können auch in der Rubrik das Wort nicht in einem weiteren und unbestimmteren Sinn genommen haben, als in der Bestimmung, denn es fand sich, soviel wir wissen, unter der Rubrik keine weitere Klausel, als die hier in Frage stehende. Warum wurde aber in den Kommentaren der Titel *de pactis et conventionibus* dem *de in ius vocando* vorangestellt? Es geschah dies, um das *pactum de non petendo* aus der prozessualischen Verbindung mit der *in ius vocatio* loszulösen. Das vor jeder

[1] Zeitschrift f. Rechtsgesch. IV, S. 32. Vgl. auch Ihering, Geist des römisch. Rechts I, § 11a A. 45 und die anderen bei Lenel, Edictum S. 24 A. 1 Citierten.

[2] In *pactum conventum* ist *conventum* nicht etwa adjektivisch zu nehmen (wie z. B. Sallust. Jug. 120: *pacem conventam*), sondern es liegt ein Asyndeton vor, wie klar daraus hervorgeht, daß zuweilen auch die *copula* gesetzt wird, z. B. Cic. pro Caec. 18 ad Att. 6, 3. Ganz synonym mit *pactum* war *conventum* in dieser Verbindung nicht. *Conventionis verbum generale est*, es sollte dadurch wohl darauf hingedeutet werden, daß die Übereinkunft in jeder beliebigen Form, auch *tacite* zustande kommen könne.

Prozeßeröffnung abgeschlossene *pactum de non petendo* hatte wohl seit lange schon dieselbe Kraft, wie das erst nach der *in ius vocatio* abgeschlossene. Es sollte durch die Loslösung die materielle Bedeutung des *pactum de non petendo* mehr hervorgehoben werden, wonach es die Vereinbarung ist, daß der betreffende Anspruch durch Klage u. s. w. überhaupt nicht oder binnen einer bestimmten Frist nicht geltend gemacht werden solle.

Das Edikt in der dargelegten ursprünglichen Bedeutung darf man als ein sehr altes betrachten. Es handelte sich dabei ja nur um die Übertragung eines bis auf die XII Tafeln zurückgehenden Satzes in das *ius honorarium*. Bei Cicero finden sich mehrfach Erwähnungen der *pacta conventa*, von denen die de off. 3, 24, 92: *Pacta et promissa — —, quae nec vi nec dolo malo (ut praetores solent) facta sint* am deutlichsten auf unser Edikt anspielt. Der ursprüngliche Bestand hat im Laufe der Zeiten Veränderungen erfahren, die Erwähnung der *senatusconsulta, decreta, edicta principum* kann natürlich erst in der Kaiserzeit hineingebracht sein. Alt, wenn nicht ursprünglich, wird der Zusatz: *quae non dolo malo facta erunt* sein. Schon Labeo kannte ihn, wie l. 7 § 10 D. h. t. zeigt.

Der Prätor erklärt: *pacta conventa — servabo.* Durch welches Mittel er sie aufrecht erhalten will, ist im Edikt selbst nicht gesagt, wenngleich der Sinn des *pactum*, um welches es sich hier handelt, schon darauf hinweist, daß es sich hier nicht um einen Schutz durch Klage handelt. Immerhin ist es schwer glaublich, daß der Prätor sich mit dem *servabo* begnügt und die Art des Schutzes sich stillschweigend für den einzelnen Fall vorbehalten habe. Wenn dies seine Absicht gewesen wäre, würde er es wohl klar ausgesprochen haben. Mit dem *servabo* konnte er sich aber begnügen, wenn sich an dies Edikt die Proponierung einer ständigen *exceptio* anknüpfte. Unsere Ediktsbearbeiter nehmen nun aber an, nicht hier, sondern unter der Rubrik: *si quis vadimonio non obtemperaverit* sei die *exceptio pacti conventi* als ständige proponiert, obwohl aus den dafür angeführten Stellen doch höchstens das hervorgeht, daß der Klage aus dem *vadimonium* die *exceptio pacti* opponiert werden konnte. Diesen Fall ausgenommen, sagt Rudorff, war die Exception nicht ständig, sondern wurde im einzelnen Fall speziell konzipiert. Indessen die von Gai. IV. 119: — *item si dicat contra pactionem pecuniam peti, ista concipitur exceptio: si inter A. Agerium et N. Negidium non convenit ne ea pecunia peteretur* mitgeteilte *exceptio* macht weder den Eindruck, daß sie nur der Klage aus dem *vadimonium* opponiert werden konnte, noch den, daß sie eine nicht ständige sei. Man wird doch wohl annehmen müssen, daß sie im Anschluß an unsere Ediktsbestimmung unter dem Titel *de pactis et conventionibus* proponiert war. Für eine ständige *exceptio pacti* spricht auch, daß in l. 9 C. de transact. 2, 4 einer *in rem actio* gegenüber eine *utilis exceptio* erwähnt wird: — *praecipue cum, etiamsi in rem diversae pacti actio competeret, huiusmodi pactione propter utilem exceptionem posset submoveri.* Die in l. 2 pr. D. si quis cautionibus 2, 11 erwähnte *exceptio* gegenüber der Klage aus dem *vadimonium* ist nicht die gewöhnliche *exceptio pacti:* sie setzt, wie das *pactum* in dem ursprünglichen früher besprochenen Sinne, voraus, daß bereits *in ius vocatio* erfolgt oder ein *vadimonium* eingegangen war. Nach der Stelle soll, wenn erst *postea transactum sit, quam sisti oporteret*, streng genommen nur *exceptio doli* gegen die Klage aus dem *vadimonium* gegeben werden, und nur zögernd wird es als möglich hingestellt, daß auch dann noch die *exceptio transacti negotii* stattfinden könne: *cum etiam transacti negotii exceptionem putaverit quis nocere.*

Von der *exceptio pacti* in ihrer gewöhnlichen Fassung ist hier wohl gar nicht die Rede. Der Begriff der *transactio* gehört wohl erst einer vorgeschrittenen Jurisprudenz an. Sofern er ein Aufgeben eines Rechts enthielt, wurde er ursprünglich unter das *pactum* im alten Sinne subsumiert. Man fing an zu unterscheiden, als man das *pactum* aus der engeren Verbindung mit dem Prozeß löste und die *causae* der Vermögenszuwendungen schärfer zu unterscheiden begann. Seitdem konnte man von der von einem bereits eröffneten Prozeß unabhängigen *exceptio pacti conventi* eine *exceptio transacti negotii* unterscheiden. Ob aber dieselbe im Edikt einen Ausdruck gefunden, steht ganz dahin, und ist wohl eher zu verneinen. In den Rubriken der älteren Rechtssammlungen erscheinen die *transactiones* noch in Verbindung mit den *pacta et conventiones,* so im Hermogenianus und Theodosianus Kodex, ja sogar noch in Pauli sententiae, während in den justinianischen Rechtsbüchern der Titel *de transactionibus* von dem *de pactis* gesondert ist.

Auf die dogmatischen Einzelnheiten des *pactum de non petendo* einzugehen, würde die Grenzen unserer Aufgabe überschreiten. Nur ein Punkt, welcher ein besonderes historisches Interesse bietet, ist hier noch zu erwägen: das Verhältnis der *exceptio pacti* zur *exceptio doli.*

Man nimmt in neuerer Zeit mehrfach an, erst die späteren römischen Juristen stellten für den Fall eines *pactum de non petendo* beide Einreden, die *exceptio pacti* und die *exceptio doli*, zur Auswahl. Gegen diese Gleichstellung, welche erst Ulpian zu rechtfertigen suche, spreche die von ihm selbst berichtete herrschende Meinung, daß die *exceptio doli* hinter der *exceptio pacti* zurückstehe. Auch die subsidiäre Heranziehung der *exceptio doli* habe allgemein wohl erst Julian durchgesetzt.[1] Dem kann ich mich nicht unbedingt anschließen. In l. 10 § 2 D. de pact. 2, 14 sagt Ulpian: *Plerumque solemus dicere doli exceptionem subsidium esse pacti exceptionis: quosdam denique, qui exceptione pacti uti non possunt, doli exceptione usuros et Iulianus scribit et alii plerique consentiunt. ut puta si procurator meus paciscatur, exceptio doli mihi proderit, ut Trebatio videtur, qui putat, sicut pactum procuratoris mihi nocet, ita et prodesse.* Wenn hier die *exceptio doli* als ein *subsidium pacti exceptionis* bezeichnet wird, so ist damit doch gar nicht gesagt, daß sie hinter der *pacti exceptio* zurückstehe. Dieser Ausspruch schließt nicht aus, daß die *doli exceptio* neben der *pacti* zur Auswahl steht; er zeigt nur, daß sie auch zur Aushilfe benutzt werden kann in Fällen, in welchen die *pacti exceptio* nicht platzgreift. Es steht deshalb auch nichts entgegen, die in l. 4 pr. D. de serv. 8, 1 erwähnte Zustimmung des Cassius und Sabinus auf beide dort erwähnte Einreden *(sed tamen si haec adiiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti: idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit et sibi placere)* zu beziehen. Die ältere Jurisprudenz mag geneigter gewesen sein, in Fällen, in denen *pacti exceptio* anwendbar, derselben als der spezielleren und gerade für solche Fälle berechneten den Vorzug zu geben vor der generellen *doli exceptio.* Daß sie die letztere aber da, wo die *pacti exceptio* zulässig war, ausgeschlossen habe, läßt sich nicht nachweisen. Für die subsidiäre Anwendung der *exceptio doli* bot sich insbesondere Gelegenheit, wenn das *pactum de non petendo* zu Gunsten eines Dritten abgeschlossen war: die *pacti exceptio* konnte dem Dritten aus diesem Vertrage nicht zustehen, wohl aber die *doli exceptio.*

[1] Pernice, Labeo II², S. 241 ff. Krüger, Beiträge z. Lehre von der *exceptio doli* S. 93 ff.

5. Kompensation.

§ 176. Auf die Entwickelung der Kompensation hat die prätorische Jurisdiktion einen verschiedenartigen Einfluß geübt. Neben dem *cum compensatione agere* des *argentarius* kam das *cum deductione agere* des *bonorum emptor* auf, nach Gai. IV, 65: *Item bonorum emptor cum deductione agere iubetur.* Bei dem „*iubetur*" schwebt dem Gaius wohl eine Ediktsbestimmung vor. Das Charakteristische des *cum deductione agere* des *bonorum emptor* läßt sich am besten durch eine Vergleichung mit dem *cum compensatione agere* des *argentarius* zeigen, wie dies schon Gaius erkannt hat.

Der *argentarius* steht mit seinem Geschäftsfreund in einem Abrechnungsverhältnis, welches die einzelnen demselben angehörigen Forderungs- und Schuldposten, das Kredit und Debet, schon bevor die wirkliche Abrechnung geschehen ist, in Beziehung zu einander bringt: diese einzelnen Posten sind zur Abrechnung bestimmt, auch wenn sie aus ganz verschiedenen Entstehungsgründen herrühren. Nicht den einzelnen Kreditposten kann der *argentarius* als ein *dare oportere* seines Geschäftsfreundes mit einer *actio* geltend machen: nur bezüglich des nach Abzug sämtlicher der *ratio* angehörenden Forderungsposten des Geschäftsfreundes von des *argentarius* Forderungsposten verbleibenden Saldo kann ein *dare oportere* des ersteren behauptet und geltend gemacht werden. Der einzelne Schuldposten erscheint zwar als ein *debere* innerhalb der *ratio*, ist aber nicht für sich einklagbar.[1] Das ist der innere Grund, aus welchem *compensationis ratio in intentione ponitur*, die Abrechnung muß vom Kläger selbst in dem das Recht desselben aussprechenden Formelteil geschehen. Die *intentio* muß dieses Recht als durch die Abrechnung gemindert darstellen. Anders liegt das Verhältnis beim *cum deductione agere* des *bonorum emptor*. Vor dem Konkurse steht die Forderung des Gläubigers mit seiner Schuld gegenüber dem zukünftigen Kridar in gar keinem Zusammenhange. Dies ändert sich mit dem Eintritt der *bonorum venditio*. Der *bonorum emtor* kann die Forderungen des Kridars gegen dessen Schuldner geltend machen. Hat aber ein solcher Schuldner auch eine Forderung gegen den Kridar, so ist es nicht gerecht, daß der *bonorum emptor* die Forderung gegen ihn zu ihrem vollen Betrage geltend macht, gerecht vielmehr, daß er sie nur bis zu dem Betrag geltend macht, welcher nach Abzug des vollen Betrags der Forderung des Schuldners gegen den Kridar verbleibt, auch wenn dieser klagweise seine Forderung gegen den *bonorum emptor* nur bis zu dem versprochenen Prozentsatze verfolgen könnte.[2] Nur um eine Beschränkung der Geltendmachung des Rechts handelt es sich hier, welche in dem auf die Geltendmachung des Rechts sich beziehenden Formelteil, in der *condemnatio*, zum Ausdruck kommt. Nicht der Kläger selbst nimmt die Abrechnung vor, sondern der *iudex* wird angewiesen, den Abzug vorzunehmen *(i. e. ut in hoc solum adversarius eius condemnetur quod superest, deducto eo quod invicem ei bonorum emptor defraudatoris nomine debet)*. Ein *cum compensatione*

[1] Ganz unrichtig wollte daher Scheurl, Beiträge Bd. I, S. 272, Gai IV, 64 emendieren: *si paret Titium sibi X millia amplius quam ipsum Titio dare oportere.*

[2] Treffend sagt Dernburg, Pandekten II[5], S. 179: Der Gläubiger des Gemeinschuldners, welcher zugleich sein Schuldner war, hat eine natürliche Deckung für seine Forderung in seiner Schuld. Es entspricht daher der Billigkeit, daß er das Geschuldete nicht zum Nutzen Aller in die Konkursmasse zahlen muß, sondern auf seine Forderung aufrechnen, also gleichsam von der Masse aussondern darf.

agere, wie dem *argentarius*, hätte dem *bonorum emptor* nicht zugemutet werden können, auch wenn die Forderung des Kridars und die seines Schuldners auf eine Quantität ganz gleichartiger Fungibilien gerichtet gewesen wären, deshalb nicht, weil eine ähnliche Beziehung, wie zwischen den Forderungen des *argentarius* und seines Geschäftsfreundes, hier gar nicht bestand. Daß die *deductio ad condemnationem ponitur*, hatte Konsequenzen, welche diese prozessualische Gestaltung der Abrechnung hier auch praktisch annehmbarer machten, als ein *cum compensatione agere*. Aber man darf nicht annehmen, daß nur dieser praktischen Konsequenzen halber das *cum deductione agere* eingeführt wäre. Die eigentümliche prozessualische Gestalt des *cum deductione agere* ergiebt sich daraus, daß hier doch nur von einer Beschränkung der Geltendmachung des Forderungsrechts des Kridars bezw. *bonorum emptor*, nicht von einer Minderung des Rechts selbst, die Rede sein konnte. Jene Konsequenzen sind aber folgende. Nicht bloß Forderungen gleichartiger Fungibilien, sondern auch ungleichartige Forderungen können zur Deduktion benutzt werden, denn gemäß der Anweisung in der *condemnatio* werden Inhalt der Forderung und Gegenforderung vom *iudex* zu Geld abgeschätzt und so zur Aufrechnung reif gemacht. Ferner kann auch eine noch nicht fällige Forderung des Beklagten zur Deduktion verwandt werden, denn der *iudex* kann durch Berechnung des *interusurium* die noch nicht fällige Forderung auf ihren gegenwärtigen Wert reduzieren. Was die Formulierung der *condemnatio* bei dem *cum deductione agere* betrifft, so wissen wir aus Gai. IV, 68, daß der *bonorum emptor, licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit.* Machte der *bonorum emptor* eine Forderung etwa von Wein oder Getreide geltend, so war ja an sich schon die *condemnatio* vermöge des einzufügenden *quanti ea res erit* eine *incerta*. Aber auch wenn sie auf eine *certa pecunia* lautete, die *in deductionem* zu bringende Gegenforderung aber auf Wein oder Getreide ging, so lautete, wie Gai. IV, 66 bezeugt, der zur *deductio* ermächtigende Zusatz auf *deducto (eo?) quanti id erit*, und nahm dadurch die *condemnatio* den Charakter einer *incerta* an. Zweifeln könnte man nur für den Fall, daß die Forderung des Beklagten auch auf eine *certa pecunia* ging. Dies führt auf die bestrittene Frage, ob die zur Deduktion zu bringende Forderung in der *condemnatio* speziell zu bezeichnen war. Meines Erachtens ist dies zu verneinen. Der Zusatz in der *condemnatio* sollte nur ermöglichen, daß *in iudicio* vom Beklagten Forderungen gegen den *defraudator* zum Zwecke der *deductio* vorgebracht werden konnten, über welche der *iudex* zu erkennen, welche er zu Geld abzuschätzen und in Abzug zu bringen hatte. Der Beklagte brauchte *in iure* nur vorzubringen, daß er eine Forderung zur *deductio* bringen wolle, er brauchte dieselbe aber noch nicht anzugeben, da die *deductio* einen Zusatz des klägerischen Bestandteils der Formel bildete, von dem Kläger konnte man aber nicht verlangen, daß er diese Forderung bezw. deren Betrag kenne. Auch wenn solche Forderung des Beklagten auf eine *certa pecunia* ging, mußte doch der auf die *deductio* bezügliche Passus unbestimmt lauten: *deducto eo, quod invicem N° N° Aus Aus defraudatoris nomine debet*, und so konnte Gaius schlechthin behaupten, daß der *bonorum emptor incerti condemnationem concipit.* Das Gesagte zeigt zugleich, daß der Kläger nicht etwa durch zu geringen Abzug sich einer *plus petitio* schuldig machen konnte, denn er gab überhaupt keinen Betrag des Abzuziehenden in der *condemnatio* an. Zu bemerken ist noch, daß, wenn der vom *bonorum emptor* zu belangende Schuldner *in iure* angab, daß er seinerseits eine Forderung gegen den *defraudator* zur Deduktion bringen wolle, ohne

Zweifel dem *bonorum emptor* nur *cum deductione* zu klagen gestattet wurde. Das weitere Eingreifen der prätorischen Jurisdiktion in die Entwickelung der Kompensation läßt sich nicht wohl darstellen, ohne die Entwickelung derselben in der Kaiserzeit überhaupt ins Auge zu fassen. Vor allem ist hier zu fragen, ob das *cum compensatione agere*, zu welchem nach Gaius der *argentarius* gezwungen wurde, eine weitere Ausdehnung erfahren hat? Vor allem kommt hier in Betracht die bekannte Stelle des Paul. II, 5, 3: *Compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur: velut si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum aut cetera huiusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes; si totum petas, plus petendo causa cadis.*

Die Stelle spricht so allgemein, daß unmöglich bloß an die Klage eines *argentarius* gegen seinen Geschäftsfreund gedacht sein kann. Eher kann man nach diesem allgemeinen Wortlaut an die Kompensation im *stricti iuris iudicium* überhaupt denken. Aber auch dagegen spricht schweres Bedenken. Die Stelle spricht vom *cum compensatione agere* in dem aus Gaius bekannten technischen Sinne. Wenn der Kläger *totum petit*, also mehr, als ihm *compensatione facta* zukommt, einklagt, so soll er *plus petendo causa cadere*. Wie kann man dem Kläger eine solche Kenntnis jeder vom Beklagten behaupteten Forderung auf eine Quantität gleichartiger fungibler Sachen bezw. von deren genauem Betrag zumuten, so daß er, wenn er einen *nummus* mehr, als ihm zukommt, verlangt, wegen *pluspetitio causa cadere* soll. Was im Fall des *argentarius* Sinn hat, würde hier zur schreienden Ungerechtigkeit. Das macht die Vermutung unabweisbar, daß der Schein einer solchen Allgemeinheit des Ausspruches des Paulus durch irgend welche Verkürzung im Breviarium entstanden ist. Und für eine solche Beschränkung des Anwendungsgebiets des Ausspruches spricht denn auch die *Interpretatio*, welche man bei der Erklärung der Stelle bisher nicht berücksichtigt hat. Die westgothische *Interpretatio* zur Stelle lautet (Haenel p. 358): *Si quis debeat alicui solidos decem, et illi, qui debet, de quacunque ratione debeantur a creditore suo solidi quinque, et veniat creditor, et totos decem solidos a debitore petat, si probaverit ille debitor, sibi ab eo quinque solidos deberi, quare illum in solidum pro totis decem solidis convenit, causam perdit, qui noluit debitum compensare.*

Die Stelle setzt also voraus, daß die vom Gläubiger geltend gemachte Forderung einem Abrechnungsverhältnis, einer *ratio*, angehört, in welchem er mit dem Beklagten stand, und in demselben nur einen einzelnen Posten ausmacht. Hier soll er, dem Sinne eines solchen Abrechnungsverhältnisses entsprechend, nach der Stelle *cum compensatione agere*. Nicht bloß unter Bankiers und Privatleuten, sondern auch unter Privatleuten, welche nicht gewerbsmäßig Geldgeschäfte betrieben, müssen verabredungsmäßig solche Abrechnungsverhältnisse vorgekommen sein. Ein solches Abrechnungsverhältnis charakterisiert Labeo nach l. 6 § 3 D. de edendo 2, 13 folgendermaßen: *rationem autem esse Labeo ait ultro citro dandi accipiendi, credendi, obligandi solvendi sui causa negotiationem: nec ullam rationem nuda duntaxat solutione debiti incipere.* Die *negotiatio* bezieht sich nicht auf den einzelnen Zahlungsakt, sondern es ist die Verabredung, in einem laufenden Rechnungsverhältnis miteinander zu stehen. Durch die einzelne Zahlung bezw. den Empfang wird ein Forderungs- bezw. Schuldposten des Einen bezw. Anderen in dem laufenden Rechnungsverhältnis begründet. Es geschehen demnach die einzelnen Zahlungen bezw. Empfänge im allgemeinen *credendi* oder *se obligandi causa*, nicht *solvendi causa*, und namentlich kann dies

Rechnungsverhältnis nicht *nuda duntaxat solutione debiti* beginnen, wodurch nicht ausgeschlossen ist, daß im Verlauf desselben eine Einzahlung einmal direkt *solvendi causa* gemacht wird. Es mußte sich nun notwendig den römischen Juristen der Gedanke aufdrängen, ob nicht, wenn aus einem Kontrakt, der einem solchen laufenden Rechnungsverhältnis unter Privaten angehörte, geklagt werden sollte, der Kläger zum *cum compensatione agere* angehalten werden könne. Der unter den Parteien stattfindenden *negotiatio* entsprach das gewiß. Ein Unterschied zwischen dem *argentarius* und gewöhnlichen Privaten bestand allerdings immer darin, daß beim *argentarius* gewiß präsumiert wurde, er klage auf Grund eines Kontokorrentverhältnisses, beim Privaten dagegen eine solche Vermutung nicht Platz griff. Während also der *argentarius* seinerseits klar zu stellen hatte, seine Forderung rühre nicht aus einem Kontokorrentverhältnis her, mußte umgekehrt dem gewöhnlichen Privaten vom zu Belangenden nachgewiesen werden, daß seine Forderung nur einen Posten in einem laufenden Rechnungsverhältnis bilde. Die Stelle des Paulus spricht nicht bloß von dem *compensare*, sondern auch von dem *deducere: compensare vel deducere debes.* Von Paulus ist gewiß wie *compensare*, so *deducere* in dem alten technischen Sinne des *cum deductione agere* (im Gegensatz des *cum compensatione agere*) genommen. Der Jurist läßt dem Klagberechtigten die Wahl zwischen dem *cum compensatione agere* und dem *cum deductione agere*, will also bei Klagen aus laufenden Rechnungsverhältnissen zwischen Privaten nicht den strengen Zwang zum *cum compensatione agere*, wie gegenüber dem *argentarius*, ausgeübt wissen, wohl um dem Privaten die Möglichkeit zu gewähren, ohne Gefahr der *pluspetitio* zu klagen. Versteht sich aber der Private weder zum *cum compensatione agere* noch zum *cum deductione agere*, sondern verlangt ohne irgend welche Abrechnung den ganzen Betrag seiner Forderung, so verfällt er den Folgen der *pluspetitio.* Allmählich scheint sich die Ausdehnung des *cum compensatione agere* auf Klagen aus solchen laufenden Rechnungen unter Privaten bei den römischen Juristen und in der Praxis Bahn gebrochen zu haben. Darauf deuten auch, trotz der Ausmerzungen durch die Kompilatoren, noch Spuren in den Rechtsbüchern hin. Schon Labeo scheint nach l. 13 D. de comp. 16, 2 auf die besondere Bedeutung solcher Rechnungsverhältnisse für die Kompensation hingewiesen zu haben. Die Stelle lautet: *Quod Labeo ait, non est sine ratione, ut, si cui petitioni specialiter destinata est compensatio, in ceteris non obiiciatur.* Der Ausdruck *specialiter destinata* paßt durchaus auf solche Rechnungsverhältnisse, mögen sie unter einem *argentarius* und einem Privaten oder unter Privaten vorkommen. Der einzelne dem Rechnungsverhältnis angehörende Schuldposten kann nur zur Abrechnung gegen andere dieser *ratio* angehörende Posten verwendet werden, nicht aber gegen Forderungen, welche dieser *ratio* gar nicht angehören. Wir kommen dann zu l. 4 D. h. t.: *Verum est, quod et Neratio placebat et Pomponius ait, ipso iure eo minus fideiussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest: sicut enim, cum totum peto a reo, male peto, ita et fideiussor non tenetur ipso iure in maiorem quantitatem quam reus condemnari potest.* — Schon Pernice hat hervorgehoben, daß hier vor allem das *ex omni contractu* Bedenken errege. Ihm scheint die ganze Ausdrucksweise deutlich auf einen Bankhalter als Kläger hinzuweisen. Daß sie deutlich auf ein *agere cum compensatione* hinweist, scheint auch mir unbestreitbar.

Meines Erachtens handelte aber Paulus an der Stelle nicht von dem *agere cum compensatione* des *argentarius*, sondern von der Ausdehnung desselben auf

jedes laufende Rechnungsverhältnis unter Privaten, er sprach also nicht von *omnis contractus*, sondern von *omnis ratio* (wie die westgotische *interpretatio* von einem *debere de quacumque ratione*). Wenn jemand sich für das, was Einer dem Anderen aus einem laufenden Rechnungsverhältnis schließlich schuldet, für den Saldo aus dem Rechnungsverhältnis verbürgt, so trifft für solche Bürgschaft die Meinung des Neratius, Pomponius, Paulus zu. Für das, was der *reus ex compensatione retinere potest*, haftet der Bürge nicht. Wie den *reus* selbst nur ein *dare oportere* bezüglich des zu Gunsten des Gläubigers verbleibenden Saldo trifft, so auch den *fideiussor*. Durch Klage auf das Ganze ohne Abrechnung macht sich der Gläubiger auch gegen ihn eines *male petere*, einer *pluspetitio* schuldig. So erklärt sich auch das *„ipso iure"*. Schon der Schuldner des *argentarius* haftet *ipso iure* demselben nur für das, was *compensatione facta* übrigbleibt, nur bezüglich des zu Gunsten des *argentarius* bleibenden Saldo trifft ihn ein *dare oportere*. Ebenso trifft ein solches *dare oportere* den Schuldner aus irgend einem anderen laufenden Rechnungsverhältnis, zu dessen Ungunsten ein Saldo verbleibt, bezw. seinen Bürgen für dieses Rechnungsverhältnis. Die Wahl des Ausdruckes am Schluß der Stelle *„quam reus condemnari potest"* erklärt sich vielleicht daraus, daß Paulus dem Gläubiger auch die Möglichkeit vorbehielt, nicht *cum compensatione*, sondern *cum deductione* zu klagen.

Weiter kommt in Betracht l. 21 D. de comp. 16, 2 von Paulus: *Posteaquam placuit, inter omnes id quod invicem debetur ipso iure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.* Durch das *nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur* wird deutlich auf das *cum compensatione agere* hingewiesen, heißt es doch auch bei Gaius IV, 64: — *ut ab initio compensatione facta minus intendat sibi dari oportere.* Die Stelle handelt von der Ausdehnung der *agere cum compensatione* auf Klagen aus jedem laufenden Rechnungsverhältnis. Nach dem Willen der Kompilatoren hat das *invicem debere* die farblose Bedeutung des *creditorem eundemque debitorem esse.* Paulus dachte aber bei dem *invicem debere* an das bei einer *ratio* stattfindende *ultro citroque credere obligari* und mag gesagt haben: *inter omnes id quod ex aliqua ratione invicem debetur ipso iure compensari.* Die Anfangsworte: *posteaquam placuit* lassen darauf schließen, daß für die Ausdehnung des *cum compensatione agere* auf Klagen aus allen laufenden Rechnungsverhältnissen zunächst nur einzelne Juristen, wie Neratius, Pomponius, sich aussprachen, daß aber demnächst diese Meinung allgemeine Zustimmung fand. Das *ipso iure* der Stelle findet in unserer früheren Erörterung seine Erklärung.

Es bleibt noch l. 4 C. de compens. 4, 31: *Si constat pecuniam invicem deberi, ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrent quantitates, eiusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit.* Das *invicem deberi* möchte ich hier auch in dem prägnanten Sinn des *ultro citroque ex aliqua ratione deberi* verstehen. Dafür spricht auch die Bedingung: *si constat.* Es muß feststehen, daß die Forderung und Gegenforderung dadurch in Beziehung zu einander stehen, daß sie aus einem und demselben laufenden Rechnungsverhältnis herrühren. Mit Brinz erachte ich das *compensationem* für korrumpiert, für entstanden aus *compensatione eam* oder lieber noch (wegen des *soluto*) aus *compensatione id*, nämlich das *deberi*. Infolge der Kompensation (des Rechnungsführers bezw. Klägers) muß das gegenseitige *deberi* als *ipso iure* getilgt erachtet werden von dem Zeitpunkt an, von welchem (nach der Rechnung) beide Teile einander

schuldeten. Die *compensatio* bei laufenden Rechnungsverhältnissen ist ein einseitiger Willensakt des Rechnungsführers, zu welchem derselbe nach der der *ratio* zu Grunde liegenden *negotiatio* befugt ist. Dieser Akt ist aber nur ein Willensakt entscheidender, nicht bewirkender Natur und hat daher rückwirkende Kraft. Ist dieser Willensakt erfolgt, so werden die in der Rechnung einander gegenüberstehenden Schuldposten, soweit sie sich decken *(quoad concurrent quantitates)*, als dem Rechte nach getilgt, nicht etwa nur der Ausübung nach gemindert oder getilgt angesehen. Zinsen gebühren nur von dem zu Gunsten des einen bleibenden Saldo, vorausgesetzt, daß *petitio earum subsistit*. Es könnte sich ja möglicherweise nur um ein durch *nudum pactum* einer Stipulationsschuld hinzugefügtes Zinsversprechen handeln: da kann von einer *petitio* der Zinsen auch des verbleibenden Restes der Stipulationsschuld nicht die Rede sein.

Andere Forderungen auf gleichartige Fungibilien, welche *ex diverso contractu* herrührten, aber nicht demselben laufenden Rechnungsverhältnis angehörten, sind erst durch die prätorische Jurisdiktion vermittelst Gewährung einer *exceptio* zur Kompensation zugelassen worden. Darauf bezieht sich l. 2 D. de comp. 16, 2 (Julianus l. 90 Dig.): *Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare.* Man hat gesagt, dieses Fragment sei von den Kompilatoren unzweifelhaft bis zur Unkenntlichkeit entstellt. Zuzugeben ist nur, daß wahrscheinlich hinter oder vor *summovet* ein *exceptione* gestrichen ist, was für die Kompilatoren mit Rücksicht auf Justinian's Verordnung, *compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri*, sehr nahe lag. Das *unusquisque* aber als verdächtig zu bezeichnen, liegt kein Grund vor, wenn es auch einer Erklärung bedarf. Das Recht, das *agere cum compensatione* oder *cum deductione* vom Kläger zu verlangen, stand nur gewissen Schuldnern: dem Geschäftsfreunde des *argentarius*, dem Schuldner aus einer laufenden Rechnung, dem Schuldner des *defraudator* gegenüber der Klage des *bonorum emptor*, zu. Im Gegensatz dazu bemerkt Julian, daß ein jeder Schuldner seinen Gläubiger, der zugleich sein Schuldner ist, vermittelst *exceptio* (indirekt) zur Kompensation nötigen könne. Sodann soll das *„paratus est"* exegetische Schwierigkeit bereiten oder gar besonders verdächtig sein. *Paratus est* sage man von jemand, der sich zu etwas herbeilasse, sich auf ein an ihn gestelltes Verlangen hin zu etwas bereit erkläre, nicht aber von einem, der etwas, z. B. Kompensation, verlange. Nach der Stelle verlangt aber der Beklagte vermittelst *exceptio* Abweisung. Dieses Verlangen, bezw. die Durchsetzung setzt aber voraus, daß er sich zur Kompensation bereit erklärt (und der Kläger sich dazu nicht herbeiläßt). Es liegt also gar kein Grund vor, hier eine weitergehende Interpolation anzunehmen. Die in Frage stehende *exceptio* war wohl die *exceptio doli*. Die durch dieselbe zu erreichende Kompensation geschieht insofern durch die Parteien, als der Kläger auf das Anerbieten des Beklagten eingehen muß. Dann, also mit Zustimmung des Klägers, ist der *iudex* befugt, den Beklagten nur auf den zu Gunsten des Klägers sich herausstellenden Überschuß zu kondemnieren. Geht der Kläger nicht auf das Anerbieten des Beklagten ein, so erfolgt, wenn die Gegenforderung des Beklagten begründet ist, völlige Abweisung des Klägers. Auf diese Kompensation mit einer mit der des Klägers in gar keinem Zusammenhange stehenden Forderung des Beklagten, welche nur indirekt vermittelst der *exceptio doli* erzwungen wurde, beziehen sich wohl allein die die *aequitas compensationis* hervorhebenden Quellenäußerungen. Namentlich für das *cum compensatione agere* des *argentarius* und von Privaten aus laufenden Rech-

nungen haben sie keinen Sinn, weil hier *ipso iure* ein *dare oportere* nur auf den Saldo zu Gunsten des Klägers bestand. Auch wenn schon zu Julian's Zeit die *exeptio doli* indirekt die Kompensation vermittelte, so bezeichnet das in den Institutionen, § 30 de act. 4, 6 erwähnte Reskript Marc Aurel's immer noch einen wesentlichen Fortschritt in der Geschichte der Kompensation: *sed et in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur.* Theophilus erläutert das in der Paraphrase dahin, daß durch die Entgegensetzung der *doli exceptio* dem *iudex* Raum gewährt wird (*χώρα δίδοται*), die *compensatio* zuzulassen und den Beklagten nur auf den zu Gunsten des Klägers sich ergebenden Überschuß zu verurteilen. Die *exceptio doli* führt also, falls der Betrag der klägerischen Forderung den der des Beklagten übersteigt, nie mehr zur Abweisung des Klägers, sondern der *iudex* kann, auch wenn der Kläger auf das Kompensationsverlangen des Beklagten nicht eingehen will, die Kompensation vornehmen und auf den Überschuß verurteilen. Daß der Gebrauch der *exceptio* zum Zweck der Kompensation in den Stellen unseres Titels nirgends erwähnt wird, erscheint doch bei Berücksichtigung von Justinian's oben erwähnter Konstitution nicht wunderbar. Fahren doch auch die Institutionen nach dem Bericht über Marc Aurel's Reskript so fort: *sed nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto niituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant* u. s. w. Die *exceptio doli* war damit in dieser Verwendung beseitigt. In den Prozessen, welche ohne Einsetzung eines *iudicium,* also ohne eine *formula extra ordinem* verhandelt wurden, war sie schon vor jener Verordnung Justinian's, wenigstens formell, nicht anwendbar. — Es gab also im vorjustinianischen Recht, abgesehen von der *in bonae fidei iudiciis officio iudicis* vorgenommenen Kompensation, drei Wege der gerichtlichen Kompensation: das *cum compensatione agere,* das *cum deductione agere,* die durch *doli exceptio* vermittelte Kompensation. Diese drei denkbaren Wege der Kompensation werden noch in l. 11 C. depos. 4, 34 von Justinian unterschieden: *nullamque compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat* —. Die Kompensation vermittelst *doli exceptio* mit einer Gegenforderung *ex diverso contractu* oder vielleicht aus einem Delikt setzt natürlich auch voraus, daß Forderung und Gegenforderung auf gleichartige vertretbare Sachen gerichtet sind. Daß übrigens die vermittelst *doli exceptio* bewirkte Kompensation auch auf den Zeitpunkt, wo die demnächst kompensierten Forderungen sich zuerst als fällige gegenüberstanden, zurückbezogen wurde, ist nicht anzunehmen. Derselbe Grund, wie bei den aus derselben laufenden Rechnung sich ergebenden Gegenforderungen, liegt nicht vor. Hier sind Forderung und Gegenforderung von vornherein zur Aufrechnung gegeneinander bestimmt, dort aber nicht. Mit einer Forderung kann möglicherweise gegen sehr verschiedene Forderungen kompensiert werden: gegen welche kompensiert werde, weiß man im voraus gar nicht. Eine andere Wirkung, wie eine Zahlung, kann dort die Kompensation nicht haben. Fragen wollen wir hier noch, ob ein zur Kompensation Berechtigter, der in Unkenntnis des ihm zustehenden Kompensationsrechts gezahlt hat, das Gezahlte mit *condictio indebiti* zurückfordern könne? Meines Erachtens war nach klassischem römischen Recht diese *condictio indebiti* nur begründet, wenn die Kompensation bei Gegenforderungen aus laufenden Rechnungen unterlassen war, also da, wo *ipso iure* nur eine Forderung auf den Saldo begründet war. Ist hier gezahlt, was der Zahlende *ex compensatione retinere* konnte, so war *condictio indebiti* begründet, nicht aber in den Fällen, wo ein Schuldner nur vermöge *exceptio doli* eine

Gegenforderung hätte zur Kompensation bringen können. Man sagt zwar, jedes der sich gegenüberstehenden Forderungsrechte sei von dem Augenblicke ihrer Koexistenz an mit einer Einrede behaftet, mit welcher der Gläubiger zurückgeschlagen werden könne, wenn er einfordern wolle, was ihm geschuldet werde. Indessen, wenn der Gläubiger mehre Forderungen hat, gegen jede von welchen der Schuldner seine Gegenforderung im Wege der *exceptio doli* zum Zwecke der Kompensation geltend machen könnte, welche von ihnen ist dann mit der Einrede behaftet? Die *exceptio doli* kommt nicht etwa mit der Koexistenz von Forderung und Gegenforderung zur Entstehung, sondern erst, wenn der Schuldner *in iure* erklärt hat, er wolle kompensieren, und nun der Gläubiger dennoch seine Forderung zum vollen Betrage in der Klage geltend macht. Zahlt vor der Klage des Gläubigers der Schuldner, der gegen die Klage *exceptio doli* geltend machen könnte, freiwillig (wenn auch irrtümlich), so ist die *exceptio* nie zur Entstehung gekommen. Anders verhält es sich mit den aus einer laufenden Rechnung herrührenden Forderungen und Gegenforderungen: diese stehen sich von vornherein als zur Abrechnung gegeneinander bestimmte Posten gegenüber. L. 10 § 1 D. de comp. 16, 2 sagt nun: *Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto.* Die Stelle ist zu verstehen von einem Geschäftsfreund eines *argentarius* oder einem Schuldner aus einer laufenden Rechnung. *Compensare* ist hier in dem engeren Sinne des *agere cum compensatione* zu verstehen. Vielleicht war dies aus den vorhergehenden, gestrichenen Worten deutlicher zu ersehen, denn daß sich der § 1 auffallend schlecht an das im pr. Gesagte anschließt und ursprünglich nicht so unmittelbar darauf gefolgt sein kann, wie dies jetzt der Fall ist, hat schon Eisele[1] bemerkt. Auch in l. 30 D. de cond. ind. 12, 6: *Qui invicem creditor idemque debitor est, in his casibus, in quibus compensatio locum non habet, si solvit, non habet condictionem velut indebiti soluti, sed sui crediti petitionem* ist *compensatio* im Sinne des *agere cum compensatione* zu verstehen. In den Fällen, in welchen das *agere cum compensatione* nicht Platz greift, kann Zahlung der Gegenforderung nicht mit *condictio indebiti* zurückgefordert werden.

Auch bezüglich der Sistierung des Zinsenlaufs bei sich einander gegenübertretenden Forderungen macht sich der Unterschied der aus einer laufenden Rechnung herrührenden Forderungen und Gegenforderungen, welche von vornherein zur Aufrechnung gegeneinander bestimmt sind, und von anderen nicht in einem solchen Zusammenhange stehenden geltend. Auf die ersteren bezieht sich die bereits früher betrachtete l. 4 C. de comp. 4, 31 verb.: — *eiusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit;* ferner l. 7 C. de sol. et lib. 8, 42 (43): *Eius quantitatis, cuius petitionem ratio compensationis excludit, usuram non posse reposci manifestum est.* Die Ausdrucksweise dieser Stelle: *cuius petitionem ratio compensationis excludit* und *non posse reposci manifestum est* zeigt, daß in dem vorausgesetzten Fall überhaupt auf den durch Kompensation gedeckten Betrag ein *dare oportere* nicht anerkannt wird. *Ratio compensationis* ist ebenso zu verstehen, wie bei Gaius IV, 68: *Praeterea compensationis quidem ratio in intentione — ponitur.* Daraus, daß nur ein *dare oportere* bezüglich des Saldo anerkannt wird, ergiebt sich von selbst, daß nur dieser Saldo verzinslich ist, das *manifestum est* ist danach gerechtfertigt. Ganz anders verhält es sich mit l. 11 D. de comp. 16, 2: *Cum*

[1] Die Kompensation nach röm. u. gemeinem Recht S. 174, 259 f.

Sever's Konstitution für denselben (den Rechtssatz) auch nicht einmal angedeutet.[1] Daß auch bei gegenseitigen Forderungen, die nicht aus denselben Rechnungsverhältnissen herrührten, der Zinsenlauf bezüglich der *concurrens quantitas* sistiert sein solle, ist von Sever Billigkeits halber positiv angeordnet. Vgl. noch l. 12 D. eod. tit., wo der Ausdruck *„constitutum est"* wiederkehrt. Dann kommt noch in Betracht l. 5 C. de comp. 4, 31: *Etiam si fideicommissum tibi ex eius bonis deberi constat, cui debuisse te minorem quantitatem dicis, aequitas compensationis usurarum excludit computationem, petitio autem eius, quod amplius tibi deberi probaveris, sola relinquitur.* Es ist hier von Gegenforderungen aus ganz verschiedenen, gar nicht miteinander zusammenhängenden Gründen die Rede, und es ist deshalb der Ausdruck *aequitas compensationis* wohl gerechtfertigt

6. Der Konkurs.

a) Die Rechtsmittel wegen fraudulöser Verkürzung der Gläubiger.

§ 177. Einer gründlichen rechtshistorischen Untersuchung sind die Rechtsmittel wegen fraudulöser Verkürzung der Gläubiger erst seit Huschke's Abhandlung in der Zeitschrift f. Civilr. u. Pr. N. F. Bd. XIV, S. 1 ff. (1857) unterzogen, aber zu allseitig befriedigenden Resultaten ist man bis jetzt noch nicht gelangt. Das ist nicht wunderbar, denn das Konkursverfahren hat im justinianischen Recht eine andere Gestalt, als im früheren Recht. Die wichtigste Veränderung ist die, daß die *venditio bonorum*, der Verkauf der Güter des Insolventen als einer Einheit an einen *bonorum emtor* weggefallen ist. So liegt von vornherein der Gedanke nicht fern, daß die Bestimmungen des prätorischen Edikts über jene Rechtsmittel als nicht mehr zu der neueren Gestalt des Konkursverfahrens passend durch die Kompilatoren nicht unwesentlich geändert sind. Die Ediktsstellen über die betreffenden Rechtsmittel sind l. 1 D. quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur 42, 8 aus dem Ediktskommentar nur teilweise erhalten. Die eine, aus Ulp. lib. 66 ad Ed. entlehnte ist in l. 1 pr. D. h. t. in folgender Fassung überliefert:

Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoravit, his curatori bonorum vel ei cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum experiundi potestas fuerit, actionem dabo. idque etiam adversus ipsum, qui fecit, servabo.

Die andere, aus Ulp. lib. 73 ad Edictum entnommene lautet nach pr. D. h. t. also:

Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de ea re fecit: ea illis, si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competet oportet, ei, si non plus quam annus est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est, restituas. Interdum causa cognita et si scientia non sit, dabo actionem permittam.

Was nun zunächst das *fraudatorium interdictum* betrifft, so hat man

[1] Eisele, a. a. O. S. 273.

achtens Huschke in seinem unten citierten Aufsatze[1] die Rudorff'sche[2] Ansicht, wonach im klassischen Recht des Edikts jenes Rechtsmittel ordentlicherweise dem *bonorum emptor* zustand, so schlagend widerlegt, daß dieselbe als beseitigt anzusehen ist.[3] Huschke's eigene Ansicht geht dahin, daß das *interdictum fraudatorium* wegen aller vom Schuldner mit Wissen eines Anderen vorgenommenen Vermögensverminderungen (wenn sie auch nicht in Rechtsgeschäften beständen), aber nur vor dem Vermögensverkauf stattfinde, und daß sein Zweck schleunige Zurückziehung der entzogenen Sachen zum Konkursvermögen sei, um mit diesem verkauft zu werden. Diese Auffassung des Interdikts halte ich im allgemeinen für richtig. Es bedarf nun aber zur Begründung dieser Auffassung eines näheren Eingehens auf die überlieferte Interdiktsformel. Diese bezeichnet das betrügerische Faktum, mit Bezug auf welches das Rechtsmittel gegeben ist, als ein *fraudandi causa sciente te in bonis facere,* das Edikt der l. 1 pr. D. h. t. als ein *fraudationis causa gerere cum eo, qui fraudem non ignoraverit.* Abgesehen von den verschiedenen Ausdrücken *facere* und *gerere,* unterscheiden sich die beiden Fassungen einmal dadurch, daß das letztere Edikt schlechthin von einem *gerere,* das Interdiktsformular von einem *facere in bonis* spricht; ferner dadurch, daß das Ediktsstück der l. 1 pr. D. h. t. von *gesta* mit dem, *qui fraudem non ignoraverit* spricht, während das Interdiktsformular nur ein *facere sciente te* verlangt, also nicht, daß dieses *facere* ein mit dem *sciens* vorgekommener Akt sei. Das *facere in bonis* ist als ein Verkürzen der *bona,* d. h. hier der Einheit der körperlichen Sachen zu verstehen, das *gerere fraudationis causa cum eo* u. s. w. faßt jeden fraudulösen Rechtsakt, nicht bloß Veräußerungen körperlicher Sachen ins Auge. Unter den *gesta* sind andererseits nur irgend welche Rechtsakte verstanden, das *fraudandi causa facere in bonis* dagegen umfaßt auch einfaches Wegschaffen von Sachen an den *sciens,* der sie einstweilen für den *fraudator* innehaben soll. Das zeigt ganz klar das in l. 1 pr. D. si qui testamento 47, 4 in Bezug genommene Edikt: *Si dolo malo eius, qui liber esse iussus erit, post mortem domini ante aditam hereditatem in bonis, quae eius fuerunt, qui eum liberum esse iusserit, factum esse dicetur, quo minus ex his bonis ad heredem aliquid perveniret* u. s. w. Darunter fallen namentlich *hereditate nondum adita* begangene *furta.* Ferner wird nicht erfordert, daß jenes *facere* ein mit dem *sciens* vorgenommener Akt sei. Hat also der erste Empfänger die an ihn veräußerte Sache weiter veräußert, so kann auch gegen den *successor,* falls er von dem *consilium fraudandi* des ersten Veräußerers Kenntnis hatte, das Interdikt angestellt werden.[4]

Das überlieferte Interdiktsformular spricht von einem *facere in bonis, quibus de ea re agitur.* Man hat in dem Passus „*quibus de ea re agitur*" die Worte „*ea re*" streichen wollen, im Hinblick auf l. 10 § 9 D. h. t. (so Rudorff, Mommsen, Lenel). Gradenwitz, welcher fühlt, daß es doch einer Erklärung bedarf, wie das *ea re* an diesen Ort kam, meint, an anderer Stelle fehle glücklicherweise etwas Ähnliches. Nämlich *eo nomine quo de agitur* sei beispiellos, dagegen von alten Gesetzen her bekannt: *eo nomine qua de re agitur.* Mache man aus *quo de agitur* ein *qua de re agitur,* so seien die Worte *ea re* untergebracht. Meines Erachtens sind die Worte *ea re* ruhig an ihrer Stelle zu

[1] Zeitschrift f. Rechtsgesch. IX, S. 329—366.
[2] Zeitschrift f. Rechtsgesch. VIII, S. 62—99.
[3] Vgl. auch v. Schey, in der Zeitschrift f. Rechtsgesch. XIII, S. 170 ff.
[4] Vgl. l. 25 D. h. t., in welcher noch andere ähnliche Fälle besprochen werden.

lassen, nach *bonis* dürfte vor *quibus* das Wörtchen *in* ausgefallen sein. Was Lucius Titius *fraudandi causa* in den *bona* gethan hat, in welchen es sich um diese Sache handelt, das soll — restituiert werden. Wenn Ulpian in l. 10 § 9 D. h. t. sagt: *in bonis quibus de agitur*, so ist das eine wörtlich nicht genaue Wiedergabe des vorher angegebenen Teils des Interdiktsformulars. Das spätere *quo de agitur* ist sprachlich nicht anstößig und kommt auch in Formeln vor, wie Cic. in Verr. 2, 12 zeigt. Vollständig erläutert werden aber die Worte *in bonis, in quibus de ea re agitur* erst durch das darauf Folgende: *ea illis, s eo nomine, quo de agitur, actio ei — oportet, . . . restituas.* Accursius, Ros. Stephanus, Leist, Schmidt, Rudorff, Reinhart wollen hier *illis* in *ili*, Huschke dagegen *ei* in *eis* verbessern. Ich glaube, daß jede Änderung ungerechtfertigt ist, und daß allein der Gedanke des Maranus,[1] welcher zu *illis* aus dem Vorhergehenden *bonis* verstehen will, das Richtige trifft. Huschke[2] bezeichnet diese Meinung freilich als einen ganz unzulässigen Einfall, aber grundlos. Wenn er sagt, nur an Personen, welche klagend auftreten, könne die Restitution befohlen werden, so erinnert er sich nicht daran, daß es in der Formel des *interdictum de vi* heißt: *eo restituas.* Auch in unserer Formel soll mit dem *illis* bezeichnet werden, wohin das Defraudierte restituiert werden soll. Die Bezeichnung des Klägers wird sich noch in dem Folgenden finden. Sagt doch Huschke[3] selbst, der Zweck des Interdikts sei schleunige Zurückziehung der entzogenen Sachen zum Konkursvermögen, um mit diesem verkauft zu werden; aus der Beschaffenheit des Interdikts folge ferner[4]: „daß das Schicksal, welches das durch die Pauliana Eingeklagte nur vermöge Übereinkunft der Gläubiger haben konnte, nämlich mit dem Vermögen des Fraudator dem *bonorum emptor* verkauft zu werden, für die mit dem Interdikt revocierten Sachen von selbst und notwendig eintrat, was durch eine besondere Stelle des Edikts auch noch ausdrücklich vorgeschrieben gewesen sein wird." Es ist aber nicht abzusehen, wie jenes Schicksal für die mit dem Interdikt revocierten Sachen von selbst und notwendig eintreten konnte, wenn durch das Interdiktsformular dem Beklagten die Restitution des Eingeklagten schlechthin an den oder die Kläger selbst befohlen wurde. Bei solcher Annahme bleibt dann allerdings weiter nichts übrig, als eine besondere Ediktsstelle zu fingieren, welche die Zuschlagung des Eingeklagten zu dem zu verkaufenden Konkursvermögen ausdrücklich vorgeschrieben habe. Eine solche Fiktion ist unnötig, wenn man annimmt, daß durch die Worte *„ea illis sc. bonis — restituas"* dem Beklagten Restitution des Eingeklagten zu den zu verkaufenden *bona* auf Verlangen des legitimierten Klägers befohlen wurde. Nun fällt auch erst auf die Worte: *in bonis, in quibus de ea re agitur, fecit* das volle Licht: die fraudulöse Alienation wird bei dem *interdictum fraudatorium* nicht vom Standpunkt der Verkürzung des einzelnen zunächst etwa in Betracht kommenden Forderungsrechtes, sondern von dem einer Verminderung der zur Befriedigung sämtlicher Konkursgläubiger dienenden *bona*, der Vermögensgesamtheit, angesehen.

Die eigentliche *crux* für die Erklärung des Formulars liegt in dem Passus, in welchem auch die Bezeichnung des Klägers enthalten sein muß, nämlich in den Worten: *si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esset oportet.* Mit vollem Recht hat Gradenwitz[5] bemerkt, daß *actio competere esset*

[1] Ad h. t. (Opp. p. 504). [2] Erste Abh. S. 94 A. 1. [3] A. a. O. S. 117.
[4] A. a. O. S. 115. [5] Zeitschrift d. Savignystiftung VIII, S. 255.

oportet kein Lateiner sagen könne. Daß hier, wie Huschke meint, ein Archaismus vorliege, ist kaum anzunehmen, schon deshalb nicht, weil, wie Gradenwitz gezeigt hat, noch anderes in jenen Worten klar den Eingriff der Kompilatoren zeigt. *Actio ex edicto meo competit* kann der Prätor im Edikt nicht gesagt haben. Mag immerhin „das *Ius honorarium* der *Edicta perpetua* für die Juristen der Kaiserzeit in dem Maße feststehendes Recht geworden sein, daß sie auch von den ediktsmäßigen Klagen sagen *actio competit*", so kann doch der Prätor selbst im Formular eines Interdikts, zumal eines solchen, welches wohl weit in die republikanische Zeit zurückgeht, nicht gesagt haben: *actio ex edicto meo competit.* Gewisse Worte in jenem Passus sind aber, wie auch Gradenwitz mit Recht sagt, unzweifelhaft echt, nämlich *ex edicto meo* und *esseve.* Hier liegt es besonders nahe, bei dem *ex edicto* an die *missio in bona* und das *possidere ex edicto* zu denken, welche die Voraussetzung der *venditio bonorum* bilden und namentlich in der Rede Cicero's pro Quinctio so viel erwähnt werden. Demgemäß fragt schon Lenel, Palingenesia II, p. 852 n. 2, ob etwa zu restituieren sei: *quos eo nomine quo de agitur ex edicto meo in possessionem ire esseve oportet.* Dem Sinne nach wird wohl gesagt sein, daß, wenn dem Interdiktskläger ein Anspruch zustehe, dessentwegen er nach dem Edikt *missio in bona* beanspruchen könne, die Restitution zu den betreffenden *bona* befohlen werde, aber den ursprünglichen Wortlaut hier herzustellen, wäre wohl ein vergebliches Bemühen. Die starke Änderung des auf den Kläger bezüglichen Passus des Formulars kann darin ihren Grund haben, daß in der ursprünglichen Fassung vielleicht der von den Gläubigern zur Besorgung des Verkaufs erwählte Magister vorzugsweise erwähnt war. Da dieser überall in den Digesten ausgemerzt ist, so würde auch hier seine Erwähnung Anlaß zur Interpolation gegeben haben. — Nur ein Kläger ist vorausgesetzt. Freilich konnten mehrere Kreditoren als Kläger auftreten, aber erforderlich war dies nicht: es genügte einer, in dessen Person die ediktsmäßigen Voraussetzungen für das *ex edicto in possessione bonorum esse* vorliegen mußten, und nur auf einen Kläger war daher das Schema der Formel berechnet. Damit der Kläger Restitution des *fraudationis causa* den *bona* Entzogenen an diese *bona* fordern konnte, mußte er entweder bereits *ex edicto in possessione bonorum* sein, oder es mußten die Voraussetzungen der *missio* so in seiner Person vorliegen, daß er sie sofort erbitten und erlangen konnte *(esseve oportet).* In den nun folgenden Worten: *ei, si non plus quam annus est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est* ist zweifellos *ei* in *et* zu ändern.[1] Die Verjährungsfrist kann erst vom Moment der Erteilung der *missio in bona*, oder wenn die Voraussetzungen derselben in der Person eines Gläubigers schon früher vorliegen, für diesen schon von diesem früheren Moment beginnen.

Das Interdikt bezog sich übrigens, wie alle Interdikte, die sich nicht auf Personen beziehen, nur auf körperliche Sachen, wie das in neuerer Zeit richtig Schey[2] hervorgehoben hat. Dem Bedürfnis, die in die *bona* immittierten Gläubiger gegen fraudulöse Rechtsgeschäfte zu schützen und das fraudulös diesen Entzogene wieder heranzuziehen, genügte es daher nicht vollständig.

Dem Interdikt ist nach l. 10 pr. D. h. t. noch eine Anhangsklausel hinzugefügt: *interdum causa cognita, et si scientia non sit, in factum actionem permittam.*

[1] Vgl. Schey, in der Zeitschrift f. Rechtsgesch. XIII, S. 160 A. 130.
[2] A. a. O. S. 163 ff.

Man hat gemeint, auch hier liege in den Worten: *in factum actionem permittam* eine Interpolation vor: der Prätor werde *interdicam* und vielleicht noch sonstiges gesagt haben.[1] Dabei ist aber unbeachtet gelassen, daß der Prätor nicht selten neben einem Interdikt eine *in factum actio* gewährt.[2] So will auch hier der Prätor *causa cognita, etsi scientia non sit,* eine *in factum actio* geben. Gegen den, welcher die fraudulöse Absicht des Veräußerers nicht kannte, verfährt er natürlich milder und verspricht das strengere Interdikt nicht.

Unerörtert will ich, als hier zu weit führend, die Frage lassen, ob der Prätor bei dem Versprechen einer *in factum actio* stets das Wort *iudicium* gebrauchte, ob also hier wenigstens das *actionem* auf Interpolation hinweise. Wenn *in factum* hinzugesetzt ist, hat meines Erachtens *actionem* weniger Bedenken. *Permittere* ist aber ganz bezeichnend für Fälle, in denen der Prätor nicht ohne weiteres die Klage geben, sondern sie nur *causa cognita* gestatten will. — Die Klausel ist übrigens nicht so zu verstehen, wie v. Schey will, daß der Prätor an die Stelle des Interdikts eine materiell gleiche *actio* setze, dieselbe aber zugleich für gewisse Fälle auf den *fraudem ignorans* ausdehne. Nach der Klausel will er sie nur, und zwar *causa cognita,* gegen den *fraudem ignorans* geben.

Das Edikt der l. 1 pr. D. h. t. ist in Bezug auf die Akte, welche durch die daselbst versprochene Klage revociert werden sollen, wie bereits bemerkt wurde, ein viel umfassendes. Diese Klage soll sich keineswegs bloß auf körperliche Sachen beziehen. Zu den Worten: *quae fraudationis causa gesta sunt* wird im Kommentar gesagt: *haec verba generalia sunt et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem vel quemcunque contractum. quodcumque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis revocari, qualecumque fuerit. nam latissima verba patent.* Und in l. 14 D. h. t. sagt Ulpian (und es scheint fast, daß ihm dabei das *interdictum fraudatorium* als Gegensatz vorschwebt): *Hac in factum actione non solum dominia revocantur, verum etiam actiones restaurantur. ea propter competit haec actio et adversus eos, qui res (non) possident, ut restituant, et adversus eos, quibus actio competit, ut actione cedant.*

Die auf Grund jenes Edikts proponierte Klagformel ist uns nicht erhalten, aber über die Natur derselben ist doch in den Kommentaren kein Zweifel gelassen: die Absicht des Edikts wird als ein *coercere* des *dolus* des zu Belangenden bezeichnet. Vgl. l. 6 § 8 D. h. t.: *Hoc edictum eum coercet, qui sciens eum in fraudem creditorum hoc facere suscepit, quod in fraudem creditorum fiebat.* Die Klage wird als auf ein *revocare* gerichtet bezeichnet, und zwar im Fall des *dolus* des Beklagten einerlei, ob er noch dadurch bereichert ist oder nicht, es wird das als eine vom Prätor beabsichtigte *poena* betrachtet. Ferner l. 9 D. eod. tit.: — *sed verior est Sabini sententia bona fide emptorem non teneri, quae dolus ei dumtaxat nocere debeat, qui eum admisit* u. s. w. Es ist also die Klage, welche in l. 38 § 4 D. de usuris 22, 1 als Pauliana bezeichnet wird, denn diese wird charakterisiert als eine, *per quam, quae in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur.* Die Klage charakterisiert sich also als eine aus dem an der *fraus* des Insolventen sich beteiligenden *dolus* des anderen Kontrahenten entspringende *in personam actio,* die natürlich, als durch das Edikt neu aufgestellte Klage, *in factum* konzipiert war und als *in factum actio* auch in den Kommentaren bezeichnet wird.

---

[1] Lenel, Palingenesia II, p. 852 n. 3. Gradenwitz, a. a. O. S. 256.

[2] Vgl. die bei von Schey, a. a. O. citierten Stellen.

In dem Edikt wird die Klage versprochen dem *curator bonorum vel ei cui de ea re actionem dare oportebit.* Ob das Versprechen des *actionem dare* im Fall einer *actio in factum* schon den Verdacht einer Interpolation nahe legt, will ich hier dahingestellt sein lassen. Es werden sich uns nachher andere Gründe dafür ergeben, daß auch dieses Edikt von den Händen der Kompilatoren nicht verschont geblieben ist. Es haben verschiedene Schriftsteller daraus, daß die *actio* dieses Edikts vor allen dem *curator bonorum* versprochen wird, den Schluß ziehen wollen, daß diese *actio* bereits vor der *venditio bonorum* habe angestellt werden können, da mit dem Verkauf der *bona* der Kurator weggefallen sei. Es hatte indessen der *curator* als solcher mit der *bonorum venditio* gar nichts zu thun: er wurde ja ursprünglich nur gegeben, wenn zwar den Gläubigern eine *missio in bona* erteilt war, aber es einstweilen noch nicht zur *venditio* kommen sollte. Weshalb nun der *curator,* der im Interesse der Gläubiger bestellt war, nicht nach der *venditio bonorum* mit der Zustimmung des Prätors im Amt bleiben konnte, um die Interessen der nicht zur Befriedigung oder doch nicht zu voller Befriedigung gekommenen Gläubiger in Bezug auf fraudulöse Akte des Schuldners zu vertreten, ist gar nicht abzusehen. Notwendig war es aber gewiß nicht, daß er im Amte blieb. Für diesen Fall wird die Klage versprochen *ei, cui de ea re actionem dare oportebit.* Es sprechen nun bestimmte Zeugnisse dafür, daß unsere Klage gerade nach geschehener *venditio bonorum* gegeben wurde. Sehr deutlich sind in dieser Beziehung ein Paar Kodexstellen, nämlich l. 5 C. de revocandis his q. p. f. a. s. 7, 75: *Ignoti iuris non est adversus eum, qui sententia condemnatus intra statutum tempus satis non fecit nec defenditur, bonis possessis itemque distractis per actionem in factum contra emptorem, qui sciens fraudem comparavit — — creditoribus esse consultum.*

Sodann l. 1 C. eod. tit.: *Si heres post aditam hereditatem ad eum cui cessit corpora hereditaria transtulit, creditoribus permansit obligatus. si igitur in fraudem tuam id fecit, bonis eius excussis usitatis actionibus, si tibi negotium fuerit gestum, ea quae in fraudem alienata probabuntur revocabis.* Mit den *usitatae actiones* sind wohl die Klagen gegen den *fraudis particeps* und die gegen den, *qui ex lucrativo titulo possidet, scientiae mentione detracta* gemeint. Auf die *in factum actio* bezieht sich auch l. 10 § 1 D. h. t.: *Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit, scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius vendiderunt.* Besonders beweisend ist noch der Schlußsatz des uns erhaltenen Edikts: *idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo.* Danach wird die *actio in factum* auch gegen den *fraudator* auf den defraudierten Betrag gegeben. Der Jurist Mela nahm daran Anstoß, *quia nulla actio in eum ex ante gesto post bonorum venditionem daretur et iniquum esset actionem dari in eum cui bona ablata essent* (l. 25 § 7 D. h. t.). Widerlegt wird dieses Bedenken durch den Hinweis, daß der *praetor non tam emolumentum actionis intueri videtur in eo, qui exutus est bonis, quam poenam.*

Zu dem gewonnenen Resultat stimmt nun durchaus, was wir über den Beginn der Verjährung wissen. In l. 10 § 18 D. h. t. ist ganz bestimmt gesagt: *Annus huius in factum actionis computabitur ex die venditionis bonorum.* In l. 6 § 14 D. h. t. heißt es: *Huius actionis annum computamus utilem, quo experiundi potestas fuit, ex die factae venditionis.* Eine Auslegung will die *venditio facta* von der fraudulösen Veräußerung verstehen.[1] Allein selbst wenn die Normalformel

[1] Vgl. namentlich Huschke, a. a. O. S. 64 f.

der *Pauliana actio* im Edikt vom Verkauf sprach, wäre es doch unnatürlich gewesen, im Kommentar, welcher ausdrücklich sagt, daß die *verba „quae fraudationis gesta erunt" generalia sunt* und *late patent*, bei der Erörterung der Verjährung der *actio* nur die *venditio* zu nennen. Da ferner in dem § 13 von der *venditio bonorum* die Rede ist, so konnte Ulpian im § 14 von *dies factae venditionis* sprechen, ohne fürchten zu müssen, daß die Weglassung des Wortes *bonorum* seine Zeitgenossen zu einem Mißverständnis verleiten würde. Auch konnte in gar manchen Fällen die Verjährung unmöglich von der fraudulösen Handlung gerechnet werden: dann nämlich, wenn noch gar kein gesetzlicher Missionsgrund vorlag.[1] Aber vielleicht hat er sich auch bestimmter ausgedrückt. In dem überlieferten Edikt selbst nämlich lautete der betreffende Passus: *intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo.* So unbestimmt kann sich das Julianische Edikt unmöglich ausgedrückt haben, es wird etwa gesagt haben: *bonis venditis intra annum* u. s. w. Die *bonorum venditio* verschwand aber später als Verkauf der Einheit der Güter, und so konnte dieselbe als Moment des Beginns der Verjährung nicht mehr maßgebend sein. Demgemäß wurde in dem Edikt der Zusatz *„bonis venditis"* oder wie er sonst gelautet haben mag, gestrichen. Wahrscheinlich berechnete man jetzt die Verjährung der *Pauliana* von dem Moment, wo der Verkauf der Einzelgüter zu Ende geführt war.

Jetzt wird es möglich sein, das Verhältnis der *Pauliana actio* zu dem *interdictum fraudatorium* in der alten Zeit zu bestimmen. Das *fraudatorium* dient den Interessen aller Gläubiger, welche sich an der *missio in bona* des Insolventen beteiligt haben, es ist auf Rückgabe der fraudulös veräußerten oder weggebrachten körperlichen Sachen zu den zu verkaufenden *bona* gerichtet, und dürfte das älteste der hier in Frage kommenden Rechtsmittel sein. Das Vorkommen einer *missio in bona* mit sich daran schließender *venditio bonorum* setzt es schon voraus. Wenn wir nun auch die prätorische *bonorum venditio* nicht bis zur *lex Poetelia* zurückführen können, so ist es doch andererseits nicht gerechtfertigt, ihr Aufkommen bis zum Praetor *Publius Rutilius* (636 a. u.) auf Grund der Äußerung des Gaius IV, 35: *a praetore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur* hinabzurücken. In der lex agr. a. 643 v. 56 sq. wird sie als eine feststehende Einrichtung erwähnt: *edicto, utei is, quei ab bonorum emptore magistro curato(reve emerit).*

Die *Pauliana actio* suchte den Gläubigern des *fraudator* zu helfen, welche durch den *bonorum emptor* keine oder keine volle Befriedigung erhalten hatten. Die *fraus* muß also insofern *eventum* gehabt haben, daß die betreffenden Gläubiger durch die *bonorum venditio* nicht zu ihrer Befriedigung gelangten. Die *Pauliana* geht auf *revocare* nicht bloß der fraudulös abseits gebrachten körperlichen Sachen, sondern aller fraudulösen *gesta*, aber nicht zu den *bona*, die bereits verkauft sind, sondern nur zu Gunsten der nicht zu ihrer Befriedigung gelangten Gläubiger. Solcher Gläubiger wird unter dem *cui de ea re actionem dare oportebit* zu verstehen sein. Die Klage ist als jünger als das *interdictum fraudatorium* anzusehen; sie gewährt nur eine eventuelle Hilfe (für den Fall, daß der Gläubiger nicht durch die *bonorum venditio* zur Befriedigung gelangt ist), sie erweitert ferner um ein Bedeutendes den Umfang der anzufechtenden fraudulösen Akte. Nichtsdestoweniger mag sie auch weit über Labeo, der sie gekannt hat, hinausgehen.

[1] Vgl. v. Schey, a. a. O. S. 156 A. 115.

Man könnte gegen die hier vorgetragene Auffassung der *Pauliana* die bekannte Stelle Cicero's ad Att. I, 1 § 3 anführen: *Caecilius, avunculus tuus, a P. Vario cum magna pecunia fraudaretur, agere coepit cum eius fratre Caninio Satrio de iis rebus, quas eum dolo malo mancipio accepisse de Vario diceret. Una agebant ceteri creditores, in quibus erat Lucullus et P. Scipio et is, quem putabant magistrum fore, si bona venirent, L. Pontius.* Indessen der Ausdruck *agere,* dessen sich Cicero hier bedient, hindert gewiß nicht, an das Interdikt zu denken, dessen Anstellung sehr wohl als ein *agere* bezeichnet werden konnte.

Wie aber verhält sich zu unserer Auffassung des *interdictum fraudatorium* und der *actio Pauliana* der § 6 I. de act. 4, 6: *Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus ex sententia Praesidis possessis permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse?* Es ist doch recht auffallend, daß hier von einer *sententia Praesidis* die Rede ist, während sonst in dem Titel immer der Prätor genannt ist. Daß auch in den Provinzialedikten über die *bonorum venditio* besondere Bestimmungen getroffen zu werden pflegten, ersehen wir aus Cic. ad Att. VI, 1: — *alterum, quod sine edicto satis commode transigi non potest — de bonis possidendis, magistris faciendis, vendendis, quae ex edicto et postulari et fieri solent.* Und so finden sich denn auch in dem Tit. D. de rebus auctoritate iudicis possidendis 42, 4 eine Anzahl von Excerpten aus Gaius' Kommentar *ad edictum provinciale.* Hätte hier völlige Übereinstimmung zwischen dem Edikt des *praetor urbanus* und dem provinzialen Ediktsrecht bestanden, so würden wohl kaum die Provinzialedikte Bestimmungen *de bonis possidendis* u. s. w. aufgestellt, sondern einfach auf jenes verwiesen haben. Besonders ist nun darauf hinzuweisen, daß, wie an anderer Stelle gezeigt ist, die römischen Interdikte auf den Verkehr mit den Peregrinen bezw. zwischen den Peregrinen nicht anwendbar waren. Auch das *interdictum fraudatorium* war dafür nicht brauchbar. Zum Ersatz, vermute ich, wird nach Einweisung der Gläubiger in die *bona* der Provinzialstatthalter zur Heranschaffung der fraudulös veräußerten Sachen jenen die in den Institutionen erwähnte *rescissoria actio* gewährt haben, welche vielleicht schon im städtischen Edikt des Peregrinenprätors ihr Vorbild hatte. Als seit Caracalla das römische Bürgerrecht über das ganze Reich verbreitet war, wurde das *interdictum fraudatorium* allgemein anwendbar, und die Kompilatoren haben, bis auf jenen Paragraphen der Institutionen, jede Spur der *rescissoria actio* getilgt, was ja begreiflich ist, wenn sie bisher denselben Zwecken wie dieses, nur im Peregrinenverkehr, diente. Möglich ist, daß eine solche Tilgung in l. 38 § 4 D. de usuris 22, 1 stattgefunden hat, denn die hier gebrauchten Worte: *nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset* deuten auf eine Fiktion hin. Wie lautete diese Fiktion? Hält man sich vor Augen, daß die Klage auf den Peregrinenverkehr berechnet war, in welchem Manzipation und das *ex iure Quiritium* gar keine Rolle spielten, und daß der Zweck der Klage die Heranziehung des fraudulös Veräußerten zu den zu verkaufenden *bona* war, so ist gar nicht unwahrscheinlich, daß die Fiktion auf *„si ea res vendita et tradita non esset, tum si paret eam in bonis Lucii mansisse"* gelautet habe. Nicht ganz sicher zu entscheiden ist die Frage, ob die römischen Juristen die früher besprochene *in factum* konzipierte *in personam actio* oder diese *rescissoria in rem actio* als *Pauliana* bezeichnet haben. Letzterenfalls könnte der Name von einem Peregrinenprätor herrühren, der sie zuerst in seinem Edikt proponierte. Dazu würde

stimmen, daß Theophilus zu § 6 cit. gerade diese *rescissoria* als die *Pauliana* bezeichnet.

Der Unterschied zwischen dem Ziel des *fraudatorium* und dem der *in factum actio* bezw. der *rescissoria actio* zeigt sich noch in Bezug auf die mit herauszugebenden Früchte. Bei dem *fraudatorium* müssen die Früchte der veräußerten Sache mit herausgegeben werden, *qui alienationis tempore terrae cohaerent*, und zwar, *quia in bonis fraudatoris fuerunt*[1] (und natürlich die *post interdictum redditum* bezogenen). Dagegen die *medio tempore* (zwischen der Alienation und dem *interdictum redditum*) entstandenen brauchten nicht restituiert zu werden, *quia in bonis non fuerunt*. Es müssen die *bona* nur wieder in den Stand versetzt werden, welchen sie zur Zeit der Alienation hatten. Darauf muß durch einen besonderen Zusatz in der Interdiktsformel Rücksicht genommen sein. Das geht hervor aus l. 25 § 5 D. h. t.: *Fructus autem fundo cohaesisse non satis intellegere se Labeo ait, utrum duntaxat qui maturi an etiam qui immaturi fuerint, praetor significet.* Anders ist es bei den vorher genannten Aktionen: sie gehen auf Revokation bezw. Rescission der fraudulösen Geschäfte, es soll alles so hergestellt werden, wie wenn sie nicht vorgenommen wären. Folglich sind alle seit der fraudulösen Veräußerung gezogenen Früchte ohne Ausnahme zu restituieren (l. 10 §§ 19, 20 D. h. t.).

Das Edikt, welches die *in factum actio* nach erfolgter *bonorum venditio* versprach, muß noch einen uns nicht erhaltenen Zusatz gehabt haben, nach l. 10 § 24 D. h. t.: *Haec actio post annum de eo, quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, competit: iniquum enim praetor putavit in lucro morari eum, qui lucrum sensit ex fraude: idcirco lucrum ei extorquendum putavit.* Die Worte *iniquum enim putavit* deuten auf einen ausdrücklichen Satz des Edikts hin.

Es ist jetzt noch der Ansicht Dernburg's Erwähnung zu thun, nach welcher es in Rom zwei Arten des Konkurses gab, für welche beiden Arten der Prätor besondere fraudatorische Klagen aufgestellt habe. Für den Fall des ordentlichen Konkurses habe der Prätor den immittierten Konkursgläubigern, deren Schädigung durch das Ergebnis der *bonorum venditio* festgestanden, je nach Umständen eine *vindicatio utilis* der veräußerten Objekte oder das *interdictum fraudatorium* gegeben; für den Fall aber, daß Konkurskuratoren zur Verwaltung der Masse bestimmt waren, habe er das in l. 1 pr. D. h. t. überlieferte Edikt und die darin versprochene Klage aufgestellt. — Dieser Auffassung steht entscheidend entgegen, daß der *ex consensu maioris partis creditorum* vom Prätor bestellte Kurator in der Zeit bis zum Abschluß des Edikts unter Hadrian ja gar nicht zum Zweck des Verkaufs der Güter, sondern dann bestellt wurde, wenn es noch nicht zum *bona vendere* kommen sollte, aber die Gefahr bestand, daß einzelne Ansprüche verloren gingen. In dieser Zeit fand, abgesehen von dem gemäß eines Senatuskonsults durch einen *curator* im einzelnen verkauften Vermögens eines Schuldners senatorischen Standes, ein solches *bona distrahere* nur statt infolge einer privaten Einigung der Gläubiger, und auf ein solches auf *privatum consilium* beruhendes Verfahren ist im Edikt noch keine Rücksicht genommen. Die im Edikt aufgestellten fraudatorischen Rechtsmittel sind auf den Fall der prätorischen *venditio bonorum* berechnet. Gerade der Umstand, daß dieser Verkauf der Güter des Insolventen im einzelnen durch einen Kurator sich später erst verallgemeinert und das alte Verfahren verdrängt

[1] L. 25 § 6 D. quae in fraudem creditorum 42, 8.

hat, könnte den Gedanken nahe legen, daß die Erwähnung des *curator* in dem Edikt der l. 1 pr. D. h. t. auf Interpolation beruhe; aber es ist nicht nötig, zu solcher Annahme seine Zuflucht zu nehmen, denn es ist wohl der *curator* alten Stils gemeint.[1]

Eine unrichtige Auslegung haben erfahren die in l. 25 D. de reb. auct. iud. 42, 5 überlieferten Worte: *Quod postea contractum erit, quam is, cuius bona venierint, consilium receperit fraudare, sciente eo qui contraxerit, ne actio eo nomine detur.* Die Klage, welche nach diesen Worten nicht erteilt oder durch *exceptio* entkräftet werden soll, soll die gegen den *bonorum emptor* sein. Aber es sind doch in dem Edikt solche Kontrakte bezeichnet, welche nach erfolgter *bonorum venditio* von dem, dessen *bona* verkauft sind, und zwar nachdem er *consilium receperit fraudare*, mit einem Dritten, der von dieser fraudulösen Absicht Kenntnis hat, abgeschlossen sind. An die Klage gegen den *bonorum emptor* kann hier nicht gedacht werden, denn dieser haftet natürlich nicht aus Schulden, welche der Insolvente erst nach erfolgter *bonorum venditio* kontrahiert. Man macht sich das Verständnis der Stelle unmöglich, wenn man *consilium receperit fraudare* in *consilium fraudandorum creditorem ceperit* abändert.[2] *Consilium recipere fraudare* bedeutet: die Absicht zur Verkürzung der Gläubiger wieder fassen, von neuem fassen. Die Bestimmung spricht also aus, daß, wenn der, dessen *bona* verkauft seien, nachdem er die Absicht, seine Gläubiger (bezüglich seines späteren Erwerbs) zu verkürzen, von neuem gefaßt, mit jemandem, der um diese Absicht weiß, kontrahiert hat, aus diesem Kontrakt keine Klage gegeben werden soll. Es handelt sich hier also nicht um einen vor dem Güterverkauf abgeschlossenen Kontrakt, um keine Klage *ex antegesto*. Der Prätor soll den neuen, nach dem Güterverkauf in fraudulöser Absicht abgeschlossenen Kontrakt als unwirksam behandeln, also weder dem anderen Kontrahenten eine Klage gegen den *fraudator* noch diesem eine Klage gegen jenen geben. Übrigens lassen die Worte *ne actio eo nomine detur* wohl zweifeln, ob hier an eine Ediktsbestimmung zu denken ist.[3] Der Prätor würde doch gesagt haben: *eo nomine actionem non dabo. Ne eo nomine actio detur* ist eine Ausdrucksweise, deren sich ein den Magistrat anweisendes Gesetz oder Senatuskonsult bedient. Die Worte: *Ait Praetor* mögen von den Kompilatoren herrühren, die Bestimmung selbst rührt aber vielleicht aus der *lex Iulia de cessione bonorum* her, von welcher im 64. Buch des Ulpianischen Ediktskommentars die Rede war (l. 6 D. de cess. bonor. 42, 3). Der *bonorum emtor* konnte natürlich nur belangt werden von Gläubigern, deren Forderungen bereits vor der *bonorum venditio* begründet waren, und waren diese *in fraudem creditorum* begründet, so stand ihm die *exceptio fraudatorum creditorum* dagegen zu (l. 9 § 5 D. de iureiurando 12, 2).

Zum Schluß dieser Darstellung der auf dem Edikt beruhenden Rechtsmittel in Bezug auf Akte *in fraudem creditorum* möge noch eine Frage, deren nähere Erörterung erst in die Darstellung des Justinianischen Konkursrechts gehört, kurz beantwortet werden, nämlich die, welchen Zweck Justinian's

---

[1] Vgl. auch L. Seuffert, Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts S. 12.

[2] So Mommsen in seiner Digestenausgabe II, p. 553 n. 2. Ihm folgen Lenel, Edictum S. 346 A. 3. Gradenwitz in d. Zeitschrift der Savignystiftung VIII, S. 254. Daß *consilium capere* gewöhnlich mit dem bloßen Infinitiv steht, ist bekannt.

[3] So Rudorff, Edictum p. 196 und Lenel, Edictum S. 346.

Arbeiter mit ihrer Behandlung des ihnen überlieferten Stoffs verfolgt haben. Meines Erachtens ließen sie sich auch hier von der Tendenz der Vereinfachung und Verschmelzung leiten. An die Stelle der verschiedenen Rechtsmittel wollten sie ein einziges setzen. Daher findet sich in den Digesten und dem Kodex keine Erwähnung der *rescissoria actio in rem*, deren der § 6 I. de act. 4, 6 noch Erwähnung thut. Sie war wohl in der Praxis schon durch das *interdictum fraudatorium* verdrängt, und aus der Erwähnung derselben in den vorzugsweise Lehrzwecken dienenden Institutionen darf man nicht die Absicht der Verfasser der Digesten und des Kodex schließen, jene fortbestehen zu lassen. Was aber das *fraudatorium* und die *Pauliana* anlangt, so ist es gewiß nicht zufällig, daß in dem Pandektentitel Quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur 42, 8 weder die Bezeichnung *Pauliana* noch die des *interdictum fraudatorium*, ja nicht einmal das Wort *interdictum* vorkommt. Dieser Umstand sowie die mit dem Ediktsstück der l. 1 pr. und dem Formular der l. 10 pr. vorgenommenen Interpolationen weisen auf die Absicht der Ausgleichung hin, und, wenn ihre Geschicklichkeit nicht ausreichte, die Spuren der Unterschiede der älteren Rechtsmittel zu vertilgen, so kann das an der Annahme der Absicht der Ausgleichung nicht irre machen.

b) Das *beneficium competentiae*.

§ 178. Es ist gesagt worden, der Ursprung dieses Rechtsinstituts sei in Dunkel gehüllt. Jedenfalls wird man sagen können, daß es der prätorischen Jurisdiktion seine ganze Gestaltung und somit auch wohl seinen Ursprung verdankt. Gefragt werden mag hier gleich, ob es, wie Rudorff, Edictum § 212 annimmt, ein Edikt allgemeiner Natur, etwa mit der Rubrik *„qui in id quod facere possunt conveniuntur“* gegeben habe. Rudorff stützt sich für jene Annahme auf Ulp. 63 l. 16 D. de re iudicata 42, 1 und Paul. 60 l. 25 D. eod. tit. Lenel (Edictum S. 345 A. 3) macht geltend, die Annahme Rudorff's werde schon durch den Wortlaut der citierten Stelle Ulpian's *(„et quidem sunt hi fere“)* als irrig erwiesen.[1] Wenn es nun wohl nicht zu bezweifeln ist, daß es kein Edikt gegeben hat, welches alle aus den Rechtsquellen bekannten Fälle des *beneficium competentiae* aufzählte, so ist doch noch keineswegs ausgemacht, ob sich nicht an der Stelle, welche Rudorff im Sinne hat, Bestimmungen des Edikts über wichtige Fälle des *beneficium competentiae* fanden. Die Frage liegt ja sehr nahe, wie Ulpian und Paulus dazu gekommen sind, im 63. bezw. 60. Buch ihrer Ediktskommentare vom *beneficium competentiae* zu handeln. Lenel meint, es habe sich für sie um die Besprechung der naheliegenden Frage gehandelt, ob und in welchen Fällen ein dem Kridar gegenüber zuständig gewesenes *beneficium competentiae* auch dem *bonorum emptor* entgegengehalten werden könne. Meines Erachtens war es aber doch selbstverständlich, daß dem Schuldner das ihm zuständige *beneficium* nicht dadurch, daß sein Gläubiger in Konkurs geriet und *bonorum venditio* erlitt, entzogen werden konnte. Es liegt gewiß ebenso nahe, daß die Juristen an den bezeichneten Stellen ihrer Kommentare auch von der Kondemnationsbeschränkung handelten, welche das Eintreten der *bonorum venditio* in ihrer vollen Strenge, also mit der Folge der Infamie für den Schuldner,

[1] Ihm stimmt bei Altmann, Das *beneficium competentiae* (Berliner Inauguraldissertation 1888) S. 4.

ausschloß, und daß irgend welche Bestimmung des Edikts an dieser Stelle ihnen dazu die Veranlassung bot. Am nächsten liegt es da, an die Fälle zu denken, in welchen das *beneficium* in dem allgemeinen Pietätsverhältnis des Gläubigers zum Schuldner begründet war, also in dem Verhältnis des Ascendenten zum Descendenten, des Patrons zu dem *libertus*. Gewiß gehören diese Fälle zu denjenigen, in welchen das *beneficium* am frühesten zur Anwendung gekommen ist, und es ist durchaus unwahrscheinlich, daß das Edikt darüber gar nichts bestimmt habe. Das *beneficium* beruhte hier auf dem dem Schuldner vom Gläubiger zu erweisenden *honor*. Und bei einer etwas ausführlicheren Aufzählung der Ehrenvorzüge dieser Respektspersonen sagt Ulpian einmal in l. 7 § 5 D. de obsequiis 37, 15: *his enim personis etiam in ceteris partibus edicti honor habebitur*. Daß des Ehrenvorzugs, wonach sie nur *in quantum facere possunt damnantur* an keiner Stelle des Edikts gedacht sein sollte, ist nicht denkbar.

Nachweislich sind dann aber im Edikt folgende Fälle des *beneficium competentiae* aufgestellt. Zunächst soll gegen einen emancipierten Sohn oder einen Haussohn, der exherediert ist oder sich von der Erbschaft des Gewalthabers losgesagt hat, wegen Schulden aller Art, die er zu der Zeit, wo er noch in der väterlichen Gewalt stand, kontrahiert hat, mag er *iussu* des Gewalthabers kontrahiert haben oder nicht, und mag das, was er durch den Kontrakt erworben, in sein *peculium* oder in das *patrimonium* des Vaters verwandt sein, eine Klage *causa cognita* nur in *quantum facere potest* gegeben werden. Der Grund dieser Bestimmung ist, daß der Sohn in jenen Fällen unmittelbar nach der Emancipation oder nach dem Tode des Gewalthabers ohne Vermögen ist, da sein Erwerb bis zu jenen Ereignissen rechtlich dem Vater zufloß, weshalb es auch keinen Unterschied machen soll, ob die Schuld etwa in das *peculium* des Sohnes oder in des Vaters *patrimonium* verwandt ist, denn immer fiel der Erwerb rechtlich dem Vater zu. Die *causae cognitio* hat aber namentlich darauf Rücksicht zu nehmen, ob der Sohn etwa kurze Zeit nach dem Aufhören der väterlichen Gewalt oder vielleicht erst nach langen Jahren von einem Gläubiger aus der Zeit der väterlichen Gewalt belangt wird. Letzteren Falls, in welchem der Schuldner schon lange selbständige Erwerbsfähigkeit besessen, ist das *beneficium* ihm zu versagen. Wenn aber der Sohn zu einer nicht unbedeutenden Quote zum Erben des Vaters eingesetzt ist, so soll es in der Wahl des Gläubigers stehen, ob er den Sohn *pro portione hereditaria*, als Erben seines Vaters, also natürlich unter der Voraussetzung, daß auch eine Klage gegen den Gewalthaber, etwa die *actio quod iussu*, welche auf die Erben überging, begründet war, oder ob er ihn als eigenen Schuldner, also nicht bloß *pro portione* belangen will. Letzteren Falls wird dann der Prätor bei der *causa cognitio* zu erwägen haben, ob das, was der Sohn zufolge des Erbteils erworben, bedeutend oder nicht bedeutend genug ist, um ihm das *beneficium competentiae* zu versagen.[1]

Sodann ist im Edikt das *beneficium competentiae* gegenüber der *actio pro socio* zugestanden, aber auch nur *causa cognita*, wie aus l. 22 § 1 D. de re iud. 42, 1 hervorgeht: *Quod autem de sociis dictum est, ut et in quantum facere possint con-*

[1] Auffällig sind die Worte der l. 4 pr. D. quod cum eo 14, 5: — *sed et hic iudex aestimare debeat, ne forte in id quod facere potest debeat conveniri.* Der *iudex* hatte immer der Weisung des Prätors in der Formel zu folgen: ohne Anweisung konnte er seinerseits dem Schuldner das *beneficium* nicht zugestehen, aber vielleicht ist der *iudex* erst durch die Kompilatoren in die Worte hineingekommen, die auch sonst wegen ihrer Fassung verdächtig sind.

demnentur, causa cognita se facturum praetor edicit. Das Edikt hatte bei dieser Bestimmung an die *societas omnium bonorum* gedacht. So verstand es Ulpian nach l. 16 D. eod. tit.: *Sunt qui in id quod facere possunt conveniuntur, id est non deducto aere alieno. Et quidem sunt hi fere: Qui pro socio conveniuntur („socium" autem omnium bonorum accipiendum est).* Nach l. 63 pr. D. pro socio 17, 2 aber will Sabinus weitergehen: *Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quominus possint, condemnari oportere: hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat.* Sabinus bezw. Ulpian berufen sich durchaus nicht auf das Edikt, sondern auf die *summa ratio,* die Natur der Societät. Ein Widerspruch zwischen den beiden Äußerungen Ulpian's liegt also in keiner Weise vor.[1]

Bekanntlich soll auch der Gemeinschuldner, welcher *ex lege Iulia* freiwillig den Gläubigern *bonis* cediert hat, diesen nicht voll befriedigten Gläubiger gegenüber bezüglich des neu erworbenen Vermögens das *beneficium competentiae* haben. Daß die *lex Iulia* selbst das bestimmt habe, ist nicht wahrscheinlich. Daraus aber folgt noch nicht, daß die Gewährung des *beneficium* in diesem Falle eine liberale Interpretation der *lex Iulia* von seiten der römischen Juristen sei. Mir scheint vielmehr, daß hier im Anschluß an die *lex Iulia* der Prätor im Edikt die Gewährung des *beneficium* versprochen haben wird, vielleicht in der Form, daß er auf Verlangen der Gläubiger nicht eher wieder eine *bonorum venditio* gestatten werde, als bis der Schuldner nach seinem (des Prätors) Ermessen Genügendes später erworben haben werde. Darauf deuten namentlich hin die Erwägungen Ulpian's in seinem Ediktskommentar (l. 6 D. de cess. bon. 42, 3), wie es zu verstehen sei, daß der Schuldner *modicum aliquid post bona sua vendita* erworben habe, sowie die mehrfach sich findende Äußerung, es müßten *tales facultates adquisitae* sein, *quibus praetor moveri possit;*[2] daß er *tantum postea quaesivit, quod praesidem ad eius rei licentiam debeat promovere.*

Zuweilen wird der Satz aufgestellt, daß gegen den Schuldner, der *bonorum venditio* erlitten, *ex antegesto* überhaupt keine Klage gegeben werde. Dagegen hat sich mit Recht Lenel erklärt. Heißt es doch bei Gai. II, 155: — *cum ceterorum hominum, quorum bona venierint pro portione, si quid postea adquirant, etiam saepius eorum bona venire solent.* Was das Edikt darüber bestimmte, ergiebt sich aus l. 6 C. de revocandis 7, 75: *Si actu sollemni praecedentem obligationem peremisti, perspicis adversus fraudatorem intra annum in quantum facere potest vel dolo malo fecit, quominus possit, edicto perpetuo tantum actionem permitti.* Lenel[3] versteht hier unter *praecedens obligatio* eine privilegierte Forderung der Menandra gegen den Kridar, welche sie sich durch Novation in eine gewöhnliche Stipulationsforderung zu verwandeln habe beschwatzen lassen. Ich glaube, daß es näher liegt, unter *praecedens obligatio* bei einer in Frage stehenden Novation die *prior obligatio* zu verstehen (vgl. l. 1 pr. D. de novat. 46, 2: — *hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perematur.* Die Menandra hatte ihre Forderung gegen einen anderen (vielleicht solventen Schuldner) durch Novation in eine gegen den umwandeln lassen, dessen *bona* dann verkauft wurden. Die Kaiser rescribieren ihr, daß sie nach dieser Novation nur

[1] Vgl. oben Bd. II, S. 652 A. 2.

[2] L. 7 D. de cess. bon. 42, 2; l. 3 C. de bonis auct. iud. 7, 72.

[3] Das Edictum perpetuum S. 348.

noch eine Forderung gegen den *fraudator* (d. h. den, dessen *bona* verkauft sind) habe (*tantum* ist zu *adversus fraudatorem* zu ziehen). Gegen diesen könne sie aber nach dem *edictum perpetuum intra annum* (seit der *bonorum venditio*) *in quantum facere potest* klagen. Der gewöhnliche Kridar hat also auf diese mildere Behandlung, daß er *ex antegesto* nur *in quantum facere potest* belangt werden konnte, nur innerhalb eines *annus* seit der *bonorum venditio* Anspruch, während der, *qui bonis cessit*, auch später erst wieder belangt werden kann, bis er nach Ermessen des Prätors Genügendes erworben hat. Damit steht auch l. 25 § 7 D. quae in fraudem cr. 42, 8 durchaus nicht in Widerspruch. Wenn Mela es darnach für *iniquum* erklärte, daß *ex antegesto* eine *actio in eum, cui bona ablata essent*, gegeben werde, so meinte er damit dasselbe, was im § ult. I. de act. 4, 6 ausgesprochen ist, er meinte die *actio in solidum*, nicht die *in quantum facere potest debitor*. Aus einem fraudulösen Akt kann aber der *fraudator* nachsichtslos, also gleich *in solidum* belangt werden, denn dabei hat der Prätor nicht so sehr das geringfügige *emolumentum*, welches vielleicht mit der Klage erlangt werden kann, als die *poena* im Auge. Unter der *poena* ist nicht bloß die Schuldhaft zu verstehen, sondern daß dem *fraudator* auch innerhalb des *annus* rücksichtslos alles genommen wird.

Das *beneficium competentiae* wird verteidigungsweise gegenüber der *actio* des Gläubigers geltend gemacht, es hebt nicht etwa die Forderung des Gläubigers teilweise auf, sondern es beschränkt nur einstweilen die Geltendmachung desselben. Es muß in der *formula* zum Ausdruck kommen, kann aber diesen Ausdruck nicht in dem Teile derselben, welcher zur Bezeichnung des Rechts dient, also nicht in der *intentio*, sondern nur in dem auf die Ausübung des Rechts bezüglichen Teile: in der *condemnatio* finden. Nur weil es verteidigungsweise in der Formel zum Ausdruck kommt, wird dieses Recht zuweilen *exceptio* genannt. Seine genaueste Bezeichnung findet es in dem Ausdruck: *in quantum facere potest condemnandus est*. Da die Verteidigung nicht in der *intentio*, sondern in der *condemnatio* zum Ausdruck kam, so war auch bei der Berechnung dessen, *quod facere potest*, nicht auf den Zeitpunkt der Litiskontestation, sondern auf das *tempus rei iudicandae* zu sehen. Der beschränkende Zusatz in der *condemnatio* bezw. das vorausgehende Versprechen im Edikt lautete aber nicht bloß auf *in quantum facere potest*, sondern auch auf *quodve dolo malo fecit, quominus possit*. So sagen l. 63 pr. D. pro socio 17, 2 und l. 6 C. de revocandis 7, 75. Lenel[1] bemerkt freilich bezüglich der ersteren Stelle, der Anschein, als ob das Edikt auch den Fall „*quod dolo malo fecerint, quominus possint*" vorgesehen hätte, werde durch l. 63 § 7 D. eod. tit. widerlegt. Allein daraus, daß der Jurist hier sagt: *Hoc quoque facere quis posse videtur quod dolo fecit quominus possit*, folgt gewiß nicht, daß das Edikt bezw. die auf Grund desselben aufgestellte Formel sich nicht genauer ausdrückte und das *quodve dolo malo* u. s. w. ausdrücklich beifügte. Deutet doch der Jurist selbst durch das *videtur* an, daß wörtlich das *quodve dolo malo fecit quominus possit* nicht unter das *quantum facere potest* falle. Daß der Jurist so verfuhr, war nicht gleichgültig. Es wurde ja das *beneficium competentiae* auch in Fällen, die dem Edikt nicht bekannt waren, durch die Praxis anerkannt: auch das Edikt mochte vielleicht nicht in allen ihm bekannten Fällen des *beneficium* jenen Zusatz gemacht haben. Hier brachte die Jurisprudenz jenen erweiterten Begriff zur Anwendung: *quod et in ceteris, qui in id quod facere possunt conveniuntur, accipiendum est.* —

[1] A. a. O. S. 237.

War in Fällen, in welchen dem Beklagten das *beneficium* zustand, dasselbe von ihm vor dem Prätor nicht geltend gemacht, so daß die Kondemnation *in solidum* lautete, so konnte, falls es zur *actio iudicati* kam, dasselbe noch dieser gegenüber geltend gemacht werden.

Es giebt eine Ansicht, nach welcher die *condemnatio* der *actio rei uxoriae* den beschränkenden Zusatz *„quantum facere potest"* nicht enthielt, das *beneficium competentiae* also in der Formel nicht ausgedrückt war, sondern lediglich auf Interpretation des *aequius melius* beruhte. Wenn nun auch zuzugestehen ist, daß die *iuris ignorantia*, wovon in l. 17 § 2 D. soluto matr. 24, 3 die Rede ist, kaum denkbar war, falls das *beneficium competentiae* in der Formel ausgedrückt war, so ist es doch sehr bedenklich, dasselbe lediglich auf Interpretation des *„aequius melius"* der Formel beruhen zu lassen; denn dann würde überhaupt keine Forderung gegen den Mann über das *„aequius melius"* hinaus zugestanden sein. Als bloße Kondemnationsbeschränkung war aber das *beneficium* auch hier gedacht, denn wenn der Mann später in bessere Vermögensverhältnisse kam, konnte der Rest der Dotalforderung gegen ihn geltend gemacht werden. Vgl. l. 8 C. soluto matr. 5, 18 und auch l. un. § 7 C. de rei ux. act. 5, 13. Ich möchte daher annehmen, daß bei der *rei uxoriae actio* entweder auf Grund einer besonderen Bestimmung der alten *cautiones rei uxoriae* oder einer alten gesetzlichen Bestimmung das *beneficium competentiae* des Mannes gegenüber der Dotalforderung der Frau so feststand, daß von einem besonderen Zusatz in der *condemnatio* der Formel abgesehen wurde.

Da die an die *cessio bonorum* geknüpften günstigen Folgen nur dem Schuldner zu teil werden sollten, dessen Schuld durch Anerkenntnis, Urteil oder *confessio in iure* festgestellt war, so wurde das *beneficium competentiae* in diesem Falle so gewährt, daß die Gläubiger, denen er *bonis* cediert, nicht eher wieder mit dem Antrag auf erneute *bonorum venditio* gehört wurden, als bis er dem Magistrat genügend Erscheinendes erworben hatte. Ursprünglich hatte man das *condemnari in id quod facere potest* wörtlich von der Verurteilung auf den ganzen Betrag des Aktivvermögens verstanden. Vielleicht ist das der erste Fall gewesen, in welchem der Prätor eine mildere Auslegung des *facere posse* eintreten ließ, vielleicht nach einer ausdrücklichen Klausel des Edikts. Im 64. Buch seines Ediktskommentars sagt Ulpian nach l. 6 D. de cess. b. 42, 3: *Qui bonis suis cessit, si modicum aliquid post bona sua vendita adquisiit, iterum bona eius non veneunt.* Es macht ganz den Eindruck, als ob er damit den Inhalt einer Ediktsbestimmung wiedergiebt, denn er erörtert nun eingehend, *unde hunc modum aestimabimus.*

Schrittweise scheint man dann in der Ausdehnung der milderen Interpretation weitergegangen zu sein, ohne daß sich das Einzelne genauer verfolgen ließe. Zu ersehen ist, daß die Anwendung der Begünstigung auf den auf Vollzug eines Schenkungsversprechens belangten Schenker von der Jurisprudenz befürwortet und durchgesetzt wurde. Die Ausdrücke, deren sich Juristen dabei bedienen, zeigen deutlich, daß es sich dabei um ein Hinausgehen über den Wortsinn des *in quantum facere potest condemnari* handelt. So sagt Paulus in l. 19 D. de re iud. 42, 1: — *immo nec totum quod habet extorquendum ei puto: sed et ipsius ratio habenda est, ne egeat,* und Pomponius in l. 30 D. eod. tit. — *actio in id quod facere possit danda est ita, ut et ipsi donatori aliquid sufficiens relinquatur.* Daß der Schenker daneben noch einen anderen Vorzug genoß, ist bekannt und hier nicht weiter zu berücksichtigen. Den Ab-

schluß der ganzen Entwickelung giebt l. 173 D. de reg. iur. 50, 17, wonach jene mildere Auslegung allen Schuldnern, denen das *beneficium competentiae* gewährt ist, zugestanden wird. Absichtlich, wenn auch nicht gerade geschickt, ist hier die l. 19 § 1 D. de re iudic. 42, 1 zu einer allgemeinen Regel umgestaltet und in den für solche bestimmten Titel *de regulis iuris* gestellt. Durch die Praxis mag das genügend vorbereitet gewesen sein, sodaß damit kaum das bereits geltende Recht erweitert wurde.

c) Die *creditores privilegiarii.*

§ 179. Bei der *bonorum venditio* mußten die *privilegia exigendi* einzelner Gläubiger berücksichtigt werden, und zwar ohne Zweifel schon in den *leges bonorum vendendorum.* Sie wurden von den gewöhnlichen Gläubigern separiert, diesen konnte erst nach voller Befriedigung der *privilegiarii* Befriedigung *pro portione* vorbehalten werden. Woher stammen diese Privilegien? Die Erörterungen darüber finden sich hauptsächlich in den Ediktskommentaren, und es ist daher, vorausgesetzt daß sich keine Gegengründe ergeben, das Wahrscheinlichste, daß sie auf Gewährung des Edikts beruhten, zumal ja die ganze *bonorum venditio* vom Prätor gestattet wurde und unter seiner Kontrolle stand. Direkt bezeugt ist aber die Gewährung des Privilegs durch das Edikt nur für die Forderung des Bevormundeten aus der Verwaltung seines Vermögens gegen den Vormund in l. 15 § 1 D. de cur. fur. 27, 10: *In bonis curatoris privilegium furiosi furiosaeve servatur: prodigus et omnes omnino, etiamsi in edicto non fit eorum mentio, in bonis curatoris decreto privilegium consequuntur.* Vgl. auch l. 44 § 1 D. de adm. et pec. tut. 26, 7: *Sed si pupillus post pubertatem rationibus a tutore acceptis reliquationem eius secutus usuras acceptaverit, privilegium suum non amittit in bonis tutoris venditis: praetor enim privilegium ei servare debet.* Die erste Stelle zeigt zugleich, daß das *privilegium,* an bevorzugter Stelle befriedigt zu werden, auch ohne ediktales Versprechen durch ein Dekret des Prätors verliehen werden konnte. Gleich ausdrücklich bezeugt ist die Gewährung des Privilegs für die Forderung der Erstattung der Leichenkosten (des *sumptus funeris causa factus*) und die Forderung der Ehefrau auf Rückgabe der *dos* durch das Edikt nicht. Da wir aber diese Fälle des Privilegs in den Ediktskommentaren vor dem des Bevormundeten eingehend erörtert finden, so wird dadurch die Begründung auch dieser Privilegien durch das Edikt sehr wahrscheinlich.[1]

Für das Privileg des *creditor, qui ob restitutionem aedificiorum crediderit,* führt Ulpian in l. 24 § 1 D. de reb. a. i. poss. 42, 5 ein Edikt Mark Aurel's an, aber er thut dies in dem Buch des Ediktskommentars, in welchem er von den *privilegia exigendi* handelt, und an einer anderen Stelle dieses Kommentars sagt er nach l. 1 D. de cess. bon. 42, 3 ohne Bezugnahme auf die Konstitution M. Aurel's: *Creditori, qui ob restitutionem aedificiorum crediderit, privilegium exigendi datur.* Danach ist doch anzunehmen, daß M. Aurel in seinem Edikt keinen ganz neuen Rechtssatz aufstellte, sondern was zunächst vielleicht nur in dem Edikt des städtischen Prätors, also nur mit Geltung für Italien, ausgesprochen war,[2] durch sein Edikt verallgemeinerte und für das ganze Reich einführte. Daß Ulpian, wenigstens in dem uns erhaltenen Teile seiner Erörterung, nicht mehr auf das

[1] Lenel, Edictum S. 346.

[2] Auch die Senatuskonsulte *de aedificiis non diruendis* (a. 44—56) bezogen sich nur auf Rom und Italien.